

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS

**O REGIME JURÍDICO DAS
OUVIDORIAS PÚBLICAS BRASILEIRAS:
CAUSALIDADE DE SENTIDO E ADEQUAÇÃO ESTRUTURO-FUNCIONAL**

**TESE DE DOUTORADO
MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES**

FLORIANÓPOLIS

2000

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS

O REGIME JURÍDICO DAS
OUVIDORIAS PÚBLICAS BRASILEIRAS:
CAUSALIDADE DE SENTIDO E ADEQUAÇÃO ESTRUTURO-FUNCIONAL

TESE DE DOUTORADO
MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES

Volume II

FLORIANÓPOLIS

2000

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS

O REGIME JURÍDICO DAS
OUVIDORIAS PÚBLICAS BRASILEIRAS:
CAUSALIDADE DE SENTIDO E ADEQUAÇÃO ESTRUTURO-FUNCIONAL

**Tese submetida à Universidade Federal de
Santa Catarina - UFSC, para obtenção do título
de Doutor em Direito.**

Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blasi
Florianópolis, agosto de 2000

Esta tese foi julgada APTA para a obtenção do título de Doutor em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Dr. Paulo Henrique Blasi
Professor Orientador

Dr. Ubaldo Cesar Balthazar
Professor Coordenador do Curso

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores:

Prof. Dr. Paulo Henrique Blasi
Presidente da Banca

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer - UFSC
Membro Titular da Banca

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin - UFPR
Membro Titular da Banca

Prof.^a Dr.^a Nuria Belloso Martín - Universidad de Burgos
Membro Titular da Banca

Prof. Dr. Rubens Pinto Lyra - UFPB
Membro Titular da Banca

Florianópolis, 29 de agosto de 2.000.

*Que os limites deste trabalho não diminuam
a justa gratidão à orientação do Prof. Dr.
Paulo Henrique Blasi, às contribuições do
Prof. Luiz Edson Fachin e ao estímulo de
outros grandes amigos.*

A eles, aos meus sócios Edson Isfer e Daniel Felipe, à Lucia e aos meus dois filhos Adriano e Lucas dedico esta tese.

RESUMO

Esta tese tem como objeto o regime jurídico das Ouvidorias Públicas. O principal objetivo que a informa é a formulação de alguns parâmetros de inteligibilidade do funcionamento e da organização desse instituto, adequados à racionalidade presente no Estado e no Direito, com vistas à compreensão do sentido desse instituto em relação à democracia brasileira. A questão central pode ser posta nos seguintes termos: as Ouvidorias Públicas brasileiras, na condição de agentes de controle do Estado, atuam sobre a tensão entre a racionalidade sistêmica e a não-sistêmica e, desse modo, sobre a conformação da própria democracia? A hipótese central da tese é que há possibilidade estruturo-funcional para que as Ouvidorias Públicas se constituam em um instrumento de controle extra-orgânico e dialógico da formulação e da execução das políticas públicas e, assim, como um canal de inserção de uma racionalidade não-sistêmica no interior da estrutura administrativa do Estado. Para comprovar essa hipótese – utilizando um método dedutivo – partiu-se de uma tentativa de reconfiguração da categoria “regime jurídico”, tendo como referente básico de análise os trabalhos de Max WEBER, Jürgen HABERMAS e Claus OFFE (Capítulo I). Em seguida, procurou-se aplicar os novos termos dessa categoria no estudo do instituto do *ombudsman* (Capítulos II e III) e na pesquisa sobre as Ouvidorias Públicas brasileiras (Capítulos IV e V). Ao longo desse procedimento de investigação, ao constatar que o atual modelo teórico aplicado pela doutrina encobre a presença de substantivas variações de ambos os institutos, foram fixados modelos típico-ideais, adequados significativamente à racionalidade preponderante no Estado e no Direito brasileiros. O delineamento desses modelos – além de possibilitar a compreensão dos elementos estruturais e funcionais, da organização e funcionamento das Ouvidorias Públicas –, demonstrou que, não obstante a atual opção preferencial do Estado brasileiro estar centrada em uma racionalidade instrumental voltada para o mercado, é possível recepcionar um modelo de Ouvidoria conforme os termos estabelecidos na hipótese central desta tese.

ABSTRACT

The object of this thesis is the legal system of the Brazilian Ouvidorias Públicas. The main goal of this work is the formulation of parameters to understand the working and the organization of this institute regulated by the rationality found in the State and in the Law, in view of comprehend the meaning of this institute in relation to Brazilian democracy. The central hypothesis can be placed on the following terms: the Brazilian Ouvidorias Públicas, as agents of system State control, would act above the tension between the sistemic and non-sistemic rationality and, in this condition, upon democracy configuration itself? The main question of this thesis is that there is structural and functional possibility for Brazilian Ouvidorias Públicas to become an extra-organic and a dialectical instrument of formulation and execution of the public politics and, in this condition, as a canal for inserting a non-sistemic rationality inside the administrative structure of the Brazilian State. In order to prove this hypothesis – using a deductive method – a trial for reconfiguring the category of "legal system" had to be done, having as basic references the works of Max WEBER, Jürgen HABERMAS and Claus OFFE (Chapter 1). Following that, the new terms of this category were applied in the study of the ombudsman institute (Chapters II and III) and in the research about the Brazilian Ouvidorias Públicas (Chapters IV and V). Throughout this investigation procedure, by verifying that the actual theoretical model applied by the doctrine hides the presence of substantive variations of both institutes, ideal role models were established, significantly adequated to the preponderant rationality found in the Brazilian State and Law. The outline of these models – besides permitting the understanding of the structural and functional elements, and the organization and working of the Ouvidorias Públicas – has shown that, despite of the actual Brazilian option being centered at an instrumental rationality towards the market, it is possible to have a model of Ouvidoria Pública accordingly to the terms established in the central hypothesis of this thesis.

RESUMEN

Esta tesis tiene como objeto el régimen jurídico de las Oidorías Públicas brasileñas. El principal objetivo que la informa es la formulación de algunos parámetros de inteligibilidad del funcionamiento y organización de este instituto, adecuados a la racionalidad presente en el Estado y en el Derecho, visando la comprensión del sentido de este instituto en relación a la democracia brasileña. La cuestión central puede ser puesta en los siguientes términos: las Oidorías Públicas brasileñas, en condición de agentes de control estatal, ¿actuarían sobre la tensión entre la racionalidad sistémica y la asistémica y, así, sobre la conformación de la propia democracia? La hipótesis central de la tesis es que hay posibilidad estructuro-funcional para que las Oidorías Públicas se constituyan en un instrumento de control extraorgánico y dialógico de la formulación y ejecución de las políticas públicas y, de esta manera, como un canal de inserción de una racionalidad asistémica en el interior de la estructura administrativa del Estado brasileño. Para comprobar esta hipótesis – utilizando el método deductivo – se partió de un intento de reconfiguración de la categoría "régimen jurídico", teniendo como referente básico de análisis los trabajos de Max WEBER, Jürgen HABERMAS y Claus OFFE (Capítulo I). A continuación, se buscó aplicar los nuevos términos de esta categoría, en el estudio del instituto del ombudsman (capítulos II y III) y en la investigación sobre las Oidorías Públicas brasileñas (capítulos IV y V). A lo largo de este procedimiento de investigación, al constatar que el actual modelo teórico aplicado por la doctrina encubre la presencia de sustantivas variaciones de ambos institutos, fueron fijados modelos típico-ideales, adecuados significativamente a la racionalidad preponderante en el Estado y en el derecho brasileño. El delineamiento de estos modelos – además de posibilitar la comprensión de los elementos estructurales y funcionales de la organización y funcionamiento de las Oidorías Públicas –, demostró que, no obstante la actual opción preferencial del Estado brasileño esté centrada en una racionalidad instrumental volcada para el mercado, es posible recepcionar un modelo de Oidoría Pública conforme los términos establecidos en la hipótesis central de esta tesis.

SUMÁRIO

RESUMO	v
ABSTRACT.....	vi
RESUMEN	vii
INTRODUÇÃO	1
PARTE I	
REFERENTE METODOLÓGICO	8
CAPÍTULO I	
REGIME JURÍDICO COMO CATEGORIA DE ANÁLISE	9
1. Modelo atual e aspirações subjetivas	9
2. Perspectiva metodológica	14
3. Perspectiva tradicional	16
4. A noção de função	23
5. A noção de estrutura	28
6. Diacronia e sincronia	35
7. A categoria racionalidade	37
8. Regime jurídico e racionalidade	44
9. As três dimensões da racionalidade	46
10. Regime jurídico e as dimensões da racionalidade	55
PARTE II	
INSTITUTO DO <i>OMBUDSMAN</i>.....	63
CAPÍTULO II	
O <i>OMBUDSMAN</i> COMO GUARDIÃO DA LEGALIDADE	64
1. Modelo teórico.....	65
1.1 Modelo institucional.....	67
1.2 Instrumento de defesa ou de controle	70
1.3 Convergências doutrinárias.....	73
2. O <i>ombudsman</i> como guardião da lei	79
2.1 Origem do instituto.....	79
2.2 O <i>ombudsman</i> e o equilíbrio dos poderes.....	81
2.3 O <i>ombudsman</i> e o controle da legalidade.....	88
2.4 Adequação significativa	90
2.5 Modelo típico-ideal	99
CAPÍTULO III	
O <i>OMBUDSMAN</i> COMO DEFENSOR DO POVO	111
1. Difusão do instituto	112
1.1 Dinamarca: <i>Ombudusman</i>	113
1.2 Noruega: <i>Sivil Ombudsman for Forvaltningen</i>	115
1.3 Nova Zelândia: <i>Parliamentary Commissioner</i>	120
1.4 Inglaterra: <i>Parliamentary Commissioner</i>	122
1.5 Austrália: <i>Ombudsman do Commonwealth</i>	127
1.6 Israel: <i>Comissário para as Queixas do Público</i>	128
1.7 França: <i>Médiateur de la République</i>	131
1.8 Portugal: Provedor de Justiça	136
1.9 Espanha: <i>Defensor del Pueblo</i>	139
1.10 Polônia: Comissário para a Proteção dos Direitos Civis	145

1.11 União Européia: <i>Ombudsman</i> Europeu	148
1.12 O instituto do <i>ombudsman</i> na América Latina	154
2. Adequação significativa do instituto.....	160
3. Modelo típico-ideal.....	182
PARTE III	
OUVIDORIAS PÚBLICAS BRASILEIRAS.....	185
CAPÍTULO IV	
A INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS OUVIDORIAS	
PÚBLICAS BRASILEIRAS.....	186
1. Antecedentes.....	187
2. A primeira experiência institucional	206
3. Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão	215
4. O projeto constituinte	218
5. A Constituição Federal de 1988	222
6. Ouvidoria Geral da República	225
7. Ouvidorias Públicas estaduais.....	229
8. Ouvidorias Públicas municipais.....	234
9. Ouvidorias Públicas setoriais.....	239
10. Ouvidoria do Poder Judiciário	248
11. Ouvidorias Públicas e Reforma do Estado.....	250
11.1 Ouvidoria Nacional de Defesa do Usuário de Serviço Público	264
11.2 Ouvidoria das Agências Reguladoras.....	269
CAPÍTULO V	
REGIME JURÍDICO DAS OUVIDORIAS PÚBLICAS BRASILEIRAS	275
1. Perspectiva estruturo-funcional.....	276
1.2 Ouvidorias Públicas: instrumento de controle	289
1.2.1 Natureza	291
1.2.2 Sujeição passiva.....	295
1.2.3 Objeto.....	306
1.2.4 Sujeição ativa.....	313
1.3 Ouvidoria Pública: espaço de controle.....	320
1.3.1 Espaços intra-orgânicos.....	325
1.3.2 Espaços extra-orgânicos	328
2. Racionalidade preponderante	332
3. Modelos típico-ideais	340
CONCLUSÃO	348
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	362
ANEXOS	401
PROCESSOS LEGISLATIVOS	
Anteprojeto elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18 de julho de 1985.....	402
Versão preliminar do Anteprojeto de Lei de Defesa e Participação do Usuário de Serviço Público.....	403
Projeto de Lei n.º 4.894-A/95 da Câmara dos Deputados, que dispõe sobre a Ouvidoria-Geral da República.....	417

Projeto de Lei n.º 01.792/96 da Câmara dos Deputados, que dispõe sobre a Ouvidoria-Geral da República.....	423
Anteprojeto de Lei aprovado pelo II Simpósio Latino-Americano do <i>Ombudsman</i> , realizado em Curitiba, de 09 a 12 de agosto de 1987.	425
Projeto de Lei de regulamentação do art. 64 da Lei Orgânica do Município de Curitiba.....	431

OUVIDORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Decreto sem número de 4 de janeiro de 1993, que cria comissão destinada a receber denúncias e reclamações relativas a irregularidades e atos da Administração Pública Federal.	435
Decreto n.º 1.001, de 6 de dezembro de 1993, que cria Comissão Especial, com âmbito de atuação na Administração Pública Federal direta e indireta, e dá outras providências.....	437
Fragmento do Anexo I, do Decreto n.º 3.382, de 14 de março de 2000, que prevê a Ouvidoria-Geral e Ouvidoria das Polícias Federais na estrutura administrativa do Ministério da Justiça.....	440

OUVIDORIAS ESTADUAIS

Estado do Paraná

Decreto n.º 22, de 15 de março de 1991, que dispõe sobre a criação da Ouvidoria-Geral do Estado e dá outras providências.....	441
Decreto n.º 468, de 1º de março de 1995, que dispõe sobre a Ouvidoria-Geral do Estado do Paraná e dá outras providências.....	444

Estado do Ceará

Lei n.º 12.686, de 14 de maio de 1997, cria a Ouvidoria-Geral e o Conselho de Defesa dos Direitos Humanos e dá outras providências.	447
--	-----

Estado do Espírito Santo

Dispositivos da Lei Complementar n.º 172, de 31 de dezembro de 1999, que cria a Secretaria de Estado do Governo - SEG e dá outras providências.....	451
---	-----

OUVIDORIAS MUNICIPAIS

Município de Curitiba

Decreto n.º 215, de 21 de março de 1986, estabelece a
função de Ouvidor-Geral da Prefeitura Municipal de Curitiba..... 454

Art. 64 da Lei Orgânica do Município de Curitiba,
de 05 de abril de 1990..... 456

Município de Santos

Lei Complementar n.º 121, de 14 de abril de 1994, que
cria a Ouvidoria Pública do Município de Santos, cria
cargos e dá outras providências. 457

Município de Santo André

Lei n.º 7.877, de 30 de agosto de 1999, que cria a Ouvidoria
do Município de Santo André e dá outras providências..... 461

Município de São Caetano do Sul

Lei n.º 3.494, de 10 de janeiro de 1997, que cria a
Ouvidoria Pública Municipal e dá outras providências. 469

Município de Guaratuba

Decreto n.º 2.158, de 16 de março de 1999, que cria a
Ouvidoria Geral do Município e dá outras providências. 472

Município de Dois Vizinhos

Decreto n.º 3.426, de 18 de junho de 1997, que cria a
Ouvidoria Municipal e dá outras providências..... 474

OUVIDORIAS SETORIAIS

Poder Judiciário

Resolução n.º 03, de 27 de março de 2000, que cria a
Ouvidoria Geral do Tribunal de Justiça do Distrito
Federal e Territórios..... 475

Polícia

Lei Complementar n.º 826, de 20 de junho de 1997, que cria na Secretaria de Segurança Pública a Ouvidoria de Polícia do Estado de São Paulo e dá outras providências. 478

Art. 4º, § 4º da Lei n.º 5.944, de 02 de fevereiro de 1996, que dispõe sobre a organização do Sistema de Segurança Pública do Estado do Pará e dá outras providências e Regimento Interno do Conselho Estadual de Segurança Pública. 483

Lei n.º 12.622, de 25 de setembro de 1997, que cria a Ouvidoria da Polícia do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. 486

Lei n.º 3.168, de 12 de janeiro de 1999, que cria a Ouvidoria da Polícia do Estado do Rio de Janeiro. 489

Instituições de Ensino Superior

Resolução n.º 06/98, que cria a Ouvidoria Geral da Universidade Federal da Paraíba. 491

Resolução n.º 48/96, que cria a Ouvidoria da Universidade Federal de Juiz de Fora. 494

Ouvidorias Setoriais do Estado de São Paulo

Lei n.º 10.294, de 20 de abril de 1999, que dispõe sobre a proteção e defesa do usuário de serviço público do Estado de São Paulo e dá outras providências. 495

Ouvidoria Setorial da União

Portaria n.º 5.716, de 6 de setembro de 1999, que cria a Ouvidoria-Geral do Ministério da Previdência e Assistência Social e dá outras providências. 506

Ouvidorias das Agências Reguladoras

Decreto n.º 3.029, de 16 de abril de 1999 e dispositivos do Regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. 508

Art. 4º da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que dispõe sobre a Ouvidoria Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. 511

INTRODUÇÃO

Em 1987, quando do meu primeiro encontro com o orientador desta tese, Prof. Dr. Paulo Henrique Blasi, então Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito desta Universidade, trazia à mão o projeto de instalação da Ouvidoria Municipal de Curitiba, criada no ano anterior. Com a sensibilidade que tem caracterizado sua vida profissional e acadêmica, como advogado e pesquisador, o Professor Blasi dedicou ao tema grande atenção, asseverando o interesse de orientar uma investigação sobre o tema, então nascente na doutrina brasileira.

Sob o impacto da rejeição do instituto pela Constituição Federal de 1988 – cuja proposta havia sido formulada pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida pelo Prof. Afonso Arinos – deixei de acreditar na plausibilidade de o Brasil recepcionar a experiência sueca e, portanto, na relevância prática de uma pesquisa sobre o tema.

Mais de uma década depois – com o instituto do *ombudsman* contemplado em cerca de noventa países – as Ouvidorias Públicas reafirmaram-se no cenário institucional brasileiro, ocupando centenas de órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, resgatando, desse modo, o interesse e a importância de estudos sobre o tema.

Ao longo desse período, jamais olvidei a responsabilidade por ter contribuído para a implantação da primeira experiência brasileira, inquietando-me constantemente a análise de sua conveniência e oportunidade em face da democracia brasileira.

Motivado por tal preocupação e pela ausência de estudos doutrinários no país, optei pela investigação desse tema, levada a efeito no âmbito de uma cartografia metodológica que não logrou divisar as várias tonalidades do arco-íris de saber que nos faz homens, cidadãos e cientistas: de um lugar em que existência, experiência e ciência entrelaçam-se para tornar quiméricas tanto a pretensão de verdade quanto a obtenção de certezas científico-substantivas.

Hoje, a soma das experiências brasileiras impõe uma reflexão informada por outras variáveis resultantes da complexidade dos atuais desafios que se apresentam aos Estados e às sociedades contemporâneas.

Para HABERMAS, a questão fundamental posta para tais sociedades estaria centrada na tensão entre uma racionalidade sistêmica, própria do Estado e do mercado, e a racionalidade comunicativa, presente no que denomina “*mundo da vida*”. Do resultado dessa tensão dependeriam a manutenção, o aperfeiçoamento ou aniquilamento da própria democracia.

No Brasil, um conjunto de reformas vem sendo implantando, de um lado, para a redução do Estado (a partir de um vigoroso processo de desestatização, despublicização e desnacionalização), de outro, para a recepção de uma estrutura racional-institucional voltada para o mercado (por meio de um conjunto de estratégias pautadas na “eficientização” e “gerencialização” da burocracia).

Ambos os processos, ao menos conceitualmente, podem patrocinar uma redução ou uma ampliação do impacto de uma

racionalidade sistêmica no "mundo da vida", com profundos reflexos na racionalidade comunicativa e, conseqüentemente, na democracia.

Partindo do pressuposto de AVRITZER, de que a democracia *"deve estar ligada às práticas dos atores sociais e sua luta contra a predominância de formas sistêmicas de ação no interior dos domínios societários"* e de que *"a democratização constitui o resultado de um trade-off que permite aos atores sociais compensarem a perda do controle sobre a vida cotidiana através de mecanismos de limitação da operação do Estado e do Mercado"*,¹ o estudo dos instrumentos de controle (tanto do Estado como do mercado) readquire a centralidade que teve nos albores da modernidade.

O **objeto** desta tese centra-se nesse ambiente temático, mais precisamente no regime jurídico de um novo instrumento de controle da Administração Pública que se convencionou denominar Ouvidoria Geral ou Ouvidoria Pública.

Inspirado na experiência escandinava do *ombudsman*, esse novo mecanismo de controle tem se expandido no cenário nacional. A doutrina brasileira, entretanto, não tem reservado para o tema a devida atenção, muito provavelmente em razão de secundarem a experiência das Ouvidorias Públicas em favor do estudo do instituto do *ombudsman*. Este silêncio doutrinário tem constituído um quadro de incerteza e indiferenciação entre as diversas iniciativas de institucionalização. O principal **problema** desse silêncio é a ausência de estudos que avaliem a percussão do sentido das Ouvidorias Públicas, no processo de fortalecimento da democracia brasileira. Assim, a questão

¹ AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia*. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 1996. p. 130.

que se coloca é: as Ouvidorias Públicas na condição de agentes de controle do Estado, atuariam sobre a tensão entre racionalidade sistêmica e não-sistêmica e, desse modo, sobre a conformação da própria democracia?

A **hipótese** central da tese é que há plausibilidade estruturo-funcional para que as Ouvidorias Públicas brasileiras se constituam em um espaço institucional e em um instrumento de controle extra-orgânico e dialógico da formulação e execução das políticas públicas, e, assim, como um canal de inserção de uma racionalidade não-sistêmica no interior da estrutura administrativa do Estado brasileiro.

Nessa perspectiva, ainda que pontualmente, atuariam no ponto nodal do entrechoque das racionalidades a que se refere HABERMAS, com percussão no modelo institucional das relações entre Estado e sociedade no Brasil.

O **objetivo** geral que informa este estudo volta-se para o estabelecimento de alguns parâmetros estruturo-funcionais da organização e funcionamento das Ouvidorias Públicas brasileiras, adequados significativamente à racionalidade estatal e jurídica preponderante, com vistas a uma maior perspicuidade do sentido desse instituto em face da democracia brasileira.

O **método** utilizado será o dedutivo, o qual determina uma investigação dirigida de pontos gerais de análise para pontos específicos, possibilitando uma operação teórica e metodológica capaz de determinar um quadro de inteligibilidade não desfigurável pelo esforço simplificador.

A **estratégia** metodológica preponderantemente utilizada para abordagem dos diversos modelos de *ombudsman* e de

Ouvidorias Públicas será, com fundamento na metodologia de Max WEBER, a construção de modelos típico-ideais.

Para comprovar a plausibilidade da hipótese aqui construída, foi necessária a adoção de **marcos teóricos e metodológicos** interdisciplinares, envolvendo os campos de saber do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, da Teoria Política e da Sociologia. Nesse universo disciplinar, foram utilizados como marcos teóricos especialmente os trabalhos de Jürgen HABERMAS, Claus OFFE e Max WEBER, além do conjunto de doutrinadores contemporâneos do Direito Administrativo e do Constitucional brasileiros.

Para o exame do problema acima referido, o desenvolvimento desta tese foi concebido em três partes. O **procedimento** adotado implicou, em primeiro lugar, uma tentativa de reconfiguração da categoria “regime jurídico”, escolhida como **referente metodológico** da tese (Parte I - Capítulo I). Para a consecução desse esforço, procurou-se ir mais além da perspectiva tradicional, recepcionando uma dimensão funcional e uma estrutura-funcional capaz de abrigar o estudo da racionalidade que informa a organização e o funcionamento dos institutos jurídicos.

Com este referente, a Parte II analisa o modelo teórico aplicado atualmente ao *ombudsman* e a conformação dada a este instituto no final do Século XIX e início do Século XX, através de sua institucionalização na Suécia e na Finlândia (Capítulo I). Em seguida, volta-se para o estudo de um novo modelo, adotado originalmente pela Noruega em 1962 e amplamente divulgado entre os países europeus e latino-americanos (Capítulo II).

Na Parte III são indicadas as tentativas de institucionalização do *ombudsman* no Brasil e as principais Ouvidorias

Públicas em funcionamento nas três esferas de governo (Capítulo IV). Esse cenário tão heterogêneo quanto complexo de experiências institucionais é analisado a partir do referente metodológico adotado nesta tese (Capítulo V).

A sistematização das diversas conformações institucionais estudadas, tanto do instituto do *ombudsman* quanto das Ouvidorias Públicas, é realizada a partir da construção de modelos típico-ideais, adequados significativamente à racionalidade estatal e jurídica predominante. A resultante desse esforço foi uma construção teórica com maior referibilidade empírica que os modelos teóricos tradicionalmente utilizados pela doutrina.

A opção pela incursão em um campo interdisciplinar de análise, em sede de um trabalho acadêmico com natureza de requisito para titulação, não obstante a inelidível presença de consideráveis riscos, acabou conferindo uma compreensão maior das estruturas e dos tipos de funcionamento das Ouvidorias Públicas brasileiras, adequados significativamente à realidade estatal e jurídica vigente no país.

O estabelecimento desses parâmetros de inteligibilidade, ao contrário do que geralmente ocorre na fixação do regime dos institutos jurídicos, não se reduziu à produção de um modelo único, dentro do qual as futuras iniciativas de institucionalização deveriam estar adstritas.

Os resultados da pesquisa acabaram por demonstrar a possibilidade de realização de uma experiência institucional conforme os termos estabelecidos na hipótese central desta tese.

A concretização desta experiência dependerá de

inúmeras variáveis, entre elas, da sua plausibilidade estruturo-funcional em relação ao ordenamento jurídico-político. Sem dúvida uma variável menor – se comparada às outras como a capacidade de mobilização da sociedade civil. Entretanto, uma variável decisiva.

Talvez em 1987 essa variável já estivesse presente, possibilitando um projeto mais avançado que aquele apresentado ao Prof. Paulo Henrique Blasi. Entretanto, à época não havia meios de sabê-lo... Esta tese, contando com a soma das experiências institucionais já realizadas, de alguma forma pretende colaborar na construção de um mapa no qual, entre as alternativas delineadas, esta também se afigure, se não realizável empiricamente, ao menos possível quanto à sua adequação estruturo-funcional.

PARTE I

REFERENTE METODOLÓGICO

*“Um mundo facilmente compreensível seria um mundo simplificado. É preciso aceitar que o mundo seja complexo, que ele necessite de várias traduções (até mesmo interpretações conflitantes)” (STAROBINSKI, Jean. *Gazeta Mercantil*, Brasília, 9 jun. 2000. Caderno Especial. p.3).*

CAPÍTULO I

REGIME JURÍDICO COMO CATEGORIA DE ANÁLISE

1. Modelo atual e aspirações subjetivas

Como visto, o objeto desta tese doutoral centra-se nas Ouvidorias Públicas brasileiras, órgãos de natureza administrativa voltados para o controle da Administração Pública brasileira.

Desse modo qualificadas, o *locus* de investigação possui como ambiente externo o Estado¹ e, no interior deste, o conjunto dos mecanismos institucionais de controle da Administração Pública.

Dois ambientes temáticos, como já se disse, tão amplos quanto complexos, cuja abordagem pode ser realizada a partir de uma perspectiva política, sociológica, econômica, jurídica ou histórica, conforme sejam utilizados os instrumentais teóricos e metodológicos das áreas de domínio da Ciência Política, da Sociologia, da Economia, do Direito ou da História.

No âmbito do Direito, o objeto da pesquisa poderia ser abordado a partir da Teoria do Estado, do Direito Constitucional ou do Direito Administrativo. Isoladamente, entretanto, qualquer dessas

¹ Neste contexto entendido como espacialidade estatal, ou, como quer WEBER, “*comunidad humana que en el interior de un determinado territorio [...] reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima*” (WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Esbozo de Sociología comprensiva 2.ed. Trad. José Medina Echavarría *et alii*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. p. 1056).

perspectivas produziria relevantes reduções de complexidade² e de risco³ que distanciariam o objeto de análise de sua realidade empírica. Nas palavras de STAROBINSKI, poder-se-ia dizer que, neste caso, “*toda interpretação deixa sempre um resíduo não interpretado*”.⁴

No Direito Público, o esforço de se constituir uma nova disciplina sob a denominação de Direito do Estado⁵ revela, a um só tempo, a insuficiência da grade disciplinar tradicional e a presença de uma demanda pela ampliação das perspectivas intradisciplinares convencionais. Como define CANOTILHO,

*“o Direito do Estado inclui no seu estudo as normas que fixam a competência do Estado, organizam as instituições estaduais e definem as tarefas do Estado, mas não se limita a ser (nem é) um estudo jurídico das normas do Estado, nem se restringe o seu âmbito extensional às normas do Estado, pois abrange questões de política, sociologia, história etc.”*⁶

² Ver a respeito MORIN, Edgar. Epistemologia da complexidade. In: SCNITMAN, Dora Fried. *Novos paradigmas. Cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, p. 274-287; e FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 110 e segs.

³ Ver a respeito GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. s/trad. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998; e ROCHA, Leonel Severo. *Direito, complexidade e risco. Seqüência*, Florianópolis, Curso de Pós-Graduação em Direito - UFSC, n. 15, v. 28, p. 1-14, jun. 1994.

⁴ STAROBINSKI, ob. cit., p.3.

⁵ No Brasil, o Direito do Estado vem sendo considerado em vários fóruns acadêmicos como uma área de concentração. Esse é o caso de diversos cursos de pós-graduação, como, por exemplo, o desta Universidade e o da Universidade Federal do Paraná.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 163.

Essa nova disciplina, entretanto, não logrou desenvolver instrumentais teóricos e metodológicos próprios, capazes de favorecer uma efetiva ampliação do âmbito de inteligibilidade dos institutos do Direito Público. Sob essa indumentária, o mais que se tem realizado é a utilização conjunta de teorias e categorias metodológicas de duas ou mais disciplinas, com ênfase nas produzidas pelo Direito Constitucional e pelo Administrativo.

Assim, o pesquisador de novos institutos jurídicos permanece refém de campos disciplinares com estruturas cognoscíveis de compreensão estabilizadas, pré-constituídas e, portanto, dotadas dos atributos que Peter BERGER confere às instituições sociais: objetividade, exterioridade, coercitividade, autoridade moral e historicidade.⁷

Tendo como pressuposto o déficit metodológico e teórico de tais estruturas na Ciência do Direito – representado pelo enclausuramento autopoietico⁸ dos conceitos jurídicos ao conteúdo do direito positivo –, a análise científica de um novo instituto jurídico

⁷ Algo é dotado de objetividade “quando todos (ou quase todos) admitem que de fato existe, e que existe de uma maneira determinada”; exterioridade, quando não pertence apenas à subjetividade individual, no sentido de ser experimentado com algo dotado de realidade “*independe do uso que se faz dela*”; coercitividade, quando se impõe ao indivíduo, independente de sua vontade pessoal; historicidade, no sentido de que sua constituição decorre de um processo de acumulação histórica, “*um grande rio que flui através do tempo*”; e de autoridade moral quando invoca um Direito à legitimação. A propósito, ver BERGER, Peter L. & BERGER, Brigitte. O que é uma instituição social? In: MARTINS, José de Souza & FORACCHI, Marialice Mencarini (orgs.). *Sociologia e sociedade: leituras de introdução à Sociologia*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981. p. 193 e segs.

⁸ Autopoietico aqui entendido com base em LUHMANN, “*como um sistema [que] reproduz os elementos de que é constituído, em uma ordem hermético-recursiva, por meio de seus próprios elementos*” (LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do Direito. Trad. Cristiano Paixão et alii. *Seqüência*, Florianópolis, Curso de Pós-Graduação em Direito - UFSC, n. 28, p. 15-29, jun. 1994. p. 20).

convida a uma ruptura epistemológica, ou, como diz BOURDIEU, a “*pôr-em-suspenso as pré-construções [...], modos de pensamento, conceitos, métodos que têm a seu favor todas as aparências do senso comum, do bom senso vulgar e do bom senso científico (tudo o que a atitude positivista dominante honra e conhece)*”.⁹ Um empreendimento, sem dúvida, tão arriscado e ousado quanto necessário.

Essa necessidade é fundada no pressuposto de que a concepção doutrinária de um novo instituto jurídico – com plausibilidade de legitimação acadêmica – tem percussão na própria prática social de sua efetivação enquanto instituição social.¹⁰ Vale dizer, o modelo teórico construído, após internalizado, atua quase como um plano cartográfico que indica os caminhos, as alternativas, as probabilidades e os limites do exercício institucional. Este plano, teoricamente objetivado, não se restringe ao domínio acadêmico ou científico. Alcança outras esferas, instaurando-se como mais um referente, no caso das Ouvidorias Públicas, das relações reais de controle entre Administração e administrado.

BOURDIEU vai mais além ao estabelecer uma conexão direta entre probabilidades objetivas construídas cientificamente e as aspirações subjetivas:

⁹ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 49.

¹⁰ Nesse sentido, WOLKMER leciona: “*Nessa perspectiva, parte da premissa [de] que as instituições jurídicas têm reproduzido, ideologicamente, em cada época e em cada lugar, fragmentos parcelados, montagens e representações míticas que revelam a retórica normativa, o senso comum legislativo e o ritualismo dos procedimentos judiciais. Tal condição se aproxima de uma primeira noção de instituição jurídica, projetada como estrutura normativa sistematizada e permanente, atuando e coordenando determinados núcleos de ação que têm funções específicas (controle social, sanção, administração política e financeira, ordem familiar, satisfação das necessidades comunitárias), operadores profissionais (juiz, advogado, defensor público) e órgãos de decisão (Tribunais de Justiça)*” (WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 2).

“As práticas podem encontrar-se objetivamente ajustadas às chances objetivadas – tudo se passa como se a probabilidade a posteriori ou ex post de um acontecimento, que é conhecida a partir da experiência passada, comandasse a probabilidade a priori ou ex ante, a ela subjetivamente combinada – sem que os agentes procedam ao menor cálculo ou mesmo a uma estimação, mais ou menos consciente, das chances de sucesso”.¹¹

Nesse diapasão, o modelo teórico das Ouvidorias Públicas atuaria sobre as próprias aspirações subjetivas, já que produziria estruturas de percepção e entendimento do próprio fenômeno real de controle. Assim, a demanda social estaria de alguma forma implicada nos limites próprios do modelo teórico convertido, desse modo, em elemento constitutivo (objetivado) da aspiração subjetiva. Em termos mais simplificados: o administrado recorreria ao exercício institucional das Ouvidorias Públicas em consonância com o modelo objetivo – cientificamente construído e academicamente legitimado – delimitador das demandas subjetivas.

É inegável a conexão entre o discurso acadêmico e as práticas sociais de controle da Administração Pública, especialmente

¹¹ BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. Coleção "Os Grandes Cientistas Sociais", n. 39. Trad. Paula Monteiro e Alícia Auzmendi. Org. Renato Ortiz. São Paulo: Ática, 1983. p. 63. O fundamento desse entendimento é buscado por BOURDIEU no “Esboço de uma Crítica da Economia Política” de MARX: “Quem quer que eu seja, se não tenho dinheiro para viajar, não tenho necessidade – no sentido de necessidade real de viajar – susceptível de ser satisfeita. Quem quer que eu seja, se tenho a vocação dos estudos mas não tenho dinheiro para dedicar-me, não tenho a vocação para o estudo, quer dizer, uma vocação efetiva, verdadeira” (id., ibidem).

do ponto de vista do processo de produção de demandas sociais de controle. E isto ainda que se pondere sobre os limites de aplicabilidade de uma perspectiva linear de imposição dos modelos de percepção sobre a prática.

Certamente o pesquisador também não está imune à pressão dos conteúdos objetivados pela doutrina, cujo sentido se consubstancia na reprodução do modo de produção teórica, tão bem representada pelos manuais de Direito. Assim, a exurgência de modelos teóricos que pretendam conferir uma maior complexidade ou uma maior referibilidade empírica ao delineamento de um novo instituto jurídico depende da opção de se ultrapassar os horizontes teóricos da Ciência do Direito. Em outras palavras, entornar os limites das possibilidades teoricamente objetivadas no campo disciplinar do Direito Administrativo e do Direito Constitucional. Um “olhar” que instaure a possibilidade de novos “olhares”.

2. Perspectiva metodológica

Instaurar a possibilidade de novos “olhares” não implica apenas abandonar os referenciais epistemológico e metodológico que proporcionaram a perspicuidade do modelo teórico vigente. Impõe o dever de buscar a construção de pelo menos outros modelos por meio dos quais seja franqueada uma nova tentativa de abordagem do objeto. Uma tentativa e não mais do que isso, vez que, como bem lembra BOAVENTURA, *“identificar as conseqüências da epistemologia da cegueira não implica, por si só, estar de posse da*

epistemologia da visão".¹²

Considerando que o instituto das Ouvidorias Públicas situa-se no campo da Ciência do Direito (portanto, tema de domínio epistemológico e metodológico do Direito Constitucional e do Administrativo), seria aconselhável a utilização de um conceito operacional que lhe fosse próprio.

Entretanto, o Direito, como já mencionado, não logrou construir categorias operacionais capazes de proporcionar uma inteligibilidade dos fenômenos¹³ jurídicos mais além da hermenêutica e, portanto, das normas e princípios jurídicos.

Não obstante, e na ausência de uma categoria operacional mais ampla produzida pelo Direito Público,¹⁴ o objeto desta tese será abordado a partir da categoria "regime jurídico".

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 243.

¹³ Fenômeno, "*de phänomen – aquilo que aparece do natural, que está aí, acontecimento raro, prodigioso. Esta palavra foi trazida do latim no século 17 (phaenomen), o que queria dizer 'isto que aparece espontaneamente'. Do grego phainómen, o que aparece, o que se mostra (se revela), o que é evidente*". (KLOSA, Annette & WERMKE, Matthias. *Duben*. vol. 7. Zürich: Dubenuerlag, 1997. p. 527.) Fenômeno, "*da raiz 'phen': que brilha, que se mostra, que nos é proposto, que se oferece à nossa atenção, que está em expansão; 'noumeno': definido por KANT como a 'coisa em si'; fenômeno: manifestação da coisa em si, aquilo que se mostra da coisa em si*" (*Anotações sobre o Primeiro Encontro de Teresópolis. Harmonização do corpo sensível*. Teresópolis: s/n, 1993. p. 4).

¹⁴ Mais ampla no sentido de categoria de análise de matérias ou instituições, vez que, em relação ao Direito, a categoria "ordenamento jurídico" possui – com exceção das perspectivas positivas, como a de "*Kelsen, para quem o ordenamento jurídico coincide com o Direito positivo*" (GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 177) – uma abertura semântica significativamente maior do que a categoria "regime jurídico".

3. Perspectiva tradicional

Ainda que constantemente utilizada no Direito Público como a categoria mais geral de abordagem e, portanto, a que ostenta maior abertura de significantes, a categoria “regime jurídico” permanece adstrita ao plexo de normas e princípios que regulam determinada instituição. Senão, veja-se:

Celso Antônio Bandeira de MELLO, certamente o maior protagonista brasileiro da relevância didática e científica dessa categoria, concebe o regime administrativo como “*ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de Direito administrativo*”,¹⁵ ou ainda como “*uma unidade sistemática de princípios e normas que formam em seu todo o Direito Administrativo*”.

16

Em outro momento de sua obra, ao cuidar da natureza e do regime jurídico das autarquias, o mesmo autor reafirmará esse entendimento, asseverando que regime jurídico é “*o sistema de princípios e normas que disciplinam e regulam um objeto do Direito*”.¹⁷ Ao tratar do conteúdo do regime jurídico, amplia essa noção, afirmando que

“importa esclarecer quais os princípios normativos que traduzem a vinculação entre as entidades autárquicas e o Estado; quais as regras que

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 15.

¹⁶ *Ib.*, *ibidem*, p. 15.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 414.

*presidem a atividade da autarquia em face dos particulares e qual a disciplina jurídica pertinente às suas conexões internas, regulando, por exemplo, as relações entre a entidade autárquica e seus servidores”.*¹⁸

José Afonso da SILVA, no mesmo sentido, ao tratar do regime jurídico da propriedade privada, entende que este existe em função de um *“complexo de normas jurídicas, constitucionais, administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis”*.¹⁹

Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO vai mais além, compreendendo tratar-se de *“uma forma jurídica de se conceber normas que se afinem com as concepções éticas, econômicas, sociais e políticas que prevalecem num determinado Estado, conforme o sistema de governo adotado e as instituições que vigem”*.²⁰ Nesse sentido, insere no âmbito conceitual da expressão regime jurídico a noção de relação: *“uma idéia de relação particular, de princípios e normas particulares que envolvem interesses nacionais, como o do exercício intencional de direitos num determinado espaço geográfico”*.²¹

Lúcia Valle FIGUEIREDO, articulando o vocábulo à noção de função, leciona: *“denominamos regime jurídico-administrativo ao conjunto de regras e princípios a que se deve subsumir a atividade*

¹⁸ Ibid., p. 414.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 93.

²⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao Direito Processual Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 336.

²¹ Id., ibidem, p.336.

administrativa no atingimento de seus fins”.²²

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO parece dar um passo a mais, ao asseverar que a idéia de regime administrativo está ligada ao *“conjunto de traços, de conotações, que tipificam o direito administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical na relação jurídico-administrativa”*.²³

Fernando H. Mendes de ALMEIDA, ao tratar dos funcionários públicos, afirma que: *“a expressão regime funcional emprega-se aqui no sentido de regulação do exercício de cargo público, bem como dos direitos e deveres advindos dessa regulação em função do exercício”*.²⁴

FERREIRA, em trabalho específico sobre o tema, definirá o regime jurídico administrativo como

“o conjunto sistematizado de princípios e normas informadoras do ‘dever-poder’ operativo, exercitado em nome da coletividade e concretizado nos comandos primários, gerais e abstratos constituídos na norma legislativa ou, excepcionalmente, na norma constitucional”.²⁵

Já de acordo com Roberto DROMI, *“el régimen*

²² Apud FERREIRA, Daniel. *A função administrativa e seu regime jurídico*. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1999. p. 31.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 70. Acrescenta a autora que essas características são basicamente duas, quais sejam: prerrogativas e sujeições.

²⁴ ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Noções de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 175.

²⁵ FERREIRA, ob. cit., p. 32.

*jurídico de la función administrativa comprende las formas jurídicas y los principios jurídicos del obrar administrativo estatal”.*²⁶

Benjamin Villegas BASAVILBASO, ao tratar do regime jurídico do serviço público, afirma que

*“la satisfacción de las necesidades colectivas – objeto del servicio público – es asegurada por un procedimiento de derecho público. Este procedimiento constituye el régimen jurídico del servicio público, distinto del régimen jurídico de los servicios privados”.*²⁷

Entre todos, César Augusto Guimarães PEREIRA é quem parece ter dado maior amplitude ao campo de incidência do conceito de regime jurídico, ao expor que este consiste no *“conjunto de deveres jurídicos e de relações jurídicas que nascem ou se modificam ou se extinguem com o desencadeamento de mandamentos normativos”*.²⁸

Ainda que se aperfeiçoasse este delineamento – desenhando-o como um conjunto de deveres, direitos e relações jurídicas que nascem, mantêm-se, modificam-se ou se extinguem com o desencadeamento de normas e princípios –, o conteúdo contemplado na expressão “regime jurídico” continuaria adstrito exclusivamente ao

²⁶ DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. 3.ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994. p. 54.

²⁷ BASAVILBASO, Benjamin Villegas. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ed. Argentina, 1951. p. 65.

²⁸ PEREIRA, César Augusto Guimarães. *Conceito e regime jurídico da elisão tributária*. mimeo, 1998. não paginado.

processo de articulação entre normas e princípios que regem uma determinada matéria ou instituto jurídico.

Não se trata aqui de considerar essa definição como incorreta. Mas é preciso reconhecer que se trata de uma perspectiva unívoca que reduz a complexidade de um conceito estabelecido com a pretensão de favorecer a inteligibilidade não só do campo jurídico, mas também de seu funcionamento.

Essa concepção de regime jurídico talvez explique a indignação de Bandeira de MELLO, quando declara que *“farta e excelente bibliografia internacional de Direito Administrativo não tenha, infelizmente, dedicado de modo explícito atenção maior ao regime administrativo, considerado em si mesmo”*.²⁹ Desse descuido a doutrina nacional também tem sido protagonista.

Talvez por essa mesma razão, alguns teóricos, sentindo a necessidade de operacionalização de conceitos com maior complexidade, têm tomado a difícil decisão de importar para a Ciência do Direito conceitos como o de “sistema”³⁰ ou “paradigma”,³¹ produzidos, respectivamente, pela Sociologia e pela Filosofia. Ou, o que é ainda mais sofisticado, requerer conteúdos de outras ciências para ampliar a carga significativa de termos-conceitos do próprio Direito, como ocorre com a noção de “sujeito”, atualizada por alguns

²⁹ MELLO, *Elementos de Direito...* p. 16.

³⁰ Para citar apenas dois exemplos, um nacional e outro estrangeiro: CARVALHO (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1995) e CANOTILHO (CANOTILHO, ob. cit.).

³¹ Como fazem, *v.g.*, ARNAUD & DULCE (ARNAUD, André-Jean & DULCE, María José Fariñas. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1996) e LUDWIG (LUDWIG, Celso. *Formas da razão: racionalidade jurídica e fundamentação do Direito*. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1997).

pesquisadores a partir dos instrumentais teóricos da psicanálise.³²

Essa insuficiência, ainda que não reconhecida, é facilmente demonstrável.

Releve-se desde logo que o conceito de regime jurídico adstrito às normas e aos princípios favorece apenas uma perspectiva sincrônica do fenômeno, despossuída, portanto, de historicidade. Revelam-se tão-somente os padrões constantes e regulares então vigentes. Utilizando as palavras de POUILLON, quando este analisa o termo “estrutura”, poder-se-ia dizer que nessa perspectiva o regime jurídico desvelaria exclusivamente “*a armação, o esqueleto do objeto*”³³ ou da instituição.

Assim, quando se trata de regime jurídico administrativo, regime jurídico tributário ou regime jurídico dos servidores públicos, a um só tempo põem-se em marcha uma pretensão totalizante e uma ação voltada para sobrelevar, desse todo, apenas os padrões de normatividade constantes: leis e princípios (ou, de maneira mais simplificada: o arcabouço normativo do fenômeno em estudo). Como diz BANDEIRA DE MELLO, um “*ponto de encontro*”, uma conformação espacial e, como tal, quase estática.

Ainda que alguns autores, como visto, admitam um certo movimento pela noção de “relação” ou “articulação”, não se lhe integram a historicidade, a instrumentalidade ou funcionalidade do todo

³² Como recentemente foi realizado, com muito brilho, pela pesquisadora, desta casa, Dra. Jeanine Nicolazzi PHILLIPI, em sede da tese doutoral intitulada “Elementos para a compreensão da lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e psicanálise” (PHILLIPI, Jeanine Nicolazzi. *Elementos para a compreensão da lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise*. Tese (Doutorado em Direito). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2000).

³³ POUILLON, Jean *et alii*. *Problemas do Estruturalismo*. s/trad. Rio de Janeiro: Zahar, 1968. p. 8.

ou de suas partes. Nesse diapasão, o regime jurídico não seria mais do que uma agregação, articulada ou não, dos padrões normativos de conduta vigentes no momento da observação. Assim, uma simples exposição da ordem taxiológica das leis e princípios, estabelecida pelo critério hierárquico, constituiria o regime jurídico. Precisamente o que fazem os autores acima referidos.

Se, como diz Pedro DEMO, “o principal pressuposto da ciência deve ser o propósito de captar a realidade assim como ela é”,³⁴ não se pode deixar de reconhecer um elevado déficit da Ciência do Direito em relação à realidade que pretende explicar.

Para resgatar a dinamicidade imanente à noção de regime,³⁵ com menores perdas em termos de redução de complexidade, como já se disse, falta à Ciência do Direito instrumental teórico e metodológico. Isso autoriza enfrentamentos interdisciplinares, com todos os riscos próprios das regiões fronteiriças, prudentemente sempre evitados em trabalhos de natureza acadêmica.

Do universo de alternativas que se apresentam nesta empreitada, optou-se pela instrumentalização de três conjuntos teóricos que, nas Ciências Sociais, centram-se na idéia de dinamicidade, de funcionamento e de ação: os conceitos de função, estrutura e

³⁴ DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. São Paulo: Atlas, 1986. p. 63.

³⁵ Regime, do latim *regimen* (MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da Língua Portuguesa*. Vol. II. Lisboa: Confluência, 1959. p. 1875), possui vários sentidos, todos voltados para a ação: “1. ação de conduzir, guiar, direção; 2. manobra do piloto; 3. direção, comando, governo, administração” (FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*. 5.ed. Rio de Janeiro: Fename, 1975. p. 860).

racionalidade.

Por dever ético o percurso no domínio das Ciências Sociais será realizado, *pari passu*, com a voz autorizada dos que lhe são nativos. Assim, em um primeiro momento, tais conceitos serão tratados em seu próprio terreno, sem qualquer alteração substantiva. Apenas em um segundo momento se procurará realizar conexões de sentido, com vistas ao alargamento da carga significativa do conceito de regime jurídico.

4. A noção de função

Uma primeira abordagem sobre o termo “função”, desde logo, indica uma multiplicidade de significados, muitos dos quais sem relação com a teoria funcionalista, elaborados a partir dos mais diversos critérios.

O senso comum tem vinculado o termo função à noção de finalidade ou utilidade, distanciando-se da idéia de relação ou interação de elementos em uma totalidade.

Em extenso e aprofundado estudo, objeto de sua tese de livre docência, o saudoso Prof. Florestan FERNANDES³⁶ identificou para o conceito de função três concepções por ele denominadas teleológica, mecanicista e positiva. Para representá-las, o referido professor elaborou o quadro abaixo reproduzido:

QUADRO 1 CONCEPÇÕES DE FUNÇÃO

³⁶ FERNANDES, Florestan. *Fundamentos empíricos da explicação sociológica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972. p. 185 e segs.

1. Concepção teleológica	A função é entendida, logicamente, como sinônimo de “fim”, sendo este postulado como algo inerente ao modo pelo qual as necessidades humanas são satisfeitas, através da organização cultural das atividades sociais.
2. Concepção mecanicista	A função é entendida, logicamente, como uma relação de correspondência entre um fato e seus efeitos socialmente úteis, mas os elementos dessa relação seriam determinados, não determinantes.
3. Concepção positiva	A função é entendida, logicamente, como uma relação de interdependência entre uma atividade parcial e uma atividade total ou entre um componente estrutural e a continuidade da estrutura, em suas partes ou como um todo, representando-se os elementos dessa relação, de modos diversos e em graus variáveis, quer como determinados, quer como determinantes.

FONTE: FERNANDES, ob. cit., p. 234

A concepção teleológica não suscita dúvidas: o fenômeno em estudo é compreendido a partir de sua finalidade, mediante a identificação do papel que esse fenômeno exerce em relação ao todo. No âmbito dessa concepção, o fenômeno é ou não “funcional” em relação a alguma instituição. Ou seja, ele é adequado ou não para sua conservação.³⁷

Era essa a perspectiva de função utilizada por ALESSI, tomando o vocábulo a partir da noção de poder estatal, *“este, enquanto preordenado às finalidades de interesse coletivo e enquanto objeto de um dever jurídico, constitui uma função estatal”*.³⁸

Cuida-se de uma maneira simples e corrente de se entender o termo “função”. Ainda que constituindo uma hipótese de

³⁷ Essa é a concepção mais utilizada pela doutrina.

³⁸ GRAU, ob. cit., p. 176.

trabalho importante, ela é frágil por diversos motivos, sendo o principal deles o grau de arbitrariedade, isto é, de subjetividade possível. Afinal, em princípio, são possíveis inúmeras funções para um fenômeno qualquer, dependendo das preferências do pesquisador para determinar qual (quais) é (são) relevante(s). Isso é possível porque não há uma relação entre o fenômeno considerado e o ambiente externo no qual está inserido: o que se percebe é o fenômeno tomado isoladamente, ao qual o pesquisador atribui uma função qualquer.³⁹

Já a concepção mecanicista, como dito, considera que a função se encontra na relação entre um fenômeno e seus efeitos relevantes para o todo em que se situa, com a particularidade de que os efeitos são *determinados*, não *determinantes*. A função estaria encartada, assim, precisamente na produção e reprodução desses efeitos.

Como se vê, no âmbito dessa concepção não há uma atribuição subjetiva da função, mas sim empírica. Há, entretanto, um determinismo pelo qual um fenômeno sempre produzirá determinados efeitos.

Por fim, a concepção positiva admite que uma função é uma relação dada entre um fenômeno e seus efeitos. Avança-se em uma perspectiva mais abrangente, estabelecendo-se a inserção do fenômeno no todo, entendido este como uma estrutura ou um sistema. A função, assim, torna-se adequada ao todo, a ele se integrando.

A propósito dessa taxilogia, o Professor

³⁹ FERNANDES, a propósito, traz à baila um exemplo bastante ilustrativo: para Malinowski – um dos grandes teóricos do funcionalismo – a “função social” do casamento seria unir um casal, de acordo com critérios socialmente aceitos, com o objetivo de manter a espécie; em outras palavras, “sua função é garantir a reprodução da espécie” (ob. cit., p. 253-254).

FERNANDES⁴⁰ apresenta duas ordens de observação:

- a) da concepção teleológica para a positiva há uma importante mudança na orientação teórica, no sentido de que se restringe o escopo das generalizações obtidas a partir dos casos particulares estudados. Enquanto na concepção teleológica as conclusões obtidas são, sem maiores ponderações, válidas para qualquer situação, a positiva particulariza-se em sua referibilidade empírica;
- b) a “utilidade social”, a “função” do fenômeno (entendido no sentido comum), estabelece uma diferenciação que é teoricamente fundamental: há que se distinguir entre as noções de função de índole pragmática e as de índole lógica. O caráter pragmático é dado, basicamente, pela concepção teleológica: há um sentido na função, isto é, ela desempenha um papel determinado, contribuindo para a manutenção do todo. O caráter lógico é aquele apresentado pela concepção positiva de função, na qual não se discute a adequação do fenômeno em relação às partes, mas sua inserção no todo no ambiente em que se situa.

O importante a ressaltar é que FERNANDES considera que a concepção positiva – ainda que mais profunda em termos teóricos – não dispensa considerações de ordem pragmática. Em outras palavras, perceber se os atores sociais consideram um fenômeno funcional ou não para o todo, e averiguar se há partes beneficiadas (ou não) pelo fenômeno estudado, não é uma perspectiva ausente da análise positiva. Ao contrário, o que há é um maior rigor teórico-metodológico.

Outra classificação do termo função – certamente a mais clássica nas Ciências Sociais – é a produzida por R. MERTON,

⁴⁰ FERNANDES, ob. cit. p. 235 e segs.

quando estabelece a disjuntiva entre funções latentes e funções manifestas. Segundo ARNAUD & DULCE, *“las ‘funciones’ latentes, al contrario que las manifestas, son las que no aparecen como queridas o deseadas conscientemente por la sociedad, pero, y a pesar de ello, contribuyen a la funcionalidad y al equilibrio del sistema”*.⁴¹

Considerando que ambas as noções *“não fornecem todos os conhecimentos indispensáveis para a descrição da totalidade de relações e conexões funcionais, que precisam ser consideradas através da manipulação do conceito de função social em sua conotação lógica”*,⁴² FERNANDES recorre a uma terceira noção: a de “função derivada”.⁴³

Nesses termos, a função derivada refere-se aos resultados das funções manifestas e latentes sobre a totalidade. Trata-se, como quer FERNANDES, de “efeitos de efeitos”,⁴⁴ ou seja, a percussão da função nos diversos níveis da totalidade analisada.

Para concluir, cabe ainda apresentar a tipologia elaborada por Norberto BOBBIO,⁴⁵ para quem há “funções positivas” e “funções negativas”. As primeiras constituem-se em fenômenos que atuam no sentido de manter o todo “equilibrado”. Já as funções negativas

⁴¹ Esses autores ainda comentam, muito apropriadamente, que *“desde una perspectiva empírica, tan importante o más que conocer las ‘funciones’ manifestas, es analizar las ‘funciones’ latentes, en relación con los efectos prácticos que en la sociedad tienen las instituciones y las normas jurídicas”* (ARNAUD & DULCE, ob. cit. p. 129).

⁴² Ob. cit. p. 245.

⁴³ FERNANDES, ob. cit. p. 244.

⁴⁴ Id., ibidem.

⁴⁵ *Apud* ARNAUD & DULCE, ob. cit. p. 129.

atuariam inversamente, contribuindo para o seu desequilíbrio. Nesse contexto teórico, uma função negativa não deveria ser confundida com disfunção.⁴⁶

5. A noção de estrutura

O vocábulo “estrutura” é tão polissêmico quanto o de “função”, não havendo consenso doutrinário sobre seus significantes. Como afirmou MOULIN, no discurso de abertura do Colóquio sobre a palavra estrutura, realizado em Paris na década de setenta:

*“estrutura não tem, hoje, dois, três, quatro significados fundamentais – o que é normal – mas tantas acepções como autores, acepções estas inteiramente irreduzíveis a um denominador comum, quando não totalmente antinômicas”.*⁴⁷

Em uma primeira aproximação, poder-se-ia dizer que etimologicamente a palavra estrutura tem origem no latim (*structura*)

⁴⁶ ARNAULD & DULCE, ao discorrerem sobre a classificação de BOBBIO, apresentam como exemplos de funções positivas, disfunções e funções negativas, respectivamente, as instituições dos tribunais (cuja função é a aplicação da justiça), a lentidão e a ineficiência de muitos desses tribunais, e as instituições carcerárias (que permanentemente corrompem os indivíduos, ao invés de corrigi-los).

⁴⁷ *Apud* BASTIDE, Roger (coord.). *Usos e sentidos do termo “estrutura”*. Trad. Maria Heloísa S. Cappellato. São Paulo: Edusp, 1971. p. 1.

derivada do verbo *struere*, cujo significado é construir.⁴⁸

POUILLON dirá que *“estrutura é, pois, aquilo que a análise interna de uma totalidade revela: elementos e relações entre tais elementos, e a disposição, o sistema dessas mesmas relações”*.⁴⁹

Combatendo o empirismo, LÉVI-STRAUSS encartará à noção de estrutura a de modelo teórico e, como tal, distante da realidade empírica, ainda que a ela referida. É nesse sentido que se pode conectar à idéia de estrutura a de maior invariância em relação à noção de processo ou de função. O Prof. Pedro DEMO, a propósito, dirá que:

“Damos o nome de estrutura a elementos de ordem formal e que constituem a realidade do mundo invariante. Tais elementos apresentam-se de modo sistematizado, ordenado, e no fundo são os responsáveis pela expectativa de regularidade dos fenômenos. São de ordem formal porque dizem respeito mais às formas de acontecer do que ao próprio acontecer. Nem sempre tratam-se de estruturas supra-históricas em dimensão mais totalizante; podem referir-se apenas a determinado

⁴⁸ ERNESTO, ob. cit., p. 954. POUILLON aprofunda esse estudo, afirmando que *“o emprego antigo é claro e, tanto no Littré como no Larousse, o artigo é curto: é, primeiramente, a maneira pela qual um edifício é construído, depois, por extensão, aquela como as partes de um todo qualquer – substância mineral, corpo vivo, discurso, pouco importa – estão arrançadas entre elas. O dicionário de Lalande acrescenta a idéia de solidariedade dos elementos, mas ela já está contida na definição precedente: o edifício desabaria, o discurso não teria sentido, se as partes de um todo não fossem solidárias”* (POUILLON, ob. cit., 1968. p. 8).

⁴⁹ POUILLON, ob. cit. p. 8.

*período”.*⁵⁰

Assim, a compreensão da estrutura de um dado fenômeno ocorre por meio de um esforço, como afirma o próprio Professor Pedro DEMO, no qual “*o conhecimento da realidade se realiza plenamente apenas quando atinge nela elementos constituintes a nível de constantes supratemporais e supra-espaciais*”.⁵¹

GREIMAS, ao analisar essas constantes, dirá, entretanto, “*que uma estrutura não comporta, por si própria, nenhuma referência temporal, mas que isto se deve entender nos dois sentidos: ela não é diacrônica, mas também não é sincrônica; o qualificativo ‘acrônica’ conviria melhor*”.⁵² Vale dizer, não se trata de estabelecer uma disjuntiva entre simultaneidade (sincronia) e sucessão (diacronia): cuida-se da “*regularidade da dinâmica, não da estática [...] o que mais se repete é a constância da inovação*”;⁵³ como brilhantemente sintetiza o Prof. Pedro DEMO.

Reconhecendo que “*de fato e de direito [...] existem estruturas diacrônicas e estruturas sincrônicas*”;⁵⁴ LÉVI-STRAUSS apontará sua preferência metodológica à invariância, afirmando:

⁵⁰ DEMO, Pedro. *Metodologia científica em Ciências Sociais*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 60-61.

⁵¹ DEMO, ob. cit. p. 202.

⁵² *Apud* POUILLON, ob. cit. p. 21.

⁵³ DEMO, ob. cit. p. 91-92.

⁵⁴ LÉVI-STRAUSS, Claude. Os limites do conceito de estrutura em etnologia. *In*: BASTIDE, ob. cit. p. 38.

“Não pretendo, por certo, recusar a noção de processo, nem contestar a importância das interpretações dinâmicas [...] os fenômenos sociais obedecem a ordens estruturais. A razão é simples: as estruturas apenas se mostram a uma observação feita de fora. Esta, ao contrário, não pode mais captar os processos, que não são objetos analíticos, mas a forma peculiar em que uma temporalidade é vivida por um sujeito”.⁵⁵

Uma forma, diga-se, constituída por regularidades, por constâncias, as quais, ainda que não estáticas, são mais duráveis em relação à temporalidade.

Na perspectiva estrutural, esta forma ou modelo se consubstancia em um “equilíbrio precário”,⁵⁶ pelo qual a mudança de apenas uma parte repercute na totalidade. Ou, como ensina LÉVI-STRAUSS, *“deve consistir de elementos tais que uma modificação qualquer de um dos elementos acarrete modificação em todos os outros”*.⁵⁷

Essa noção articula-se à de que os elementos que constituem a estrutura lhe são essenciais em face da totalidade. São partes indispensáveis do todo, sem as quais a identidade deste estaria comprometida. Daí porque, mesmo na perspectiva estrutural, não se pode se limitar a análise de um fenômeno jurídico ao seu delineamento normativo. Como leciona Antonio Hernández GIL,

⁵⁵ *Idem.* p. 38.

⁵⁶ CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia do Direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1985. p. 118.

⁵⁷ LÉVI-STRAUSS, ob. cit. p. 36.

*“el análisis estructural no puede consistir en poner de manifiesto ese orden o sistema con que ya se ofrece el derecho en los ordenamientos jurídicos. Su cometido demanda un análisis en profundidad [...] Las normas ofrecen más combinaciones de elementos que responden a unas reglas obedientes a la estructura del sistema”.*⁵⁸

A partir dessas perspectivas colhidas no polissêmico universo da noção de estrutura, é possível sumular as seguintes características fundamentais para a constituição de um arcabouço conceitual: modelo teórico (estrutura enquanto modelo teoricamente construído),⁵⁹ que, voltado para a internalidade (*“aquilo que a análise interna de uma totalidade revela”*⁶⁰) de um fenômeno, sobreleva os elementos essenciais, regulares e constantes⁶¹ que, articulados entre si, em equilíbrio precário,⁶² conformam uma totalidade em movimento.⁶³

De maneira mais simplificada, poder-se-ia definir estrutura como arranjo formal de uma totalidade, revelada a partir do equilíbrio precário dos elementos essenciais, regulares e constantes dessa totalidade.

Desse modo compreendido, não se pode operar

⁵⁸ *Apud* LOIS, Cecilia Caballero. A renovação da ciência jurídica segundo Antonio Hernández Gil. *In*: ROCHA, Leonel Severo (org.) *Paradoxos da auto-observação: recursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997. p. 217.

⁵⁹ LÉVI-STRAUSS, ob. cit. p. 34.

⁶⁰ POUILLON, ob. cit. p. 8.

⁶¹ DEMO, ob. cit. p. 60.

⁶² CASTRO, ob. cit. p. 118.

⁶³ LÉVI-STRAUSS, ob. cit. p. 34-35; DEMO, ob. cit. p. 91.

disjuntivamente em relação às noções de função e estrutura. Em verdade, uma contraposição entre estrutura e função não impossibilita uma interconexão entre essas categorias: antes a intensifica. Essa posição já era adotada pelos protagonistas do funcionalismo, como DURKHEIM:

“A palavra função é empregada de duas maneiras diferentes. Ora ela designa um sistema de movimentos vitais, abstraindo-se de suas conseqüências, ora ela exprime as relações de correspondência que existem entre esses movimentos e algumas necessidades do organismo”.⁶⁴

RADCLIFFE-BROWN, ao afirmar que *“o conceito de função pode ser usado em referência à interconexão entre a estrutura social e o processo de vida social”*,⁶⁵ localiza no próprio conceito de função a relação entre esses dois termos.

Conforme anotou AGULLA, o passo mais significativo rumo à permanente referibilidade entre função e estrutura foi dado pela teoria sistêmica funcionalista, que tem em PARSONS seu maior expoente:

“La teoría de la función aparece, en Parsons, como un prueba de la significación de las estructuras relativas a los procesos. La relevancia funcional para el sistema

⁶⁴ DURKHEIM, Emile. Aula inaugural do Curso de Ciências Sociais. In: CASTRO, Anna Maria de & DIAS, Edmundo. *Introdução ao pensamento sociológico*. 7.ed. Rio de Janeiro: Eldorado, 1980. p. 78.

⁶⁵ SOUZA, ob. cit. p. 121.

*es lo que permite seleccionar las estructuras que se deben considerar en un determinado sistema social. Y así se busca seleccionar los elementos estructurales que tienden a ayudar a un proceso lento y evolutivo de las estructuras en etapas de cambio”.*⁶⁶

Pela voz do derivacionismo marxista, HIRSCH vai ainda mais longe, negando a dicotomia analítica entre função e estrutura: *“não se pode separar analiticamente a determinação da forma e da função do Estado burguês: sua forma resulta dos elementos determinantes, funcionais e específicos do próprio processo de reprodução do capitalismo”.*⁶⁷

Dessa perspectiva não dissente FERNANDES. Ao tratar dos termos em que se dá a relação entre função e estrutura, afirma que a *“função é imanente à estrutura e a estrutura é condição da função”.*⁶⁸ A esse propósito, leciona:

“Como ambas [função e estrutura] não existem em si e por si mesmas, mas exprimem conjuntamente o que os sociólogos designam como ‘as condições necessárias de existência social’ (estática e dinamicamente), é impossível dizer em que sentido a estrutura ‘afeta’ a função ou vice-versa. Apenas se

⁶⁶ AGULLA, Juan Carlos. *Teoría sociológica*. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 430. Veja-se a respeito DEMO, op. cit. p. 228.

⁶⁷ HIRSCH, Joachim *et alii*. *A teoria do Estado*. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 150.

⁶⁸ FERNANDES, ob. cit. p. 226.

pode descrever, operativamente, como ambas coexistem e se comportam mutuamente em diferentes condições de estabilidade ou de mudanças sociais”.⁶⁹

6. Diacronia e sincronia

O importante que sobressai no trato das noções de função e estrutura é, precisamente, a perspectiva da impossibilidade lógica de sua separação ou, de modo inverso, a imprescindibilidade de sua conjugação na análise de fenômenos complexos, como é o caso dos fenômenos jurídicos.

Assim, a confluência de uma perspectiva sincrônica (*“que se funda na elaboração interpretativa das uniformidades de coexistência”⁷⁰*) com uma perspectiva diacrônica (*“que se funda na elaboração interpretativa das uniformidades de seqüência”⁷¹*), instaura a possibilidade de uma *“perspectiva globalizadora e integrativa”⁷²*, que não se faria presente em uma ou outra isoladamente.

Nesse sentido, é oportuno relembrar a reclamação formulada por GORDILLO acerca do enclausuramento das proposições

⁶⁹ *Id., ibidem.*

⁷⁰ Para FERNANDES, as uniformidades de coexistência seriam *“os aspectos mais ou menos estáveis do meio social, os quais permitem descrever e explicar a continuidade da ordem social”* (FERNANDES, Florestan. *Elementos de Sociologia teórica*. São Paulo: Edusp, 1970. p. 60).

⁷¹ As uniformidades de seqüência, segundo FERNANDES, seriam *“os aspectos mais ou menos instáveis no meio social, os quais permitem descrever e explicar a transformação da ordem social”* (*id., ibidem*).

⁷² *Id., ibidem.*

jurídicas no positivismo:

“No creemos acertados, en consecuencia, las definiciones que conceptúan al derecho administrativo como ‘un conjunto de normas y de principios de derecho público’ pues hacen prevalecer un carácter legalista y exegético antes que metodológico o cognoscitivo en el concepto pertinente”.⁷³

Como visto, a noção de regime jurídico padece dessa mesma adstrição. Isso a torna impermeável à perspectiva diacrônica do fenômeno jurídico estudado, além de comprometer parcialmente a própria perspectiva sincrônica, sobre a qual se fundamenta. Em síntese, uma intransparência das regularidades da dinâmica, que acaba por encobrir toda a possibilidade de apreensão da temporalidade, do movimento, da transformação e, reflexamente, do próprio funcionamento e da função do instituto em estudo.

Assim, mais além de uma hierarquia de princípios e normas que regulam um determinado instituto jurídico, a noção de regime jurídico deveria desvelar suas funções – numa perspectiva, *v.g.*, não apenas teleológica, mas mecânica e positiva, ou manifesta, latente e derivada – bem como o sentido da articulação entre os elementos (princípios e normas) essenciais que estabelecem o equilíbrio precário, constitutivo da dinâmica regular do instituto.

A conjugação entre estática e dinâmica, tempo e espaço, assim como entre função e estrutura, entretanto, não é suficiente

⁷³ GORDILLO, Agustin. *Teoría general del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984. p. 112.

para descortinar ao pesquisador o sentido que exsurge dessa conjugação, precisamente o elemento fundamental que se busca colocar em evidência na abordagem desta tese doutoral.

Partindo desse pressuposto, é necessário novamente deixar o campo do saber jurídico para, mais além de suas fronteiras, buscar o conceito de racionalidade.

7. A categoria racionalidade

A questão da racionalidade, desde PLATÃO e ARISTÓTELES, esteve ligada à disjuntiva operada entre razão (entendida como sinônimo de inteligência, lógica, reflexão etc.) e paixão (entendida como sinônimo dos sentimentos, emoções, afetividade etc.). Essa herança – de uma relação binária e oposta, sendo a primeira valorizada e a segunda desprezada – teve seu ápice na modernidade, quando a emancipação do ser humano só se colocava como possível a partir do abandono das ações fundadas nas sensações, emoções ou nos discursos religiosos. Isto implicava reconhecer um elevado nível de positividade à razão.

Só com WEBER essa positividade conferida à racionalidade seria contestada, a partir da noção de “*desencantamento do mundo*”,⁷⁴ entendida como a contraface do processo de racionalização do mundo ocidental.

Para esse autor, o conceito de racionalidade deve ser compreendido no âmbito de sua concepção de ação social: “*uma ação*

⁷⁴ WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. 5.ed. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1982. p. 182.

na qual o sentido sugerido pelo sujeito ou sujeitos refere-se ao comportamento de outros e se orienta nela no que diz respeito ao seu desenvolvimento".⁷⁵ Ou, como correntemente se tem definido: "conduta humana dotada de sentido".

Utilizando uma "tipologia ideal",⁷⁶ WEBER distinguirá quatro tipos de ação: racional com relação a um fim ou objetivo; racional com relação a um valor; afetiva, e tradicional.⁷⁷ No mesmo sentido e de modo correspondente, distinguirá três tipos de dominação: racional, carismática e tradicional.⁷⁸

A partir dessa classificação, WEBER operará com a distinção entre Direito formal e Direito material, ambos produtos do processo de racionalização. O primeiro seria o resultado do mais alto grau de racionalidade e, desse modo, adstrito a um formalismo de características externas (*v.g.*, formalismo de procedimentos, rituais, símbolos externos) e internas (ou, como quer DULCE, de "*abstração*

⁷⁵ WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*. Parte 2. Trad. Augustin Wenet. São Paulo/Campinas: Cortez/Unicamp, 1992. p. 400.

⁷⁶ Segundo WEBER, "*obtem-se um tipo ideal, acentuando unilateralmente um ou vários pontos de vista e encadeando uma multidão de fenômenos isolados, difusos e discretos, que se encontram ora em grande número, ora em pequeno número, até o mínimo possível, que se ordenam segundo os anteriores pontos de vista escolhidos unilateralmente para formarem um quadro de pensamento homogêneo*" (apud FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Trad. Luís Cláudio de Castro e Costa. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987. p. 49). FREUND resume didaticamente o que seria o tipo ideal afirmando que essa categoria "*consiste em uma representação ideal e conseqüente de uma totalidade histórica singular, obtida por meio de racionalização utópica e de acentuação unilateral dos traços característicos e originais, para dar uma significação coerente e rigorosa ao que aparece como confuso e caótico em nossa experiência puramente existencial*" (*idem*. p. 50).

⁷⁷ WEBER, *Economia y sociedad*, ob. cit. p. 20.

⁷⁸ *Idem*. p. 172.

lógica”,⁷⁹ entendido como o processo interpretativo obtido por meio de uma interpretação lógica dos conceitos e regras sistematizados juridicamente como, por exemplo, os códigos).

O Direito material, ao contrário, seria informado por valores extrajurídicos, como, por exemplo, os de natureza ética, econômica ou política. Pela precisão, merece destaque o contorno conceitual elaborado por ARNAUD & DULCE acerca do direito racional-material:

*“Este tipo de derecho existe quando en la decisión de los problemas jurídicos influyen ciertas normas, cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a las generalizaciones lógicas, que se basan en una interpretación abstracta, es decir, se trata de mandatos de contenido general, tales como imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, o postulados políticos, que rompen tanto con el formalismo de las características externas como con el de la abstracción lógica”.*⁸⁰

Assim, em WEBER aparece a tensão entre um direito informado por pressupostos valorativos e um informado por uma ordem sistematizada, abstrata, voltada para a calculabilidade e previsibilidade da conduta humana. Nestes termos, é possível dizer, ainda com ARNAUD & DULCE, que

“quanto más racional y formal es el sistema jurídico,

⁷⁹ DULCE, Maria José Fariñas. mimeo. p. 222.

⁸⁰ ARNALD & DULCE, ob. cit. p. 223.

*es decir, cuanto más técnico, especializado y abstracto es, se produce también un mayor alejamiento y desconocimiento de aquél por parte de los individuos, que son, en definitiva, los usuarios del sistema les proporciona, mayor dificultad encuentran para realizar sus acciones conforme a un comportamiento racional según fines”.*⁸¹

Desde esse ponto de vista, percebe-se a censura de WEBER à positividade da razão conferida por KANT. O Direito racional-formal, ao contrário do que se possa supor, pode instaurar a desuniversalização do conhecimento jurídico, a partir de uma progressiva desconexão dos sentidos da conduta humana e, portanto, da própria realidade.

Importante perceber que, para WEBER, o Direito racional-formal é resultado de um mesmo processo histórico que logrou racionalizar a política e a economia, respectivamente consubstanciados em suas noções de Estado Moderno e de capitalismo. Previsibilidade, controlabilidade, calculabilidade, confiabilidade e economicidade são traços comuns, adequados significativamente a esses três segmentos da vida social.

No segmento econômico, tais atributos se manifestam mediante a prática da contabilidade racional, monetarização da economia, empresa capitalista, livre mercado, liberdade de trabalho e do próprio Direito racional (voltado especialmente para a previsibilidade das relações econômicas). No

⁸¹ Id., ibidem. p. 229.

segmento político essa manifestação se dá, fundamentalmente, por meio da divisão do poder (pela especialização de funções), da formação de uma burocracia (constituída de maneira racional), da disposição de uma força militar permanente e de um Direito racional (voltado para a organização hierarquizada de competências). No segmento jurídico, como visto, uma racionalidade moderna que se expressa pela sistematização, formalização interna e externa dos conteúdos e, em particular, pela forma de sua aplicação.

Assim, como lecionam ARNAUD & DULCE,

*“tanto el derecho racional-formal, como el capitalismo y el Estado modernos caracterizan el proceso de racionalización del mundo occidental en términos de racionalidad formal, dándose entre estos tres fenómenos un conjunto de interconexiones mutuas o unas relaciones de condicionamientos recíprocos”.*⁸²

Inserido, pois, no mesmo processo de racionalização, economia, política e Direito (bem como seus institutos jurídicos) estão de alguma forma adequados do ponto de vista do sentido, possuindo elementos estruturais similares. Ainda que haja ruídos, tensões ou resistências entre tais segmentos, o resultado dessa conflitualidade (aparente ou real) teria um “sentido” único: o da racionalização do mundo ocidental.

Nessa medida, a partir de WEBER não se pode referir à internalidade do Direito sem considerar as externalidades que,

⁸² DULCE, ob. cit. p. 305.

de algum modo, são-lhe constitutivas. Como diz FREUND, “*la racionalización del derecho se ha hecho en reciprocidad con las otras actividades humanas, es decir, no ha sido solitaria, sino solidaria*”.⁸³ Obviamente, isso não importa em retirar a relativa autonomia do Direito, nem tampouco reduzi-lo ao determinismo de condições externas, como o que se pode defluir do materialismo histórico.⁸⁴ Ao contrário, vez que “*la principal preocupación de Weber fue [...] rechazar cualquier tipo de ‘simplista’ monocausalismo económico en el desarrollo del derecho racional-formal moderno*”.⁸⁵

Inegável na obra de WEBER é que a racionalidade do Direito – e, portanto, dos institutos jurídicos – é significativamente adequada ao processo de racionalização do Ocidente. Ainda que o formalismo jurídico tenha raízes no Direito romano, regado pelas universidades medievais, é na modernidade que esse formalismo, informado por uma racionalidade típica, tem percussão adequada à economia, mais propriamente ao modo de produção capitalista. Do

⁸³ FREUND, *apud* ARNAUD & DULCE, ob. cit. p. 297. Nesse sentido discorda-se da posição de COHN, para quem “*as diversas esferas da existência – a econômica, a religiosa, a jurídica, a artística e assim por diante – são autônomas entre si, no sentido de que se articulam em cada momento e ao longo do tempo conforme à sua lógica interna específica, à sua legalidade própria, para usar o termo weberiano. Assim, não é possível encontrar a explicação de desenvolvimento de uma delas em termos do desenvolvimento de qualquer outra. O máximo que se pode fazer [...] é buscar as afinidades e as tensões entre o modo como a orientação da conduta de vida [...] se dá em esferas diferentes*” (COHN, Gabriel (org.). *Weber*. São Paulo: Ática, 1979. p. 25).

⁸⁴ Como diz ARGÜELLO: “*As condições econômicas têm relevância, mas não podem ser consideradas as únicas decisivas. Existe compatibilidade da economia capitalista com formas diferentes de Direitos e de elaboração jurídica. Isto significa que Weber consegue distinguir condições fundamentais do desenvolvimento jurídico moderno fora da esfera meramente econômica*” (ARGÜELLO, Katie. O mundo perfeito: nem possível, nem desejável. Ética e racionalidade na Sociologia Jurídica de Max Weber. In: ARRUDA, Edmundo Lima de. (org.) *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas/CPGD-UFSC, 1996. p. 94).

⁸⁵ DULCE, ob. cit. p. 314.

mesmo modo, ainda que a vocação jurídica para a regulação do político tenha seus embriões lançados na Grécia Antiga, é no Estado Moderno que o Direito racional-formal se constitui como elemento central da própria legitimidade do Estado e da dominação política.

Nesse diapasão, sobressai a estreita conexão que se estabelece na modernidade entre Direito e burocracia,

*“y esto, precisamente, porque la estructura burocrática, caracterizada principalmente por su especialización y división del trabajo administrativo en base a criterios puramente objetivos, así como por su superioridad técnica sobre cualquier otra organización, su precisión, rapidez, univocidad, oficialidad, continuidad, discreción, uniformidad, rigurosa subordinación, ahorro de fricciones u de costas objetivas y personales, encarna perfectamente los requisitos de la formalidad y de la racionalidad, que, a su vez, caracterizan, desde un punto de vista típico-ideal, al Estado Moderno”.*⁸⁶

Do mesmo modo, ao resumo elaborado por ZABLUDOVSKI⁸⁷ – que opera as disjuntivas (a) sentido/técnica; (b) fins/meios e instrumentos; (c) economia/técnica econômica; (d) valores/calculabilidade; (e) racionalidade material/racionalidade formal; (f) distribuição de bens naturais/eficácia – poder-se-ia opor,

⁸⁶ DULCE, ob. cit. p. 317.

⁸⁷ Tradução livre e resumo a partir do quadro sinóptico elaborado por ZABLUDOVSKY (ZABLUDOVSKY, Gina. *Sociología y política. El debate clásico y contemporáneo*. México: Miguel Angel Porrúa, 1995. p. 257).

com o mesmo sentido, Direito racional formal/Direito racional material, cada um compondo um dos termos das referidas disjuntivas.

8. Regime jurídico e racionalidade

A contestação de WEBER a uma monocausalidade externa do Direito, como visto, não produz seu enclausuramento; ao contrário, acaba por descortinar uma ampla porosidade no campo jurídico, através da qual se estabelece uma conexão de sentido com outros segmentos da vida social, especialmente com a política e a economia.

Como sublinhado, não se refere a uma conexão de causalidade, mas de sentido, decorrente de uma adequação estrutural informada pelo curso do processo de racionalização do Ocidente. As instâncias do Direito racional (material ou formal) do Estado Moderno e do capitalismo apresentam percussões entre si e sobre a ação social, conformando a cosmovisão da modernidade.

Essa unicidade de sentido, entretanto, não se dá por um processo unilinear e monocausal. A independência das instâncias econômica, jurídica e política, decorrente de um sólido processo histórico de diferenciação, ao revelar a possibilidade de ruídos, de tensões e resistências no processo de adequação significativa, não encobre a complexidade imanente a esse processo.

Assim, por exemplo, a *Lei do 28 Pluviose do Ano VIII*, denominada como a constituição administrativa napoleônica, ao instituir a hierarquização na Administração Pública (tendo como conseqüência a separação entre agente e funcionário público, o poder de

exoneração e nomeação da autoridade superior) e a centralização (com uma detalhada divisão territorial de competência), certamente, em um primeiro momento, conturbou a expansão da economia francesa, bem assim os sólidos laços de lealdade política que sustentavam o Estado.

Em face dessas tensões, poder-se-ia constatar – sem qualquer risco no diagnóstico – a presença de uma evidente inadequação entre Estado, Direito e economia, nos primeiros anos dos 1800 na França. De fato, cuidava-se de um dispositivo legal, cujo sentido estava adequado, estruturalmente, ao próprio sentido que seria incorporado pelo Estado e pela economia da época.

Assim, a presença de um princípio generalizador como o da racionalidade acaba por favorecer uma perspicuidade de outro nível, que contempla mas ultrapassa a dimensão estrutural e funcional, compondo um quadro de inteligibilidade mais amplo: nesse caso, em face do estabelecimento de uma relação entre internalidade e externalidade.

Mais além de uma perspectiva diacrônica e sincrônica, é fundamental integrar a dimensão de racionalidade ao conceito de regime jurídico, aqui entendido como uma lógica (de organização e funcionamento) típica, que só é perceptível a partir da leitura das interconexões que se estabelecem entre internalidade e externalidade: *locus* privilegiado de apreensão do que WEBER,

acertadamente, denominou de “sentido”.⁸⁸

Remanesce, entretanto, o problema de como se articular a trilogia função, estrutura e racionalidade, para compor um arcabouço conceitual para “regime jurídico”, capaz de possibilitar uma leitura que contemple a complexidade imanente a um novo instituto jurídico, como é o das Ouvidorias Públicas brasileiras.

9. As três dimensões da racionalidade

Desde WEBER, a noção de racionalidade jamais foi olvidada nos domínios das Ciências Sociais e da Filosofia. MANNHEIM, por exemplo, tratou do binômio racionalidade substancial/racionalidade funcional. Conferiu àquela uma natureza eminentemente subjetiva, na qual a racionalidade seria operada pelo raciocínio de análise entre meios, situações e fins, e a esta uma natureza objetiva, na qual a racionalidade seria dada externamente mediante a condições sociais objetivadas institucionalmente. A respeito, MANNHEIM assinala:

“El más alto grado de la racionalización funcional lo alcanza acaso la sociedad moderna en la burocracia, en que el individuo que participa de ella no sólo

⁸⁸ Segundo REX, “este término ha desempeñado un papel importante en el gran debate sobre la historiografía y la metodología de las ciencias sociales que se realizó en Alemania en el período inmediatamente anterior a Weber, y aún la obra de éste presenta muchas asociaciones que derivan de esa tradición. Sin embargo, el sentido que WEBER le atribuye primariamente es el de referir toda conducta particular al **propósito u objetivo** del ‘actor hipotético’” (REX, John. *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*. Trad. Néstor A. Míguez. Buenos Aires: Amorrortu, 1985. p. 103. Sem grifo no original).

recibe prescrita la realización de actividad, la marcha de los actos, sino que recibe también su 'plan de vida' en forma de 'escalafón' trazado de antemano. La consideración de la carrera exige un autodomínio máximo, pues abarca no ya el progreso de trabajo, sino también la regulación reglamentaria de la libertad de los pensamientos y sentimientos".⁸⁹

Turbações desse jaez ao conceito de racionalidade formulado por WEBER sempre estiveram presentes nas mais diversas escolas do pensamento contemporâneo. Entre estas, certamente sobressaem os esforços dos membros da Escola de Frankfurt.

Na primeira geração do grupo dessa renomada escola quem se voltou mais detidamente ao tema foi HORKHEIMER, para quem a racionalidade é sempre instrumental. Cuidando da disjuntiva razão subjetiva/razão objetiva, esse autor define aquela de maneira muito próxima ao que WEBER denominava de racionalidade formal: análise da adequação dos procedimentos para alcançar determinados fins. Já a razão objetiva toma em HORKHEIMER outros foros, que estão não só em relação aos procedimentos (adequados às metas), mas em relação à sociedade, que estrutura modos específicos de comportamento.

Na segunda geração, mencione-se, ainda como exemplo, as radicais considerações formuladas por MARCUSE sobre a racionalidade. Conferindo natureza política à razão técnica, a própria

⁸⁹ *Apud* ZABLUDOVSKY, ob. cit. p. 260.

racionalidade formal é considerada uma racionalidade capitalista. Uma racionalidade, diga-se, plena de irracionalidade. Como bem resume ZABLUDOVSKY, para MARCUSE,

“en el desarrollo de la racionalidad capitalista, la irracionalidad se convierte en razón: razón como desarrollo frenético de la productividad, como conquista de la naturaleza, como incremento de la riqueza de bienes; pero irracional porque la alta producción, el dominio de la naturaleza y la riqueza social se convierten en fuerzas destructivas”.⁹⁰

Entretanto, o otimismo – desse que foi uma das grandes inspirações do movimento de maio de 68 – acaba por formular a idéia de uma racionalidade qualitativamente diferente, voltada não para a escravidão, mas para a emancipação humana, bastando, para tanto, a razão técnica converter-se em técnica de libertação.

Hoje a noção de racionalidade ganhou novas perspectivas. A disjuntiva razão-paixão dos tempos gregos passou a ser revisitada, não apenas por sociólogos e filósofos, mas também por estudiosos de outras áreas, como, por exemplo, os da Psicologia⁹¹ e da

⁹⁰ ZABLUDOVSKY, ob. cit., p. 266.

⁹¹ V.g. Daniel GOLEMAN, que apresenta uma teoria da sociedade na qual existem vários tipos de inteligências, sendo as emoções também uma forma de inteligência (GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional*. Trad. Marcos Santarrita. 4.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995).

Administração.⁹² Não obstante, a questão continua em aberto, ora se jogando no campo simbólico, na perspectiva, *v.g.*, de CASTORIADIS⁹³ ou BOURDIEU,⁹⁴ ora tratando essa questão do ponto de vista dos limites da racionalidade como SANTOS,⁹⁵ ou, ainda, cuidando da superação da dicotomia racionalidade/irracionalidade, como vêm fazendo os protagonistas da pós-modernidade.

Na América Latina, registrem-se as tratativas sobre o tema formuladas por Ilán SEMO e Manuel SANDOVAL,⁹⁶ Norbert LECHNER⁹⁷ e Angel FILFISCH.⁹⁸

No âmbito dessa plêiade de teóricos, para os fins deste trabalho sobressaem os desenvolvimentos realizados por HABERMAS e OFFE, ambos indicados como marcos teóricos desta tese.

Entretanto, é da obra de OFFE que se extrai a articulação entre estrutura, função e racionalidade, necessária para a conformação, que aqui se pretende, de um novo arcabouço conceitual para a categoria “regime jurídico”.

Em WEBER, a burocracia concentra o mais alto grau de racionalidade, representada pela existência de leis, regulamentos e

⁹² Ver, *v.g.*, HARDY, Cynthia, e outros (orgs.). *Handbook de estudos organizacionais*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 1998. p. 257.

⁹³ CASTORIADIS, Cornélius. *A instituição imaginária da sociedade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 192 e segs.

⁹⁴ Para uma tomada de posição racionalista, cf. BOURDIEU, Pierre, *O poder simbólico* (ob. cit.).

⁹⁵ SANTOS, ob. cit. p. 119 e segs.

⁹⁶ SEMO, Ilán & SANDOVAL, Manuel. *Cuando el progreso nos alcance*, mimeo, 1983.

⁹⁷ LECHNER, Norbert. El proyecto neoconservador y la democracia. In: *Autoritarismo y alternativas populares en América Latina*. San José: FLACSO, 1982.

⁹⁸ FILFISCH, Angel. La polis censitaria: la política y el mercado. In: *Autoritarismo y alternativas populares en América Latina*, ob. cit.

normas que determinam as atribuições dos cargos e delimitam os direitos e deveres dos indivíduos nas organizações; possui uma hierarquia administrativa e a valorização do saber técnico especializado que possibilita a formação de um quadro administrativo, com profissionais que ingressam nas organizações por meio de concursos com critério técnico. Essas características, entre outras, conferem – ao menos idealmente – constância, previsibilidade, objetividade, controle, calculabilidade, confiabilidade e economicidade às atividades organizacionais.

OFFE descreve da seguinte forma as condições acima:

*“a cada momento a ação está sujeita a premissas, que não estão à disposição do próprio autor: a ação está vinculada a ‘inputs’ que não podem ser nem ampliados, nem modificados, nem diluídos”.*⁹⁹

Essa racionalidade que WEBER denominou formal, funda e expande a sociedade moderna, pois a eficiência, a despersonalização das atividades, a constituição de procedimentos universais que unificam a conduta, sugerem a eliminação das ações irracionais, ao mesmo tempo que legitima o procedimento.

HEINRICH, comentando a obra de WEBER, afirma que

“numa sociedade, a liberdade política pode coexistir com a perda da liberdade humana neste sentido – numa situação em que o sistema político funciona apenas como aparato mais eficiente para equilibrar e estabilizar outros aparatos que, por sua parte,

⁹⁹ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 216.

realizam de maneira mais eficiente a satisfação das necessidades, isto é, burocracias e grandes empresas”.¹⁰⁰

Para WEBER, a conduta eticamente orientada foi relegada à “*área da vida privada*”¹⁰¹ e, portanto, haveria um caminho inexorável a ser percorrido pela humanidade, cujo único trilho seria a razão formal.

No começo da década de 1980 HABERMAS, na *Teoria da Ação Comunicativa*, faz algumas reflexões procurando lançar luzes sobre a questão, fazendo uma crítica da análise weberiana.

Segundo INGRAM, a análise habermasiana detectou três problemas fundamentais na concepção de racionalidade de WEBER. Em primeiro lugar, confundiu sociedade racional e capitalismo; em segundo, operacionalizou a polarização sujeito-objeto, que o levou a “*confundir racionalidade propositada com razão tout court*”; e, em terceiro, fundamentou a ação do agente em si mesma, desconsiderando o “*funcionalismo sociológico*”, restringindo a ação do agente, sem considerar as conseqüências não pretendidas do ator social.¹⁰²

Também no começo da década de oitenta, quase que simultaneamente, OFFE enfrentou a questão da racionalidade sob a ótica dos problemas funcionais da ação político-administrativa,

¹⁰⁰ HEINRICH, Dieter *et alii*. Max Weber e o projeto da modernidade. *Lua Nova*, São Paulo, n. 22, p. 229-57, dez. 1990. p. 244.

¹⁰¹ HENRICH, ob. cit. p. 251.

¹⁰² INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2.ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: EdunB, 1987. p. 94.

concluindo pela existência de um conceito de racionalidade tridimensional e contraditório.

A análise de racionalidade em OFFE tem como ponto de partida as críticas ao sistema burocrático weberiano, sob o pressuposto da presença de um elevado nível de inflexibilidade e uma racionalidade de tipo formal. Na dicção do autor,

“Quando uma organização se aproxima do modelo estratégico usado como esquema normativo, mas por isso mesmo põe em risco o seu vínculo com o meio, costumamos falar de patologias burocráticas, isto é, de não correspondência entre a estrutura interna e o meio externo, ou simplesmente entre estrutura e função”.¹⁰³

A disjuntiva que OFFE estabelece entre estrutura – normas preestabelecidas hierarquicamente e logicamente concatenadas, que conteriam em si os procedimentos de resolução de conflitos, exigindo, por isso, serem distorcidas para alcançar sua finalidade – e função – necessidades funcionais de uma sociedade industrial capitalista – funda a principal crítica à concepção weberiana de racionalidade. Em outras palavras, uma dupla racionalidade: a racionalidade da forma (sistema) e racionalidade da função.

Essa disjuntiva apresenta-se para OFFE como um paradoxo. Segundo o autor, *“o ambiente não permite ao sistema administrativo desenvolver completamente aquele esquema normativo*

¹⁰³ OFFE, ob. cit. p. 219.

de racionalidade tecnológica, que o mesmo ambiente exige”.¹⁰⁴ Como conciliar os *inputs* – as regras prontas que partem da burocracia e que não podem ser modificadas para que ela funcione – com os *outputs*, ou seja, as funções oriundas das demandas sociais que carecem de resolução? A resposta surge como óbvia: ou reformam-se as estruturas ou muda-se o aprendizado das organizações.

Entretanto, isso não é tão simples quanto aparenta. OFFE critica o pressuposto de se pensar que apenas basta idealizar e introduzir critérios mais adequados de racionalidade, pois que existem duas racionalidades distintas e opostas. Entre priorizar as “regras do sistema” e o “objetivo do sistema”, desponta o problema da legitimação. Se as regras impedem a materialização de uma demanda, ela não é legítima. Se as demandas não seguem uma normatividade preestabelecida, igualmente, acabam por perder legitimidade. Desse dilema, OFFE aponta a existência de uma outra forma de racionalidade – nem estrutural, nem funcional, por ele denominada “consensual”. Assim, além da conformidade legal e da adequação aos fins, o critério do consenso político, eticamente obtido, acaba por encaminhar uma alternativa.¹⁰⁵

Esses três tipos de racionalidade levantados pelo autor comporiam três dimensões: supralegal (constituída pela finalidade do sistema); legal (constituída pela estrutura do sistema), e infralegal (constituída pelo consenso).

Ao tratar dessas três dimensões de racionalidade,

¹⁰⁴ OFFE, ob. cit. p. 222.

¹⁰⁵ Desse consenso, as súmulas seriam um bom exemplo: uma vez editadas, servem como parâmetro de resolução de ações similares, sem com isso implicar a obediência de todos os juízes.

OFFE não só denuncia a insuficiência de WEBER ao se limitar apenas à dimensão estrutural-legal, como também acaba por perceber que a esfera supralegal – portadora apenas de uma utilidade proibitiva¹⁰⁶ – está subordinada à esfera infralegal, devido ao seu alto custo de legitimação.¹⁰⁷ A partir daí, o autor conclui que apenas a racionalidade fundamentada no consenso poderia suportar o custo de legitimação do sistema.

Segundo o próprio OFFE, trata-se de uma opção que enseja relevantes riscos: de um lado, a ação consensual pode ser facilmente manipulada; de outro, a confiança na autonomização do indivíduo poderia levar a uma sobrecarga do sistema administrativo, devido à pluralidade dos interesses individuais.¹⁰⁸

Apesar de a aparente plausibilidade de uma racionalidade de tipo consensual poder manter o déficit de legitimação, OFFE parece deixá-la em suspenso, em face dos mencionados riscos. A saída por ele proposta seria *“coincidir suas [do Estado] indispensáveis funções de intervenção e de ordenamento com a necessidade de consenso, igualmente indispensável”*,¹⁰⁹ pela instauração de mecanismos de controle para *“facilitar o êxito desta harmonização”*.¹¹⁰

Dois são os mecanismos apontados pelo autor: (1) as *“ciências sociais”* (estabelecendo um critério de alternativas, não hierarquizadas, competindo à Administração a escolha e a aceitação dos

¹⁰⁶ Ou seja, enquanto *“idéias ordenadoras [...] só ativadas empiricamente quando se trata de denunciar a violação de limites e de puni-la por meios jurídicos, políticos e administrativos”* (OFFE, ob. cit. p. 226.).

¹⁰⁷ OFFE, ob. cit. p. 226.

¹⁰⁸ OFFE, ob. cit. p. 229.

¹⁰⁹ OFFE, ob. cit. p. 230.

¹¹⁰ Id., ibidem.

dados mais legitimados do ponto de vista da ciência) e, de um modo mais censurável, (2) a geração da *“imagem de uma realidade em crise”*, consistindo num processo de simplificação com a “constatação” de uma crise real ou fictícia sobre a qual seria dado um diagnóstico prevendo as prioridades.

Data vœnia, OFFE parece ter se equivocado ao tratar do problema da racionalidade consensual, jogando a discussão para o campo da ciência e da Administração, sem considerar a possibilidade de atuação consensual entre os atores sociais, base de legitimidade para este tipo de racionalidade.

Se OFFE omite a formulação de uma conclusão lógica quanto à possibilidade de uma racionalidade consensual, HABERMAS irá conceber a *Teoria da Ação Comunicativa*, tentando resolver precisamente esse problema, também mediante a noção de racionalidade consensual, que ele denomina de comunicativa, tendo a dialogia como o fundamento legítimo da “ação” (nos termos weberianos do conceito).

10. Regime jurídico e as dimensões da racionalidade

A tese de OFFE, ainda que venha a merecer procedentes reparos por meio do trabalho de HABERMAS, instaura a possibilidade de articulação das noções de estrutura e função, abrindo ainda a possibilidade de uma perspectiva que contemple uma relação de implicação entre internalidade e externalidade, sem ser necessário recorrer à perspectiva sistêmica de LUHMANN.

Como visto, OFFE constrói uma noção de racionalidade tridimensional, indicando as seguintes dimensões ao

conceito:

- a) uma dimensão estrutural (ou legal), composta de regularidades decisórias, consubstanciadas nos programas, normas e princípios jurídicos, na qual a ação administrativa está sujeita a um “*teste de conformidade legal*” ou “*prova legal de legitimidade*”.¹¹¹ Neste caso, segundo OFFE, a racionalidade importa no acatamento das premissas decisórias (em geral legais) sem consideração das funções socialmente designadas para a Administração;¹¹²
- b) uma dimensão funcional (ou supralegal), voltada para a finalidade, ou resultado da ação administrativa, decorrente de um “*processo de conversão de direção*”.¹¹³ Nesse caso, a racionalidade está sujeita a um teste de efetividade funcional: “*o problema passa a ser a escolha de premissas adequadas do ponto de vista jurídico, organizacional e pessoal*”;¹¹⁴
- c) uma dimensão “*consensual*” (ou infralegal), voltada para a relação entre Administração e administrado, na qual a racionalidade é fundada em negociações intra-orgânicas (membros da Administração) ou extra-orgânica (administrados, organizações da sociedade civil, partidos políticos, sindicatos etc.) e submetida a um “*teste de consenso político*”.

A despeito de suas relevantes vantagens do ponto de

¹¹¹ Expressão traduzida do alemão para o espanhol por Juan GUTIÉRREZ (OFFE, Claus. *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Trad. Juan Gutiérrez. Madrid: Sistema, 1988. p. 24).

¹¹² Nesse caso, na lição de OFFE, “*a racionalidade não assegura, e possivelmente contraria, a racionalidade política do sistema nas condições do Estado de bem-estar capitalista*” (OFFE, *Problemas estruturais*, ob. cit. p. 220).

¹¹³ Expressão traduzida do alemão para o espanhol: OFFE, Claus. *Partidos políticos*, ob. cit. p. 10.

¹¹⁴ OFFE, Claus. *Problemas estruturais*, ob. cit. p. 231.

vista de uma concepção mais abrangente de racionalidade, esse entendimento parece conter alguns equívocos.

Como visto, o que OFFE denomina de dimensão consensual pode perfeitamente estar abrigada na própria dimensão funcional, a qual não se reduz ao fim ou objetivo visado. Ainda que se permaneça nessa hipótese reducionista da perspectiva funcional, o próprio objetivo pode ser o resultado de processos negociais entre Estado e sociedade civil, vez que, como reconhece o próprio autor em estudo, a perspectiva funcional está fundada na legitimação. Se isto é fato, fim, objetivo, ou mesmo resultado da ação administrativa, não está imune à pressão conformadora da base de legitimação (segmentos organizados ou não da sociedade civil).

Ademais, a dimensão estrutural e a funcional, em sede administrativa, ainda que dissociáveis do ponto de vista pedagógico, estão absolutamente interconectadas, confluindo não só no universo institucional do processo de formulação e execução de políticas públicas, como no plexo subjetivo do agente decisório. É crucial que a objetivação das normas e princípios tenha como base de legitimação as finalidades, supostas ou reais, que as informam, inclusive do ponto de vista de sua efetividade. Em outras palavras, todo o processo interpretativo das normas e princípios, que inelutavelmente se dá na dimensão subjetiva, está impregnado – de modo constitutivo – por elementos funcionais.

Essa perspectiva possibilita a confluência da dimensão legal e da supralegal, na conformação de uma única racionalidade implementada na *práxis* administrativa. Com isso não se nega a natureza típico-ideal de uma ou outra dimensão, nem tampouco a idéia de preponderância de uma em relação à outra. O que se preconiza

é a inclusividade de ambas as dimensões na racionalidade administrativa, cujos sentidos podem até ser contraditórios entre si.

Some-se a isso o fato de que a adstrição de toda dimensão funcional à concepção teleológica ou finalística enclausura as duas primeiras dimensões indicadas por OFFE no espaço interno da Administração. Isso retira toda a validade lógica da discussão que estabelece a respeito da legitimação no âmbito da dimensão legal e supralegal. Ao que parece, faltou ao autor expandir a noção de função para mais além dos fins (imediate e objetivamente) visados. Como já visto, a noção de função comporta todo um desdobramento para a externalidade do objeto analisado, como é o caso das concepções mecânica e positiva apontada por FERNANDES. É precisamente no contexto favorecido por essas dimensões que se instaura a questão da legitimação e se abriga, no âmbito funcional, também a dimensão denominada por OFFE de consensual.

Por fim, em relação à terceira dimensão, deve-se apontar sua inevitável adstrição – no limite – aos imperativos da ordem legal e da base institucional de legitimação, a qual nem sempre coincide com a base real ou empírica. Ademais, em face dos próprios riscos incidentes sobre esta dimensão, indicados por OFFE, apenas contingentemente é possível – com previsibilidade e calculabilidade – obter-se o consenso político. Ainda que idealmente esta terceira dimensão fosse plausível isoladamente – o que não se poderia conceber em um Estado de Direito – sobrelevaria a questão do procedimento em detrimento da própria racionalidade.

Sem dúvida, OFFE não se engana quando afirma que um dos problemas fundamentais da Administração Pública consiste na

harmonização, “*ao mesmo tempo, [dos] seus fundamentos jurídicos, [das] suas funções e [dos] interesses de seus clientes e grupos de referência*”.¹¹⁵ Entretanto, é da tensão entre esses elementos (estrutural, funcional e consensual) que resulta o sentido da ação administrativa ou, mais precisamente, o sentido da organização e do funcionamento dos institutos jurídicos.

Em todos os modelos que o Estado assumiu no ocidente (Liberal, Social ou Neoliberal), a Administração Pública sofreu a pressão conformadora das dimensões que OFFE denomina de legal, supralegal e infralegal. De fato, o que parece ocorrer é uma correspondência entre a preponderância de uma dimensão e cada tipo de Estado. Daí ser possível reconhecer – como faz WEBER – a presença de uma racionalidade de tipo formal-legal no Estado Liberal.

Esse entendimento, obviamente, implica não o reconhecer de apenas uma racionalidade estrutural ou legal no período do Estado Liberal, mas a admissão de que, do processo altamente tensional entre as diversas dimensões (estrutural, legal e consensual), advém uma racionalidade típica, caracterizada pela preponderância de uma legitimidade fundada na legalidade. Em outras palavras, uma racionalidade de tipo formal-legal.

Com essas observações já é possível estabelecer um novo contorno conceitual para a expressão regime jurídico, o qual, como afirmado, será o principal referente metodológico utilizado na abordagem do instituto das Ouvidorias Públicas brasileiras.

Assim, do ponto de vista deste trabalho, a categoria

¹¹⁵ OFFE, *Problemas estruturais*, ob. cit. p. 232.

“regime jurídico” estaria centrada na noção de racionalidade, aqui entendida como o elemento causal do sentido da ação (organização e funcionamento) de determinado instituto.

Nessa perspectiva, a racionalidade seria o resultado de um processo tensional de dois níveis: o primeiro, entre a dimensão funcional (aqui incluída a dimensão consensual) e estrutural; o segundo, entre a conformação interna (decorrente dessa tensão de primeiro nível) e a conformação do ambiente externo (também decorrente de tensões semelhantes à descrita no primeiro nível).¹¹⁶

Trata-se, portanto, de se admitir a confluência dialética das três dimensões na internalidade do espaço administrativo, bem como entre este e o da sociedade civil, na conformação de uma racionalidade.

Ressalte-se que tanto a dimensão estrutural quanto a funcional não restam adstritas aos termos fixados por OFFE. Para os fins deste trabalho, a dimensão funcional comportaria a concepção teleológica (voltada para a finalidade ou objetivo visado), mecânica (fundada nos efeitos da ação sobre a totalidade) e positiva (centrada na relação de interdependência entre uma parte e o todo, ou mais apropriadamente, entre “*o componente estrutural e a continuidade da estrutura*”).¹¹⁷

Por seu turno, a dimensão estrutural, ao relevar as “*regularidades da dinâmica*”, consubstanciadas nas normas e princípios jurídicos, sobrelevaria o critério da essencialidade e do equilíbrio precário.

Desse modo, resumidamente, a noção de regime

¹¹⁶ Não se releva, neste caso, a eventual antecedência de um ou outro nível, no processo de formação do resultado. O fato é que a simultaneidade se impõe logicamente, em face da causalidade estrutural e circular de ambos os níveis entre si.

¹¹⁷ FERNANDES, ob. cit. p. 234.

jurídico comportaria a apreensão das seguintes perspectivas:

- a) **estrutural**, por meio da elaboração de um modelo teórico concebido pela articulação das normas e princípios jurídicos essenciais que, em equilíbrio precário, relevam as regularidades da dinâmica institucional;
- b) **funcional**, por meio do delineamento (1) dos fins e objetivos visados, (2) dos efeitos socialmente úteis (em face dos objetivos) e (3) da relação entre ação institucional e a continuidade da estrutura;
- c) **estrutural-funcional**, por meio da percepção do resultado da tensão entre as duas perspectivas acima apontadas;
- d) **adequação significativa (ou similitude estrutural)** por meio da análise de adequação de sentido entre o instituto e o ambiente externo que o circunda (no caso de um instituto do Direito Administrativo, ao ordenamento jurídico administrativo e constitucional, ordem econômica e à política, respectivamente Direito, Economia e Estado).

Lamentavelmente, a análise do regime jurídico das Ouvidorias Públicas brasileiras não poderá abrigar essas quatro perspectivas de modo integral. Isso se deve, fundamentalmente, ao fato de esta tese doutoral não comportar uma pesquisa empírica capaz de viabilizar todas as dimensões funcionais acima apontadas. A análise dos efeitos, assim como das relações intra e extra-orgânica da atividade institucional em relação à continuidade da estrutura, demandaria não só uma complexa pesquisa de opinião, como também uma acurada análise de percussão sobre o desenvolvimento das diferentes Ouvidorias na estrutura administrativa em que se situam.

Não obstante, pretende-se desenvolver uma reflexão que – indo mais além dos princípios e normas – alcance ao menos o

delineamento da racionalidade e da adequação significativa do instituto em estudo. Neste caso, conferindo maior complexidade e referibilidade empírica a essa instituição que vem se expandindo com grande velocidade na realidade institucional brasileira.

A opção por este percurso importa em assumir riscos. Trata-se, entretanto, de uma opção consciente, eticamente fundada na disposição de apresentar uma maior contribuição científica para o estudo do objeto desta tese.

Em seguida, serão analisados (1) o modelo teórico tradicionalmente utilizado pela doutrina no instituto do *ombudsman* e (2) as principais fases de sua institucionalização, tendo como referente metodológico a categoria "regime jurídico", nas dimensões indicadas neste capítulo.

PARTE II
INSTITUTO DO *OMBUDSMAN*

“Um carvalho antigo ergue-se; os olhos vêem de longe sua folhagem; ele se aproxima, vê-se o seu tronco; mas não se percebem suas raízes: é preciso cavar a terra para encontrá-las” (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. S/trad. Coleção “Os pensadores”, v. XXI. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 484).

CAPÍTULO II

O *OMBUDSMAN* COMO GUARDIÃO DA LEGALIDADE¹

Este capítulo, dividido em duas partes, tem como objeto o estudo do instituto do *ombudsman*.

A primeira parte está dedicada à descrição das convergências doutrinárias. A partir do levantamento dos consensos teóricos acerca de suas principais características, procura-se representar o que se poderia chamar de um “modelo teórico do instituto do *ombudsman*”, utilizado, tradicionalmente, pela doutrina nacional e estrangeira, como referente de análise das mais diversas experiências de institucionalização.

A segunda parte está voltada para a caracterização do regime jurídico do instituto do *ombudsman* a partir de uma dimensão estrutural (princípios e normas jurídicas) e funcional (neste caso, reduzida à concepção teleológica ou manifesta),² articulada à adequação significativa entre o ambiente interno do instituto e seu entorno (Estado e mecanismos institucionais de controle). Como mencionado no capítulo anterior, o objetivo deste procedimento é a tentativa de indicar a racionalidade que informa o instituto.

O fio condutor da segunda parte deste capítulo é a temporalidade, consubstanciada na opção por uma perspectiva diacrônica de análise. Como será visto, o tempo e a adequação

¹ A expressão “guardiões da legalidade” foi inspirada no título “*Los guardianes de la ley en Suécia*”, do artigo escrito por Stem RUDHOLM e Alfred BEXELIUS, respectivamente, Chanceler de Justiça e *Ombudsman* de Assuntos Cíveis da Suécia na década de setenta, veiculado no livro de ROWAT (ROWAT, Donald C. *El ombudsman*. Trad. Eduardo L. Seárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1973).

² Pois, como assinalado no capítulo anterior, a análise aprofundada da função de institutos jurídicos nas dimensões mecânica e positiva (ou, ainda, latente e derivada) implicaria uma extensa e complexa pesquisa de campo não levada a efeito nesta tese. O mesmo se diga quanto à dimensão estruturo-funcional voltada para a análise da relação tensional entre a perspectiva funcional e estrutural.

significativa rompem a plausibilidade da constituição de um único modelo para o instituto em estudo.

Neste Capítulo, será analisado o primeiro século de vigência do instituto, um período que envolve a Constituição sueca de 1809 e a finlandesa de 1919.

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

Como mencionado na Introdução desta tese, a análise que segue não foi informada pela pretensão de desenvolvimento de um estudo comparado do instituto do *ombudsman*, o que implicaria relevar e confrontar as características dos diferentes modelos de institucionalização. A opção metodológica aqui adotada, ao contrário, volta-se exclusivamente para a fixação dos 18 (dezoito) aspectos acima referidos, com vistas à conformação de um modelo típico-ideal. Nesse sentido, as demais especificidades eventualmente presentes nas legislações dos países que contemplaram o instituto, por não afetarem a constituição dos modelos gerais, não serão aqui tratadas.

1. Modelo teórico

A revisão bibliográfica sobre o tema – sempre necessária na análise de institutos jurídicos – indica a presença de

sólidos consensos doutrinários fixados, especialmente, com referência à institucionalização do *ombudsman* nos países europeus, no período compreendido entre as décadas de cinquenta e oitenta.³

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.⁴

Não obstante, o objetivo deste item introdutório, como visto, é precisamente demarcar os termos do arcabouço teórico

³ Entre outros, citem-se as posições de: a) ARADILLAS, Antonio. *Todo sobre el Defensor del Pueblo*. Barcelona: Plaza & Janes, 1985; b) AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. *O ombudsman e o controle da Administração*. São Paulo: Edusp/Ícone, 1993; c) BAUZÁ, Rolando Pantoja. *El ombudsman. Un aporte al control de la administración del Estado*. mimeo.; 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; e) GUILLÉN, Víctor Fairén. *El ombudsman parlamentario de Finlandia*. s/trad. Madrid: Embajada de Finlandia en Madrid/Espasa-Calpe, 1984; f) MAIORANO, Jorge Luis. *El ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*. Buenos Aires: Macchi, 1986; g) PADILLA, Miguel M. Ombudsman Forum. Foro del ombudsman. Buenos Aires: International Bar Association, s/d; h) ROWAT, ob. cit.; i) GUILLÉN, Víctor Fairén. *El Defensor del Pueblo – ombudsman*. s/trad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982; j) PRESIDENCIA DEL GOBIERNO. *El Defensor de Pueblo y la Administración*. Actas y Documentos nº 17. Madrid: Servicio Central de Publicaciones – Presidencia del Gobierno, 1981; j) GRADO, Carlos Giner de. *El Defensor del Pueblo*. Madrid: Popular, 1986; l) GRADO, Carlos Giner de. *Los ombudsmen europeos*. Colección Europa. Barcelona: Tibidabo, 1986; m) CAMPOS, German Jose Bidart. *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*. Cuadernos de la Asociación de Egresados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. mimeo., s/d; n) MADRAZO, Jorge. *El ombudsman criollo*. México: Academia Mexicana de Derechos Humanos, 1996; o) CARTAÑÁ, Antonio *et alii*. *El Defensor del Pueblo en la República Argentina*. Buenos Aires: Fundación Friedrich Ebert, 1991; p) PEREZ, Marcos Augusto. *Institutos de participação popular na Administração Pública*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, 1999. Dep. de Direito do Estado/Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; q) TÁCITO, Caio. *Ombudsman – O defensor do povo*. In: _____. *Temas de Direito Público (estudos e pareceres)*. 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997; r) *A ineficácia dos meios tradicionais de controle da actividade administrativa e o aparecimento da figura do ombudsman como defensor dos direitos e garantias individuais*. Serviço do Provedor de Justiça (Portugal), s/d; s) *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, T. II, n. 9, oct.-nov., 1985.

⁴ Provavelmente a constatação de tais deslocamentos foi o motivo da *VII Conferência Internacional do Ombudsman*, realizada em outubro/novembro de 2000, em Durban, África do Sul, ter reservado como tema da primeira sessão, composta de seis plenárias, “*la integridad del concepto del Defensor del pueblo/ombudsman*”.

conceitual cristalizado na doutrina.

1.1 Modelo institucional

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

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

- I) investigar quejas de cualquier persona o grupo de personas con referencia a cualquier recomendación hecha, así como cualquier acto u omisión, relacionado a un acto administrativo, por cualquier funcionario, empleado, miembro o comité de miembros de una organización sobre la cual existe jurisdicción e*
- II) investigar quejas contra departamentos y agencias gubernamentales o semi-gubernamentales y*
- III) tener la responsabilidad de hacer recomendaciones como resultado de una*

⁵ O Instituto Internacional do Ombudsman é uma entidade sem fins de lucros, de âmbito nacional, sediada na Universidade de Alberta, Edmonton, Canadá. Até o ano de 1999 contava com 132 membros votantes (*ombudsmen* vinculados ao Poder Público).

*investigación a organizaciones bajo jurisdicción
y*

*IV) desempeñar la función y las responsabilidades
de un funcionario del poder legislativo o de
parte de poder legislativo en un papel
independiente de las organizaciones sobre las
cuales tiene jurisdicción y*

*V) informar al poder legislativo, sea directamente
o a través de un ministro del resultado de sus
operaciones o sobre cualquier asunto específico
resultado de una investigación”.*⁶

Na América Latina, esse delineamento não sofre alterações substantivas desde o II Simpósio Latino-Americano do Ombudsman, realizado em 1987, na cidade de Curitiba, quando as características do instituto do *ombudsman* foram pormenorizadamente estabelecidas.⁷ Em apertado resumo, tais características podem ser assim retratadas: a) vinculação da instituição do *ombudsman* ao Poder Legislativo; b) independência funcional e política; c) autonomia administrativa e financeira; d) escolha e destituição de seu titular pelo Poder Legislativo, por maioria qualificada de votos; e) competência para

⁶ INTERNATIONAL OMBUDSMAN INSTITUTE [*on line*]. www.law.ualberta.ca/centres/loi/ [disponível em 26.jun.2000].

⁷ A importância das conclusões desse Simpósio reside no fato de terem sido beneplacitadas pela maioria dos principais doutrinadores do Direito Administrativo brasileiro, entre os quais se mencionam: o Ministro Seabra FAGUNDES, os professores Celso Antônio Bandeira de MELLO, Adilson DALLARI, Paulo Henrique BLASI, Regina Neri FERRARI, Sérgio FERRAZ, Sérgio Andréa FERREIRA, Odete MEDAUAR, Maria S. Z. DI PIETRO, Fernando Andrade de OLIVEIRA e Odília Ferreira da Luz OLIVEIRA, além do *Ombudsman* da Suécia, Sr. Anders WIGELIUS e do Provedor de Justiça de Portugal, Angelo Vidal D’Almeida RIBEIRO.

(1) proteger direitos subjetivos e interesses individuais e comunitários, frente a comportamentos abusivos da Administração Pública, (2) formular recomendações, (3) apurar reclamações, (4) sugerir modificações na legislação; f) amplos poderes de inspeção, investigação, requisição e convocação; g) acesso direto, irrestrito e gratuito dos cidadãos; h) prestação de contas e relatórios ao Poder Legislativo; i) garantia de ampla publicidade para seus atos.

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

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

⁸ O nome completo da referida federação é “*Federação Ibero-americana de Defensores do Povo, Procuradores, Comissionados, Presidentes de Comissões Públicas de Direitos Humanos (FIO)*”. Sua criação data de 1995. Além desses dois organismos internacionais voltados para a promoção do instituto em estudo, os mais atuantes são os seguintes: Associação Ibero-americana de *Ombudsman*; Associação de *Ombudsman* da Grã-Bretanha, Associação de *Ombudsmen* Universitários e Associação de *Ombudsman* dos Estados Unidos.

“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”.⁹

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

1.2 Instrumento de defesa ou de controle

Como se pode ver, a única diferença que sobressai dessas formulações diz respeito à função preponderante consignada ao *ombudsman*. Para o Instituto Internacional, o papel fundamental dos *ombudsmen* seria o de “*proteger al pueblo de las violaciones de los derechos*”; para o II Simpósio Latino-Americano do *Ombudsman*, seria o controle da Administração Pública, e, nos termos do conceito aprovado pelo Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, também, o controle da Administração Pública.

Trata-se, contudo, de uma diferenciação não assumida pela doutrina. Tornou-se praxe o artifício de conectar – sob o pressuposto de uma causalidade nem sempre existente – a defesa do

⁹ GOMES, Manoel Eduardo A. Camargo e. O ouvidor geral – uma experiência municipal. Tese apresentada no V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (1986). *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 83, p. 250-259, jul.-set. 1987, p. 253.

administrado e o aperfeiçoamento da Administração Pública.¹⁰ Assim é que tanto a definição do Instituto Internacional do *Ombudsman* quanto a defendida no Congresso Brasileiro são, neste sentido, paradigmáticas: a primeira afirma que a função principal seria a de *“proteger al pueblo [...] a fin de mejorar la administración pública”*; a segunda, que sua função seria a de *“controle da administração e, nessa condição, [...] a defesa dos direitos fundamentais do cidadão”*.¹¹

Para tanto, a doutrina tem se valido de afirmações como a de André LEGRAND, segundo quem *“de maneira direta ou indireta todos os meios de controle se apresentam como um meio de defesa dos direitos e interesses legítimos do cidadão”*.¹²

Esse artifício, como se disse, absolutamente usual na doutrina, não tem repercussão apenas teórica, mas também prática,

¹⁰ Para não nos alongarmos nos exemplos, vejam-se o caso de duas formulações providas de diferentes regiões: a) Brasil: *“o ombudsman, tradicional instituição sueca, tem seduzido constitucionalistas e administrativistas de todo o mundo, na busca obstinada da ampliação e proteção dos direitos individuais do homem e da efetivação de medidas tendentes ao controle da atividade estatal”* (AMARAL FILHO, ob. cit. p. 14); b) Europa: *“son sus misiones más importantes las de supervisar a la Administración en cuanto al cumplimiento de las leyes y normas que la rigen, y, atender a las quejas que formulan los ciudadanos por supuestas violaciones de sus derechos públicos subjetivos o legítimos intereses por parte de dicha Administración”* (GUILLÉN, *El Defensor del Pueblo*, ob. cit. p. 78).

¹¹ O VI Congresso Internacional de Ombudsman, realizado em Buenos Aires, em 1996, reproduz o mesmo artifício. Neste sentido consta de sua Declaração Final: *“Este Congreso reafirma las características esenciales de estas instituciones: independencia, accesibilidad, flexibilidad e credibilidad. Estas instituciones trabajan investigando quejas de personas sobre violaciones de los derechos humanos, injusticias y otras formas de mala administración llevadas a cabo por los gobiernos y los servicios públicos. Ellas también cumplen el papel de controlar las actividades administrativas de los gobiernos y los ejercicios públicos, mejorar la administración pública y hacer que las acciones de éstos sean más transparentes y objeto de mayor responsabilidad”*.

¹² LEGRAND, André. *L’ombudsman scandinave*. Paris: s/n, 1970. p. 2.

na medida em que dificulta a definição de traços estruturais do instituto, como é o caso da fixação do bem jurídico tutelado, com todos os seus consectários.

Para vencer essa dificuldade não seria necessário muito esforço. Bastaria a operacionalização de um conceito mais complexo de função, articulando as noções de função manifesta e latente, ou função teleológica e mecânica, ou, simplesmente, reconhecendo a existência de mais de uma função do instituto. GRADO, ao optar por esta alternativa, vai mais além ao definir 04 (quatro) funções aos *ombudsmen* europeus:

- “- función tuteladora de los derechos fundamentales y de la legalidad;*
- función investigadora o controladora de la administración;*
- función mediadora o sugeridora de nuevas medidas legales;*
- función sancionadora o penalizadora de las autoridades que dificulten su actividad”.¹³*

Entretanto, mesmo neste caso, não se estabelece a conexão diferenciada dessas funções dos demais elementos estruturais do instituto, o que acaba por não distinguir o entendimento de GRADO

¹³ GRADO, *Los ombudsmen...* p. 16.

dos demais doutrinadores.¹⁴

1.3 Convergências doutrinárias

Afora esse dissenso – como se viu mais aparente do que real – acerca da função predominante do instituto, a doutrina parece convergir em todos os demais elementos caracterizadores do instituto.

É o caso da localização do instituto na espacialidade estatal. A doutrina, em uníssono, tem preconizado sua vinculação formal ao Poder Legislativo, sob o pressuposto de garantir a independência do *ombudsman* em relação à Administração Pública. Todas as legislações que consagraram o instituto adotaram essa matriz que o caracteriza como um órgão do Poder Legislativo.¹⁵

Não obstante, a doutrina não tem recalcitrado em estabelecer seguras garantias de autonomia do *ombudsman* em face do Poder Legislativo, consignando que no desempenho de suas funções deverá atuar mediante mandato certo, com o estabelecimento da previsão legal dos casos de cassação, cabendo ao Legislativo estabelecer os princípios e as diretrizes gerais, nunca porém disposições perceptivas referentes a casos concretos.

Ainda em relação à vinculação ao Poder Legislativo,

¹⁴ Em posição oposta, pode-se mencionar o esforço de REIF, ao distinguir o instituto do *ombudsman* das comissões de direitos humanos. Não obstante reconhecer que “*na prática, alguns ombudsmen cuidam de alguns casos de direitos humanos*”, afirma que nos países anglo-saxões não possuem mandato específico para esse fim (REIF, Linda C. *Strengthening democratic institutions in societies emerging from civil war or non-democratic regimes: the establishment of National Human Rights Institutions*. Alberta: Faculty of Law, University of Alberta, mimeo., 1999).

¹⁵ Mesmo na condição de órgão vinculado ao Poder Legislativo, admitem-se diferenças estruturais em relação aos órgãos de controle de contas e às comissões de inquérito.

cabe mencionar as posições excepcionais adotadas pelo instituto na França e na Inglaterra – 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.

De qualquer modo, a independência funcional e política e a autonomia administrativa e financeira do *ombudsman* têm sido colocadas como requisito indeclinável pela doutrina, para a qual sua atuação não pode estar sujeita à influência de autoridades ou a mandato imperativo de qualquer espécie. Nesse sentido, tem-se preconizado que o titular do cargo seja detentor das mesmas garantias estabelecidas para os membros do Parlamento.¹⁶

A unipessoalidade do instituto mantida desde a origem da própria expressão sueca de “*ombudsman*” (“[um] representante”)¹⁷ tem sido preconizada em face de a centralização permitir maior unidade e coerência às suas funções, além de transferir para seu titular autoridade e prestígio, conferindo-lhe singular importância e força moral às suas intervenções.

¹⁶ 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 un período considerable es otra 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.º 81/77 e n.º 10/78 de Portugal.

¹⁷ Esse entendimento é reafirmado por GUILLÉN (*El Defensor del Pueblo*, ob. cit. p. 33).

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*”¹⁸ ou, como quer GRADO, uma “*magistratura de opinión y de convencimiento*”.¹⁹ A natureza não-vinculativa de suas recomendações e sugestões não o impede, entretanto, que provoque a atuação dos órgãos competentes recomendando ou sugerindo a prática ou desfazimento de atos administrativos, inclusive os de natureza punitiva.

Despossuído, pois, de poderes coercitivos, a doutrina tem asseverado que a eficácia de sua atuação depende de uma engenharia institucional atípica, na qual a autoridade do titular esteja sustentada pelo binômio publicidade-opinião pública.

Daí serem necessários elevados atributos pessoais como notável saber, ilibada reputação, reconhecida solvência moral, espírito público, reconhecido senso de justiça e de equidade. Todas as legislações que consagram a instituição não se furtaram em estabelecer requisitos de elegibilidade para o titular do cargo. Nesse sentido, a doutrina tem utilizado como exemplo a própria Constituição finlandesa de 1919, que estabelecia que o Parlamento deveria eleger como *ombudsman* “*una persona conocida como eminentemente experta en leyes*” (art. 49).

A natureza preponderantemente não-contenciosa do órgão é também consenso entre os doutrinadores, que asseveram ser

¹⁸ *Carta de Curitiba*. II Simpósio Latino-Americano do Ombudsman. Curitiba: Prefeitura Municipal de Curitiba, 1987, mimeo., p. 01.

¹⁹ GRADO, *Los ombudsmen...* p. 18.

um traço que 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.

Dessa forma e frente aos meios tradicionais de controle da administração, o *ombudsman* surge como um importantíssimo sistema interorgânico de controle da Administração Pública. 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 Rica,²⁰ a Justiça Eleitoral. O exercício desse controle, em muitos casos, tem extrapolado o âmbito da legalidade dos atos administrativos. Atingindo o campo denominado pela doutrina francesa de “*má administração*”,²¹ sua atuação tem alcançado os atos injustos, os que ferem 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,

²⁰ Art. 1º da Ley del Defensor de los Habitantes.

²¹ O *ombudsman* da União Européia, criado pelo Tratado de Maastricht em 1991, 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*” (DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO [on-line], www.euro-ombudsman.eu.int [disponível em 11.jan.1999]).

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”.

Em relação ao acesso dos cidadãos, a doutrina tem insistido que o ideal seria não exigir qualquer requisito para o cidadão apresentar-se ao titular do cargo, podendo fazê-lo sem qualquer formalidade. Constituem exceção a essa regra a França e a Inglaterra, que 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, a maioria dos doutrinadores tem asseverado a idéia de conter o formalismo exigido no contencioso; em alguns casos, indicam 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 ofício, o que faz que as denúncias anônimas, quando de real interesse, sejam apreciadas pelo titular do órgão.

Cabe mencionar ainda que o *modus operandi* que se tem delineado para o instituto é o expedito e informal, 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 abatem sobre a sociedade contemporânea.

GRADO, de maneira sinóptica, fixou as

características que a doutrina tem indicado como marca da relação entre *ombudsman* e cidadão: *“a fácil accesibilidad, tanto en el modo como en la forma; b) inmediatez o cercanía; c) gratuidad de los gastos; d) celeridad en la tramitación; e) obligación de guardar secreto de las reclamaciones”*.²²

Em geral, o que se tem afirmado é que a facilidade de acesso e a celeridade são elementos que, ao mesmo tempo 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, institucionalizado na mais credenciada associação de *ombudsman*, pode ser assim resumido:

1. **função:** controle da Administração ou defesa do cidadão;
2. **natureza do instituto:** instrumento de controle interorgânico da Administração Pública ou instrumento de defesa dos direitos e legítimos interesses do cidadão em face do Estado;
3. **previsão jurídica:** a doutrina tem indicado preferência pela previsão constitucional; entretanto, a exigência tem se limitado à previsão legislativa;
4. **bem jurídico tutelado:** no caso de a natureza do intuito ser a de instrumento de controle da Administração, o bem jurídico tutelado seria a moralidade e a legalidade administrativa; no caso de o instituto possuir natureza de instrumento de defesa, a tutela recairia sobre os direitos e legítimos interesses do cidadão;

²² GRADO, *El Defensor...* p. 74-75.

5. **localização institucional:** Poder Legislativo;
6. **nível hierárquico:** superior;
7. **forma de seleção:** preferencialmente por eleição do Parlamento; aceitam-se excepcionalmente situações como a da França (seleção pelo Conselho de Ministros);
8. **nível de autonomia:** amplo, alcançando a independência funcional, política, administrativa e financeira inclusive em relação ao Poder Legislativo;
9. **competência:** em geral sobre órgãos da Administração Pública (eventualmente Forças Armadas e Poder Judiciário), atos vinculados e discricionários (“má administração”);
10. **poderes:** recomendações e sugestões, não-vinculativas, admitindo-se os casos em que o *ombudsman* possa atuar como parte ativa em ações judiciais;
11. **garantias:** mandato e demais garantias dos membros do Parlamento;
12. **requisitos do cargo:** reputação ilibada, espírito público, ausência de vínculo partidário e, eventualmente, saber jurídico;
13. **acesso do cidadão:** universal, direto, informal e gratuito.

2. O *ombudsman* como guardião da lei

2.1 Origem do instituto

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

Pública.

A doutrina, entretanto, tem indicado a origem do instituto em 26 de outubro de 1713, quando o rei Carlos XII, que havia estado cerca de 12 anos fora da Suécia, criou o *Konungens Bogste Ombudsmännem* (Supremo Representante do Rei), a quem competia vigiar os funcionários do governo na execução das ordens e leis por ele baixadas, inclusive ajuizando ações no caso de delitos graves. Cargo que, em 1719, seria modificado para o de *Justitiekansler* (Chanceler da Justiça, abreviadamente denominado de JK),²³ uma “*espécie de ministro da Justiça, encarregado da observação do cumprimento das leis pela administração no território do Reino*”.²⁴

Em 1776, como corolário do declínio da realeza e do fortalecimento do Parlamento (*Riksdag*), a nomeação do JK passa a ser atribuição do Parlamento e não mais do monarca.²⁵ O JK passa também a ter, como parte de suas atribuições, o dever de apresentar um relatório circunstanciado sobre o exercício de sua função. Essas alterações modificaram substancialmente sua posição: de agente do rei passou a ser um mandatário do Parlamento, controlando em nome deste a Administração e a Justiça. O chanceler, de acordo com as atividades desenvolvidas durante esse período, pode ser visto como precedente do *ombudsman* (*Justitieombudsmannen*), que só seria previsto na

²³ MAIORANO, *El ombudsman*, 1.ed. p. 34.

²⁴ AMARAL FILHO, ob. cit. p. 21.

²⁵ “O JK do Rei não inspirava nenhuma confiança aos Constituintes de 1809: não lhes faltavam exemplos em que a função tinha sido exercida exclusivamente no interesse do Rei e sem atender os comandos da Lei. Eles resolveram, portanto, criar um órgão independente, que tivesse como única razão de ser a observância da Lei e a proteção dos direitos do cidadão. O Rei não deveria ter nenhum meio de ação sobre o JK. Em particular, ele não deveria jamais lhe dar ordem” (LEGRAND, apud OLIVEIRA, Fernando Andrade de, & XAVIER, Pedro Henrique. *Ombudsman*: conveniência de sua instituição. Tese apresentada no I Simpósio Latino-Americano. Buenos Aires, mimeo., 1985. p. 21).

Constituição sueca em 5 de junho de 1809.

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

2.2 O *ombudsman* e o equilíbrio dos poderes

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

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

No quadro social teorizado por MONTESQUIEU, os

interesses do monarca estavam voltados para o combate e sacrifício da nobreza, com vistas à cooptação da crescente burguesia mercantil; daí porque defender o julgamento dos nobres pelos seus pares e não pela magistratura (ocupada pela alta e baixa burguesia) ou pelo Executivo (constituído pelo monarca e seus asseclas): *“Cumpre, portanto, que os nobres sejam levados, não diante dos tribunais ordinários da nação, mas diante da parte do corpo legislativo composta de nobres”*.²⁶

É igualmente a partir dessa leitura que MONTESQUIEU, coerentemente, não permite que a nobreza julgue a chefia do Poder Executivo:

“o corpo legislativo não deve ter o direito de julgar a pessoa e, por conseguinte, a conduta de quem executa. Sua pessoa deve ser sagrada porque, sendo necessária ao Estado a fim de que o corpo legislativo não se torne tirânico, desde o momento em que for acusada ou julgada, a liberdade desapareceria. Em tais casos, o Estado não seria uma monarquia, mas uma república não livre”.²⁷

Entretanto, com os membros da nobreza que servem o rei, em detrimento dos interesses da própria nobreza, MONTESQUIEU é implacável: *“mas como quem executa não pode executar mal sem ter maus conselheiros, que, como ministros, odeiam as leis, apesar de favorecê-las como homens, estes últimos podem ser perseguidos e punidos”*.²⁸

²⁶ MONTESQUIEU, ob. cit. p. 160.

²⁷ *Id., ibidem.*

²⁸ *Idem.* p. 169.

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

Em um quadro conceitual delineado a partir de um permanente entrelaço de forças dessa grandeza²⁹ e de uma arquitetura institucional voltada para o equilíbrio dessas forças, (1) vigorava a “*premissa de que todo aquele que tem poder tende a abusar dele e de que o Poder vai até onde encontra limites*”³⁰ e de que (2) “*para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder*”³¹

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

“O Parlamento designará pelos menos dois cidadãos de reconhecida competência legal e marcante integridade para supervisionar, na condição de ombudsman do Parlamento, de acordo com as diretrizes por este estabelecidas, a observância das leis e regulamentos por todos os funcionários e

²⁹ A respeito, ALTHUSER dirá que “*é forçoso constatar que toda a literatura política do século XVIII foi dominada por uma idéia: a de que a monarquia absoluta se estabeleceu contra a nobreza e que o rei se apoiou nos plebeus para equilibrar o poder dos seus adversários feudais e reduzi-los à sua mercê*” (ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a política e a história*. Trad. Luz Cary e Luísa Costa. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1977. p. 143).

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira (coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 12.

³¹ MONTESQUIEU, ob. cit. p. 156.

empregados; e instaurar processos, perante os tribunais próprios, contra os que, no exercício de suas funções públicas, praticarem ato ilícito mediante parcialidade ou favoritismo, ou de outra forma, ou se omitirem no cumprimento de dever. O ombudsman estará sujeito sob todos os aspectos às mesmas responsabilidades estabelecidas para os promotores públicos pelas leis civil e penal, e pelas regras de processo judicial atinentes a promotores.

O Parlamento designará o número necessário de substitutos do ombudsman, que deverão ter as mesmas qualificações dele”.³²

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

Como afirma GUILLÉN,

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

³² LEITE, Celso Barroso. *Ombudsman*, corregedor administrativo. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 35.

sometido más que a la Ley, pero que conlleva una obligación de informar al órgano que le eligió”.³³

Assim, com a instituição do *Justitieombudsmannen* (JO), o equilíbrio almejado estava restaurado. Com sessões inicialmente quinquenais e posteriormente trienais, em princípios do século XIX o Parlamento passou a ter um agente para vigiar a execução das leis e dos serviços públicos entre suas sessões, além de zelar pelo bem-estar dos administrados, e lhes assegurar o exercício do direito de petição, tal como instituído pela *Bill of Rights* na Inglaterra, em 1689, e pela constituição republicana de 1791, na França.

Ademais, mediante a Constituição de 1809,

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

³³ GUILLÉN, *El Defensor del Pueblo*, ob. cit. p. 38.

*ou Parlamento”.*³⁴

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

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

Com a *Paz de Friedrikshamm*, em 1809, a Finlândia deixa de ser administrada pela Suécia, para o ser pela Rússia, levando consigo a Constituição sueca de 1772, na qual aparecia o JK como conselheiro e funcionário da Coroa. Transformada a Finlândia em um Grão-Ducado autônomo, o imperador russo, era, concomitantemente, o Grão-Duque da Finlândia.

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

Em face dessa situação, inúmeros movimentos de

³⁴ *Idem, ibidem*. Saliente-se que, não obstante, a teoria de MONTESQUIEU não foi completamente aplicada, no sentido de estabelecer um controle autônomo entre a Justiça e o Executivo. Conforme AMARAL FILHO, “o *Justitieombudsman* permaneceu, a exemplo do *Justitiekansler*, com as atribuições de controle sobre as autoridades judiciárias e administrativas”. Em todo caso, “o *ombudsman* sueco [...] constitui, sem dúvida, influência dos ideais da burguesia revolucionária francesa, num país onde a ordem feudal, apesar do relativo enfraquecimento da monarquia e da nobreza, perdurou ainda por muitos anos após os acontecimentos de 1809” (AMARAL FILHO, ob. cit. p. 22).

libertação passaram a defender a necessidade de um *ombudsman* que guardasse o cumprimento das leis finlandesas. Como relata HIDÉN,

“durante el período vivido por Finlandia como Gran Ducado, dependiente de Rusia, los estados – los cuerpos representativos – sugirieron repetidamente que se debía crear un especial guardián, custodio de las leyes. Este movimiento debió intensificarse cuando los rusos, dándose cuenta, al fin, de que el canciller de la Justicia era en realidad un defensor de la independencia finesa, comenzaron a elegir para tal cargo [...] rusos”.³⁵

Com a independência da Finlândia, a Constituição republicana de 17 de junho de 1919, inspirada na experiência sueca, implanta uma instituição semelhante à do *justitie ombudsman* (em finlandês *Oikeusasiamies* – agente da lei),³⁶ a quem competia, juntamente com o JK, o controle do Executivo.

Entretanto, em face do prestígio histórico alcançado pelo JK no período da ocupação russa, o *Oikeusasiamies* “*quedava tan en último lugar, que el gobierno propuso al Parlamento, en 1932, que aboliese el cargo*”.³⁷ Ao opor-se à sua extinção o Parlamento formula uma nova proposta, segundo a qual se repartiam claramente as

³⁵ Apud GUILLÉN, *El ombudsman parlamentario de Finlandia*, ob. cit. p. 10.

³⁶ “*Si nos fijamos en el texto del artículo 49, párrafo primero, de la Constitución finesa, veremos como en su primer párrafo, sobre todo, recuerda en mucho a la sueca de 1809*” (GUILLÉN, *El ombudsman parlamentario de Finlandia*, ob. cit. p. 12).

³⁷ *Id., ibidem.*

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

2.3 O *ombudsman* e o controle da legalidade

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

Nos termos da Constituição sueca de 1809, as funções do *ombudsman* 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).³⁸ No mesmo sentido dispõe o art. 49 da Constituição da Finlândia: *“defender as leis no funcionamento dos Tribunais e de outras autoridades”*.

A mais famosa frase formulada pelo primeiro *ombudsman* sueco, Mannerheim,³⁹ expressa com precisão a centralidade da lei nas funções do *ombudsman*: *“El ombudsman sólo depende de la ley”*.

³⁸ MONTESQUIEU diria que *“a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”* (ob. cit. p. 155).

³⁹ BEXELIUS, Alfred. El *ombudsman* de asuntos civiles. In: ROWAT, ob. cit. p. 59.

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 han sido vulnerados en los procedimientos de Administración pública. Nótese que esta obligación del ombudsman aparece en segundo lugar (tras la protección o supervisión de la Administración para comprobar la observancia 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’”.*⁴⁰

A função preponderante do *ombudsman* sueco (*Justitieombudsman*) e finlandês (*Oikeusasiamies*) era, assim, o controle da Administração, de natureza interorgânico, adstrito à legalidade dos atos de administração. Conseqüentemente, o bem

⁴⁰ GUILLÉN, *El Defensor del Pueblo*, ob. cit. p. 268.

jurídico tutelado pelo instituto é primordialmente a legalidade dos atos e procedimentos dos agentes públicos e, apenas reflexamente (função latente ou mecânica), a defesa das liberdades individuais, consignadas pelo liberalismo clássico.

2.4 Adequação significativa

Na perspectiva de WEBER, o advento do Estado Moderno ocorre mediante um vigoroso processo de centralização e de concentração do poder político, antes disperso na sociedade feudal.⁴¹

Com uma dominação de tipo tradicional,⁴² pela qual os poderes encontravam-se fragmentados em uma teia de lealdades pessoais, fundadas em relações de vassalagem, as unidades de poder (militar, religioso, econômico e, mesmo, de aplicação da justiça), no período feudal, multiplicavam-se em uma construção política tão

⁴¹ Segundo DÉLOYE esse entendimento é reafirmado por diversos autores de relevo: “*De Alexis de Tocqueville a Norbert Elias, passando por Ernest Gellner, Émile Durkheim e Pierre Bourdieu, está claro que o aparecimento do Estado moderno consagra um processo de centralização e de concentração do poder político inédito na história das sociedades humanas*” (DÉLOYE, Yves. *Sociología histórica do político*. Trad. Maria Dolores Prades. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 1999. p. 56).

⁴² WEBER entende por dominação “*un estado de cosas por el cual una voluntad manifiesta (‘mandato’) del ‘dominador’ o de los ‘dominadores’ influye sobre los actos de otros (del ‘dominado’ o de los ‘dominados’), de tal suerte que en un grado socialmente relevante estos actos tienen lugar como si los dominados hubieran adoptado por sí mismos y como máxima de su obrar el contenido del mandato (‘obediencia’)*” (WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Esbozo de Sociología Comprensiva. 2.ed. Trad. José Medina Echevarría et alii. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. p. 699). Entendida como uma das três formas de dominação legítima, a de tipo tradicional, segundo WEBER, dar-se-ia “*en virtud de creencia en la santidad de los ordenamientos y los poderes señoriales existentes desde siempre. [...] El tipo del que ordena es el ‘señor’, y los que obedecen son ‘súbditos’ en tanto que el cuerpo administrativo lo forman los ‘servidores’. Se obedece a la persona en virtud de su dignidad propia, santificada por la tradición; por fidelidad*” (idem, p. 708).

complexa quanto disforme.

Nesse contexto, a estabilidade política sustentava-se em fidelidades marcadas por vínculos pessoais marcados, fundamentalmente, pela tradição. Nas palavras de WEBER, *“el feudalismo, especialmente en la forma del libre vasallaje y, ante todo, de la concesión de feudos, apela al ‘honor’ y a la ‘fidelidad’ personal libre como motivos constitutivos de la acción”*⁴³

Ações sociais assim motivadas – em um contexto político no qual as unidades de dominação encontravam-se tão fragmentadas quanto dispersas, informadas por comandos pautados na pessoalidade – formavam um campo social marcado pela imprevisibilidade e irracionalidade.

Com a progressiva concentração dessas unidades de dominação, decorrente de um vigoroso processo de expropriação do poder social pelo poder estatal, os comandos tornam-se mais impessoais, objetivos, racionais e, portanto, previsíveis. WEBER compara esse processo ao da formação da empresa capitalista:

El desarrollo de éste [o Estado] se inicia por doquiera a partir del momento en que se empieza a expropiar por parte del príncipe a aquellos portadores de poder administrativo que figuran a su lado: aquellos poseedores en propiedad de medios de administración, de guerra, de finanzas y de bienes políticamente utilizables de toda clase. El proceso conjunto forma un paralelo completo con

⁴³ *Idem.* p. 843.

*el desarrollo de la empresa capitalista, con su expropiación paulatina de los productores independientes”.*⁴⁴

Na leitura de WEBER, o surgimento da empresa capitalista moderna, assim, está ligada a um processo de racionalização que tem como base a separação entre o “lar” e o “ofício” e, como condição prévia, “*a contabilidade racional do capital, como norma para todas as grandes empresas lucrativas que se ocupam da satisfação das necessidades cotidianas*”.⁴⁵ Essa condição prévia traz em seu bojo: a) apropriação de todos os bens materiais de produção como propriedades de livre disposição por partes das empresas lucrativas autônomas; b) liberdade mercantil (liberdade de mercado); c) técnica racional; d) direito racional; e) tempo livre (para venda de atividades no mercado) e f) comercialização da economia.⁴⁶

De maneira similar, o Estado moderno tem como base a expropriação do poder social pelo poder político, um processo no qual o poder político, ao descolar-se do social, concentra-se no Estado, perdendo sua natureza pessoal e irracional. Nessa passagem – do social ao político – o poder é racionalizado, em um desenvolvimento associado à racionalização do Direito, à especialização do poder Legislativo e do Judiciário, à formação de uma burocracia profissional e à apropriação da força militar, tanto esta quanto aquela mantidas pelo assalariamento somente possível pela monetarização da economia e pela concentração

⁴⁴ *Idem.* p. 1059.

⁴⁵ WEBER. Coleção “Os Pensadores”. Trad. Maurício Tragtenberg. São Paulo: Abril Cultural, 1982. p. 124-129.

⁴⁶ *Idem.* p. 129.

do poder tributário.⁴⁷

O Estado Moderno, desse modo, acaba por se constituir em “epigênese”⁴⁸ de uma nova forma de organização política *“inexistente, em germe, na realidade anterior [...] uma inovação particular, localizada no espaço e no tempo”*,⁴⁹ cuja principal marca é, precisamente, a concentração, centralização e racionalização do poder político. Nessa linha de raciocínio, o Estado Moderno representa o centro nodal de toda dominação legítima e, em tal condição, o lugar de onde podem emanar as mais graves ameaças à liberdade individual. Como diz HAYEK, tão logo o Estado *“reivindica e obtém o monopólio da coerção e da violência, converte-se também na principal ameaça à liberdade individual [assim] limitar esse poder foi o grande objetivo dos fundadores do governo constitucional nos séculos XVII e XVIII”*.⁵⁰ Nesse diapasão, o controle do poder se constitui na garantia da liberdade.

A própria racionalização, ao mesmo tempo que *“colocava em risco os valores liberais”*,⁵¹ exercia uma função relevante de instrumento de controle desse poder centralizado no Estado. A

⁴⁷ Segundo WEBER, *“em todo lugar, o desenvolvimento do Estado moderno tem como ponto de partida a vontade do príncipe de expropriar os poderes privados, independentes que, a seu lado, detém um poder administrativo; isto é, todos aqueles que são proprietários de meios de gestão, de meios militares, de meios financeiros e de todo tipo de bens suscetíveis de serem utilizados politicamente. Este processo se dá em perfeito paralelo com o desenvolvimento da empresa capitalista, mediante a expropriação lenta de todos os produtores independentes”* (apud DÉLOYE, ob. cit. p. 53).

⁴⁸ DÉLOYE, ob. cit. p. 66.

⁴⁹ *Id., ibidem.*

⁵⁰ HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Trad. Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985. v. III. p. 133.

⁵¹ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Edunesp, 1994. p. 292.

objetividade e a impessoalidade, sob o manto da racionalização do próprio Direito e da burocratização do espaço público, reduziam o risco de um poder irracional, incalculável e imprevisível. A propósito, ENTERRIA dirá *“que por medio de las Leyes se garantizaba un espacio de libre desenvolvimiento y de predictibilidad y certeza de la acción del Estado”*.⁵² A legalidade, assim, converte-se em epicentro da causalidade da dominação legítima. Parafraseando MEDAUAR, poder-se-ia dizer que o poder pessoal é tomado pelo poder legal.⁵³ Daí, a legitimidade de o Estado Moderno sustentar-se na própria legalidade, ou, como queria WEBER, na “racionalidade formal”.

Com isso, diz Paulo BONAVIDES, há *“a despolitização da legitimidade”*,⁵⁴ isto é, *“a legalidade vale por legitimidade”*.⁵⁵ *“A fé na legitimidade se resolve em fé na legalidade”*.⁵⁶ ENTERRIA dirá que sobre *“esta técnica de legalización del poder [será erguido] todo el Derecho Público Moderno”*.⁵⁷ O Estado passa a atuar conforme uma racionalidade formal, atento e preso aos princípios abstratos da lei. Na dicção de DULCE,

“Para WEBER, el Estado moderno está basado o legitimado por el principio de legalidad, que consiste

⁵² ENTERRIA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid: Civitas, 1995. p. 33.

⁵³ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 79.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. A despolitização da legitimidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 17-31, 1993. p. 19.

⁵⁵ *Idem*. p. 25.

⁵⁶ GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Luís Guerreiro Pinto *et alii*. Brasília: Edunb, 1983. p. 402.

⁵⁷ ENTERRÍA, ob. cit. p. 32.

en el sometimiento general a las leyes. Y, por otra parte, identifica el tipo puro de dominación legal con el Estado burocrático, es decir, con el 'Estado' que ejerce su poder en base únicamente a reglas formalmente abstractas. La identificación del Estado moderno con el 'estado burocrático' no deja lugar a dudas sobre el tipo de racionalidad en que se fundamenta aquél: la racionalidad formal".⁵⁸

Ou ainda:

"La legitimidad del Estado moderno consiste en el sometimiento general – de todos y todo – a un ordenamiento normativo formalmente abstracto, es decir, que el funcionamiento del Estado se legitima por la creencia en el sometimiento general a las leyes, esto es, por la creencia en la legalidad. Ésta es la caracterizada por Weber como 'la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos'.⁵⁹

Todo o constitucionalismo moderno, assim, volta-se para o controle do Estado a partir do princípio da legalidade. Ao discorrer sobre as estruturas constitucionais, CANOTILHO afirma que a do Estado

⁵⁸ DULCE, María José Fariñas. *La Sociología del Derecho de Max Weber*. México: mimeo. p. 316.

⁵⁹ *Idem*. p. 317.

Liberal é essencialmente *negativa*, porque “(1) *conforma a sociedade negativamente através do estabelecimento de limites ao poder estatal e (2) consagra direitos, liberdades e garantias essencialmente concebidos como direitos de defesa (direitos negativos) do cidadão perante o Estado*”.⁶⁰

Afirma o mesmo autor que o arquétipo do Estado Liberal é informado pelos princípios da subsidiariedade (“*o Estado pode e deve apenas intervir quando a sociedade não consegue solucionar os seus problemas*”),⁶¹ pelo princípio do Estado Mínimo (“*que exige a redução ao mínimo possível das actividades do Estado e, conseqüentemente, das suas tarefas e despesas*”⁶²) e pelo princípio da neutralidade (que “*aponta a necessidade de o Estado se abster de intervenções de carácter económico-social, não devendo dirigir ou mudar as relações e situações pré-existentes*”).⁶³

Assim, todo o constitucionalismo moderno é concebido como instrumento de contenção às eventuais ameaças do Estado aos direitos e garantias individuais. Conseqüentemente, todos os instrumentos de controle (internos ou externos) são informados pelo mister de manter as ações do Estado nos cânones da lei e, desse modo, garantir a incolumidade da liberdade individual. Como diz Caio TÁCITO: “*os direitos do homem geram os deveres do Estado*”.⁶⁴

A teoria da validade dos atos administrativos, bem como dos *writs* constitucionais e da tipologia dos crimes praticados por

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 77.

⁶¹ *Idem*. p. 76.

⁶² *Idem*. p. 76-77.

⁶³ *Idem*. p. 77.

⁶⁴ TÁCITO, ob. cit. p. 935.

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

Como informa GORDILLO,

“Al insistirse en el control de legalidad como control predominante, se introduce entonces una tendencia hacia la creciente reglamentación para hacer más predecible y mas fácilmente controlable la conducta. Pero ocurre que lo que se refuerza de este modo es el control puramente formal, porque formales son en tal situación la normas que se dictan [...]. Se afirma así la vigencia y la convicción de que si un funcionario dicta un acto válido o legal, nada puede objetársele; que si su decisión es inoportuna o inconveniente ello es materia librada a la discrepancia política, en todo caso, pero exenta del control y del reproche administrativo”.⁶⁵

Voltados para a contenção do poder estatal, tanto os controles internos quanto os externos abstraem dos valores extrajurídicos (como os da moralidade, justiça, legitimidade, finalidade etc.), típicos de uma racionalidade material. A lei se constitui no centro angular de toda a lógica de controle. A respeito, GIANNINI dirá que o apego à legalidade *“implicava que todo elemento de um ato da Administração deveria estar expressamente previsto como elemento de*

⁶⁵ GORDILLO, ob. cit. p. 111.

*alguma hipótese normativa, devendo a norma fixar poderes, direitos, deveres etc., modos e seqüência dos procedimentos, atos e efeitos em cada um dos componentes e requisitos de cada ato”.*⁶⁶

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

A respeito, Eros GRAU proeficientemente aduz:

*“Em sua origem, o princípio [da legalidade] consubstancia um dado fundamental para a construção da noção de Estado-de-Direito, noção meramente formal. E, desde aí, opera-se como uma causação circular entre ambos, de modo que a legalidade, na acepção liberal, passa a cumprir a função de garantia dos particulares contra a atuação estatal – o que implica o impedimento de que o Executivo, por ato seu, possa estabelecer restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos, ou seja, implica defesa dos indivíduos contra o Poder Público”.*⁶⁷

O instituto do *ombudsman* na Suécia e na

⁶⁶ Apud GRAU, Eros Roberto. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, 1993. p. 91.

⁶⁷ *Id.*, *ibidem*.

Finlândia, nesse período, está adequado significativamente a este contexto: enquanto instrumento de controle da Administração, de tipo interorgânico, está informado preponderantemente pelo princípio da legalidade e, assim, por uma racionalidade de tipo formal.

Essa racionalidade atua sobre o funcionamento do instituto do *ombudsman* como núcleo organizativo de suas ações. Como tal, dela exsurge a possibilidade de apreensão do que WEBER denominava “causalidade de sentido”. Uma causalidade não histórica, mas “de ordem probabilística”,⁶⁸ pela qual se pode delinear “*o quadro imaginário da ação objetivamente possível, levando em conta o fim visado e os meios efetivamente disponíveis*”.⁶⁹

Nesse diapasão, é possível objetivamente supor que os demais elementos que caracterizam o instituto encontram-se adequados significativamente a esse tipo de racionalidade.

2.5 Modelo típico-ideal

Como diz Paz de la BARRA, “*El ombudsman es el fruto de la justificación histórica de la existencia del Parlamento, en su tarea de control de la legalidad de los actos administrativos de la cada vez más compleja burocracia estatal*”.⁷⁰ Assim, sua localização institucional é o Parlamento, onde atua como órgão subordinado e especializado, com autonomia deferida: “*siguiendo las instrucciones que el propio*

⁶⁸ FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Trad. Luís Cláudio de Castro e Costa. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987. p. 58.

⁶⁹ *Idem*. p. 60.

⁷⁰ BARRA, Paz de la. *Teoría del Estado y control del poder*. Lima: Ed. Latina, 1986. p. 83.

Parlamento le da, dándole cuenta de su actuación, por medio de sus informes y siendo responsable ante él”.⁷¹

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

“fuera de las instrucciones generales a las que el ombudsman está sometido por parte del [Parlamento], es independiente para actuar en los casos concretos; y en la historia del ombudsman sueco no se hallan pruebas – en sus informes anuales al ‘Riksdag’ – de que aquél haya actuado sujeto a otras influencias”.⁷²

Eleito pelo Parlamento,⁷³ nessa fase o *ombudsman* tem poderes, prerrogativas e garantias similares aos dos parlamentares. Em face da natureza de sua ação, como visto, estar voltada especialmente para a legalidade, tanto a Constituição sueca quanto a finlandesa estabelecem como requisito principal do cargo

⁷¹ GUILLÉN, *El Defensor del Pueblo*, ob. cit. p. 166.

⁷² *Idem*. MAIORANO aponta no mesmo sentido: “en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, actúa con total independencia tanto del Gobierno como del Parlamento. Como señalara el ex-Ombudsman de asuntos civiles [...] el Comisionado Parlamentario decide por sí mismo los problemas que investigará y las acciones que seguirá, sin recibir las instrucciones acerca de los casos de que deba ocuparse” (MAIORANO, ob. cit. p. 38).

⁷³ No caso da Suécia, a eleição do titular do cargo é realizada por uma comissão especial, escolhida pelo Parlamento, composta por 48 membros, sendo a metade de cada Câmara. No caso da Finlândia, o *Justitieombudsman* é nomeado diretamente pela Câmara de Representantes, enquanto o *Justitiekansler*, como mencionado anteriormente, é nomeado pelo Presidente da República (art. 49 da Constituição).

conhecimentos jurídicos que o habilitem para o exercício de um controle de legalidade.⁷⁴ Talvez por essa razão, “*todos os ombudsmen [suecos] escolhidos até hoje fizeram carreira na magistratura sueca [...] grande parte deles veio da Revisionssekretare, outros da Corte da Apelação, ou, ainda, eram presidentes de tribunais de primeira instância*”.⁷⁵

Detentor de mandato imperativo, sua destituição depende de condições objetivas, aferidas pelo Parlamento, em um processo que se lhe assegure ampla defesa. Ao menos na Suécia, “*até hoje não houve nenhum caso de demissão de ombudsman, sendo que a maioria deles exerceu pelo menos mais de um mandato*”.⁷⁶

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

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

⁷⁴ A Constituição Sueca, em seu art. 96, estabelece apenas que a escolha recai sobre “*um jurisconsulto de notório saber e de integridade particular*”; a finlandesa, “*uma pessoa conhecida como eminentemente experta nas leis*” (art. 49).

⁷⁵ AMARAL FILHO, ob. cit. p. 27.

⁷⁶ *Idem.* p. 24.

pelas normas que têm 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 do Chanceler da Justiça para propositura de ações. Na Suécia, além dessa prerrogativa, o *ombudsman* pode requisitar, como assistente, qualquer membro do Ministério Público (art. 6º, §2º da Constituição). São também deferidos poderes de iniciativa para procedimentos administrativos disciplinares e, recentemente, para impor sanções (Instrução nº 21).

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

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

“os Ombudsmen poderão atuar para remediar deficiências legislativas. Se ao exercer suas obrigações supervisoras encontrarem razões que aconselhem suscitar a questão de modificar a

legislação ou qualquer outra medida que o Estado deva adotar, podem apresentar um estudo sobre a questão ao Parlamento ou ao Governo”.

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

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

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

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

ombudsman:

*“El ombudsman no ejerce supervisión sobre: 1) los miembros del Riksdag [Parlamento]; 2) los funcionarios administrativos del Riksdag; del Comité de Elecciones; de su Junta de Apelaciones y el Secretario General del mismo Riksdag; 3) la Junta de Gobierno del Banco de Suecia; el Gobernador y Subgobernador del mismo Banco; la Junta de Directores de esa entidad, los Comisionados del Departamento de Deuda Nacional y el Interventor General del Departamento de la Deuda Nacional; 4) el gobierno o el Gabinete o Gobierno; 5) el Canciller de Justicia; 6) los órganos de los Consejos municipales”.*⁷⁷

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

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

Os requisitos subjetivos geralmente exigidos na

⁷⁷ MAIORANO, ob.cit. p. 37.

esfera judicial não se apresentam para as queixas ou reclamações formuladas ao *ombudsman*. Assim, menores, incapazes, internos em estabelecimentos hospitalares e prisionais, estrangeiros, pessoas com direitos políticos cassados, são legitimados em face do instituto. Segundo MAIORANO, “*la única excepción es la relativa a los hospitales psiquiátricos, en los cuales, de acuerdo com la ley, el jefe del establecimiento puede leer las cartas de los enfermos, sin perjuicio de la obligación de darles curso*”.⁷⁸

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

Com o mesmo pressuposto, não se aplicam prazos decadenciais no caso de temas que importem em interesse público,⁷⁹ nem, tampouco, representação técnica para a formulação de queixas ou reclamações.

Saliente-se, ainda, que a publicidade preside todos os atos realizados no exercício de sua competência. Uma característica, diga-se, que permanecerá ligada à instituição até a contemporaneidade, especialmente no que se refere à obrigação que lhe é imposta de apresentar relatórios periódicos ao Parlamento. Nesse sentido, cabe salientar que tais relatórios, nas práticas sueca e finlandesa, são

⁷⁸ *Idem*. p. 51.

⁷⁹ No caso da Suécia, a Lei n.º 1.057/75, em seu art. 20, ainda que tenha previsto o prazo de dois anos, excepcionou este prazo em face do interesse público: “*El ombudsman no deberá investigar hechos o circunstancias que hayan acaecido con más de dos años de antelación a la fecha de la recepción de la reclamación, salvo que estime esencial investigar el caso en interés público*”.

pormenorizadamente assentados em casos concretos.⁸⁰ Como testemunha BEXELIUS, *Ombudsman* de Assuntos Cíveis da Suécia, durante a década de setenta:

*“Este informe usualmente de unas 400 o 500 páginas, contiene una relación del trabajo desempeñado o de la investigación que haya realizado de la condición de la administración de las leyes en el Reino, incluyendo un resumen de los casos más importantes en que el ombudsman haya tomado una decisión durante el año anterior (de julio a junio, interpolamos nosotros). El informe se distribuye entre todos los funcionarios administrativos y éste es, probablemente, en medio más importante con que cuenta el ombudsman para influir en la aplicación de las leyes en Suécia”.*⁸¹

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

Como visto, a instituição do *ombudsman*, nesse período, distancia-se significativamente do modelo teórico vigente,

⁸⁰ GUILLÉN aponta como exemplo os itens dos relatórios elaborados pelo *ombudsman* finlandês nos anos de 1977, 1978, 1980 e 1981, assim descritos: “I – Estadísticas; II – Generalidades; III – Actividad inspectora; IV – Ejemplos de quejas formulas y sobre las cuales se adoptaran medidas; 4.1 Propuestas referentes a legislación, tribunales y administración; 4.2 Reapertura de procesos ante los tribunales o corrección de decisiones administrativas; 4.3 Cargos contra funcionarios; 4.4 Procedimientos disciplinarios contra funcionarios; 4.5 Casos en los que se enviaron recordatorios a funcionarios o se expresó otro tipo de críticas; 4.6 Otros casos en los cuales se interesó el Ombudsman” (GUILLÉN, *El ombudsman parlamentario de Finlândia*, ob. cit. p. 26)

⁸¹ BEXELIUS, ob. cit. p.58.

descrito na primeira parte deste Capítulo. O traço fundamental desta diferença situa-se no tipo de racionalidade preponderante atribuída ao instituto, com profundos reflexos no estabelecimento de sua natureza.

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

BEXELIUS, não obstante nesse particular acompanhar a doutrina, acaba por apresentar um dado empírico que demonstra, de maneira grandiloqüente, a hipótese aqui defendida: “*en los primeros 100 años de la existencia de la oficina solo recibió unas 70 quejas al año*”.⁸² Ainda que este dado empírico não fosse suficiente, a atribuição ao instituto de uma natureza de instrumento de defesa dos cidadãos, como visto, não apresentaria qualquer adequação significativa à ambiência política e, desse modo, apresentaria poucas possibilidades de manutenção e funcionamento.

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

1. **função teleológica ou manifesta:** controle da legalidade dos atos

⁸² *Idem.* p. 62.

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

(legislativos e administrativos);

16. **competência em razão das pessoas:** agentes públicos, com exclusão dos agentes políticos dos Poderes do Estado;

17. **instrumentos de atuação:** recomendações, sugestões, sanções, participação nas sessões do Parlamento e legitimidade ativa para propositura de ações judiciais e administrativas;

18. **modo de acesso do cidadão:** universal, direto, informal e gratuito.

Neste capítulo foi apresentado o modelo teórico que convencionalmente é utilizado no estudo do instituto do *ombudsman*. No delineamento desse modelo, elaborado a partir de uma perspectiva sincrônica, foram consideradas especialmente as conclusões e indicações dos principais fóruns científicos e agremiações de *ombudsman* na atualidade.

Em seguida, privilegiando uma perspectiva diacrônica, foram analisadas as características do instituto ao tempo de sua institucionalização na Suécia e na Finlândia, respectivamente em 1809 e em 1919. Conforme indicado na introdução desta tese, a partir desse estudo foi construído um modelo típico-ideal, adequado significativamente à racionalidade estatal predominante no período analisado.

A comparação entre modelo teórico e o construído com base nas legislações sueca e finlandesa revela significativas diferenças, demonstrando a insuficiência de referibilidade empírica do modelo teórico, em relação, pelo menos, ao primeiro século de vigência

do instituto.

CAPÍTULO III

O *OMBUDSMAN* COMO DEFENSOR DO POVO

Seguindo a mesma perspectiva diacrônica do capítulo anterior, o presente capítulo volta-se – após uma rápida exposição do desenvolvimento da instituição na Suécia e na Finlândia – à seqüência histórica de difusão do instituto no demais países do mundo. Em face de a pesquisa não ter como objetivo um estudo comparado, o elenco de legislações analisadas foi selecionado tendo como critério a construção de um modelo típico-ideal, adequado à racionalidade preponderante do período.¹

Na tentativa de evitar repetições desnecessárias, procurou-se salientar apenas os elementos distintivos contemplados na legislação de cada um dos países analisados. Essa opção, todavia, procurou não comprometer a possibilidade de apreensão de uma visão global do instituto, nem tampouco das características que marcam as principais formas em que o *ombudsman* foi institucionalizado nesse período.

¹ O marco inicial desse período foi a Constituição norueguesa de 1962. Tendo como pressuposto que a implementação do gerencialismo e das políticas neoliberais patrocinaram uma mudança de racionalidade na espacialidade pública estatal e, portanto, no próprio instituto em estudo, o termo final de aplicação desse modelo coincidiria com a efetivação dessas mudanças. Entretanto, em face da ausência de indicações normativas que sugerissem o sentido dessas transformações, o termo final foi inobservado neste capítulo. O impacto dessas mudanças, entretanto, poderá ser observado no Capítulo IV, o qual se volta para a percussão dessas mudanças no Estado brasileiro.

1. Difusão do instituto

Em 1915, após a reforma de sua organização militar, a Suécia instituiu o *Militieombudsman* (MO) para controlar, exclusivamente, a administração militar, antes subtraída do controle do Parlamento. Essa duplicação do instituto, entretanto, não foi suficiente para responder às exigências de uma administração multifacetária como a sueca. Daí a nova reforma de 1967, que aprovou a unificação dos dois órgãos com uma função repartida entre os três *ombudsmen*, com o mesmo *status* e sob a mesma denominação. A cada um dos *justitieombudsmannen* couberam diferentes esferas de atribuições: ao primeiro, as questões diretamente ligadas ao bem-estar do administrado; ao segundo, assuntos concernentes ao Poder Judiciário e à esfera militar; e ao terceiro, matérias pertinentes à esfera cível.²

As reformas suecas de 1915 e 1967 não influenciaram imediatamente a Finlândia, que manteve, até recentemente, um único *ombudsman* para controlar as atividades administrativas, militares e as ações de ordem administrativa do Poder Judiciário. Atualmente conta com diversos defensores específicos, entre os quais cabe mencionar: Defensor Público para a Proteção de Dados, Defensor Público para a Proteção do Consumidor, Defensor Público para a Igualdade de Oportunidades, Defensor Público para os Enfermos e

² Em 1976 a organização foi novamente modificada, permanecendo até os dias de hoje: quatro *ombudsmen*, um dos quais é chefe administrativo, competindo-lhe a administração dos cargos, bem como a orientação geral das atividades.

Defensor Público para os Direitos das Crianças.³

1.1 Dinamarca: *Ombudsman*

A Constituição dinamarquesa de junho de 1953 não ficou imune ao fascínio do instituto do *ombudsman*, prevendo expressamente sua instituição no art. 55: *“La Ley regulará la elección por el Folketing [Parlamento] de una o dos personas, que no sean miembros del mismo, para controlar la Administración civil y militar del Estado”*.

Nos termos da Lei n.º 203/54, que viria a regulamentar o instituto, sua competência alcança a administração militar e civil, central e local (art. 1º), sendo-lhe vedado o controle das atividades administrativas e judiciais exercidas pelos juízes e membros das Cortes Superiores, bem assim dos membros dos Conselhos Governamentais locais. O referido diploma, em seu art. 4º, autoriza expressamente o controle do *ombudsman* sobre os Ministros de Estado e a *“toda persona que se desempeñe dentro del servicio gubernamental”*.⁴

Sem poderes para atuar sobre os atos praticados por membros do Parlamento, pode, tal como na Suécia e Finlândia, formular

³ Além desses defensores, a estrutura administrativa da Finlândia conta com um *Comissário de Justiça*, considerado o mais alto cargo público, com competência para o controle jurídico dos administradores públicos, especialmente dos Ministros e do Conselho de Ministros.

⁴ Como bem lembra AMARAL FILHO, *“é preciso salientar que, ao contrário do caso sueco, a Dinamarca possui uma administração hierarquizada, em que seus ministros são os superiores e responsáveis constitucionalmente pelas diretrizes governamentais e pela ação administrativa correspondente. Portanto, seria impensável qualquer controle da administração que excluísse os ministros, como se faz na Suécia”* (AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. *O ombudsman e o controle da Administração*. São Paulo: Edusp/Ícone, 1993. p. 52).

sugestões quando *“detecta la existencia de imperfecciones en las leyes existentes o en las reglamentaciones administrativas [...] al Parlamento y al Ministro competente”* (art. 11).

Nos termos desse diploma legal, o modelo de *ombudsman* dinamarquês se filia, sem qualquer dúvida, ao do modelo sueco e finlandês exposto no capítulo anterior, ainda que apresente algumas diferenças relevantes. A primeira delas refere-se ao fato de seus instrumentos de atuação estarem adstritos à via não contenciosa, sendo-lhe vedada a legitimidade para a propositura de ação judicial ou instauração de procedimento administrativo, sendo, entretanto, autorizado a solicitar que o órgão competente ingresse com as medidas judiciais ou administrativas que determinar. É o que se conclui do disposto nos dispositivos abaixo transcritos:

“Art. 9º: 1) El Ombudsman puede solicitar al Fiscal que promueva la apertura de una investigación preliminar o acceso al interesado ante los Tribunales ordinarios por inconducta en el empleo público o función [...];

2) El Ombudsman puede ordenar a la autoridad administrativa central correspondiente la instrucción de actuaciones disciplinarias;
[...]

Art. 10: 1) Si el Ombudsman tomase conocimiento de una falta o de una negligencia grave, cometida por cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 4º, informará al Parlamento y al Ministro

correspondiente [...]”.

Outras duas diferenças devem ser apontadas: a) a eleição do titular do cargo se dá em cada eleição dos membros do Legislativo (art. 1º, II), sendo, portanto, seu mandato coincidente com o dos parlamentares e b) os servidores das comunidades eclesiais são, como na Finlândia, também controlados pelo *ombudsman*.

Aponte-se, ao final, o registro feito por MAIORANO de que o grande mérito do *ombudsman* dinamarquês foi seu esforço na difusão da instituição para os outros países da Europa.⁵

1.2 Noruega: *Sivil Ombudsman for Forvaltningen*

Com a institucionalização em junho de 1962 do *Sivil Ombudsman for Forvaltningen*, a Noruega – ainda que inspirada no modelo sueco e finlandês – acaba por inaugurar um segundo modelo que viria a se consolidar no final da década de setenta com a criação do *ombudsman* de Portugal e da Espanha.

Para melhor compreender a instauração desse novo modelo, é necessário um retrospecto da história da Noruega.

No início do século, uma reestruturação nas Forças Armadas da Noruega acabou por criar pequenas comissões compostas por três membros, denominadas de *tillitsmen*, para gerirem as conflitivas relações entre os jovens recrutados e os oficiais de alta patente. Em meados de 1946, uma comissão parlamentar especialmente constituída para investigar o funcionamento da administração militar

⁵ MAIORANO, Jorge Luis. *El ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*. Buenos Aires: Macchi, 1986. p. 56.

propôs a ampliação dos poderes das *tillitsmen*, as quais, até então, tinham suas decisões subordinadas inteiramente aos oficiais superiores. Inexitosa essa primeira tentativa, duas outras comissões, em 1948 e 1950, reforçaram o mesmo entendimento, inclusive propondo uma comissão com poderes similares aos do *ombudsman* sueco.

Em 1952, constatando diversos excessos perpetrados por superiores contra os jovens conscritos, o Parlamento venceu a forte resistência do Exército e do Ministério da Defesa, constituindo uma junta de sete membros, cujo presidente – subordinado ao Parlamento – atuaria como *ombudsman* das Forças Armadas. Sua missão precípua seria a proteção dos jovens conscritos, conforme expresso pelo próprio comitê que propôs sua criação:

“Para dar a los conscriptos un sentimiento más fuerte de seguridad legal, el Comité propone que se crie un Representante para las Fuerzas Armadas elegido por lo Parlamento [...] Este representante central deberá tener una posición tan fuerte que puede obtener información en cualquier parte de la Fuerza de Defensa en relación con los asuntos que se le planteen. [...] El Representante para las Fuerzas Armadas ejercerá control e intervendrá fundamentalmente cuando se violen la seguridad legal y los derechos de los oficiales o de las clases de

conscritos".⁶

Com mandato de 4 (quatro) anos e com amplos poderes, a primeira Instrução do Parlamento estabeleceu expressamente a função do *ombudsman*:

"a ocuparse de los asuntos que planteen los comités de representantes y los conscriptos individuales relativos a la duración del servicio o a las condiciones del servicio tales como los derechos económicos y sociales de los conscriptos, así como las cuestiones relativas al trabajo educativo y de bienestar, el servicio en la cantina, pensiones, equipo, ropa, alimentación y hospedaje".⁷

Como se vê, já não se tratava de controle de legalidade, mas de defesa daqueles que se encontravam no âmbito de suas atribuições. A propósito, o próprio *Ombusman das Forças Armadas*, Arthur RUUD, confirma esse entendimento:

"La labor del Ombudsman se puede dividir en cuatro tareas principales:

- 1. Como cabeza del sistema de representantes, mantenerse en estrecho contacto con la labor de los comités de representantes;*
- 2. Conocer las solicitudes del soldado u oficial*

⁶ RUUD, Arthur. El ombudsman militar y su junta. In: ROWAT, Donald C. *El ombudsman*. Trad. Eduardo L. Seárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1973. p. 162.

⁷ *Idem*. p. 164.

individual;

3. *Tomar asuntos para consideración por propia iniciativa;*
4. *Actuar como órgano asesor de las principales autoridades militares e civiles”.*⁸

O projeto para *Ombudsman de Assuntos Cívicos*, apresentado pelo Governo ao Parlamento em 1961, mantinha a mesma idéia de se constituir um defensor dos direitos dos cidadãos. A justificativa do referido projeto, aliás, dispunha claramente nesse sentido:

*“El sistema de un Ombudsman puede ser de gran ayuda para quien quiera que sienta haber sufrido un abuso de poder por parte de las autoridades administrativas. Presentar una demanda ante un tribunal puede parecer difícil y caro. No todo el mundo tendrá la oportunidad de lograr que su caso sea debatido en el Storting [Parlamento]. Muchas personas se resistirán a la idea de presentar un caso a la prensa. Pudiendo plantear el asunto al Ombudsman, la persona interesada podrá lograr que el mismo sea examinado en forma sencilla y sin costo”.*⁹

Em junho de 1962, o Parlamento norueguês

⁸ *Idem.* p.166.

⁹ Proyecto del Gobierno n.º 30. *Apud* OS, Audvar. Los ombudsman de Noruega. *In*: ROWAT, ob. cit. p. 144.

aprovaria esse projeto do Governo sem qualquer alteração, instituindo, assim, o primeiro *ombudsman* voltado preponderantemente para a defesa dos cidadãos. É o que se deduz do art. 3º da lei que o instituiu (Lei de 22 de junho de 1962):

“Art. 3º – La misión del Ombudsman, como persona de confianza del Parlamento, según lo que queda establecido en esta Ley y en sus instrucciones, es la de intentar garantizar que no se cometa ninguna injusticia por la Administración Pública contra el ciudadano individual”.

A passagem de instrumento de controle do Estado para 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. Nos termos do art. 6º do referido diploma, apenas podem recorrer ao *ombudsman* aquele que *“considere haber sido lesionado en sus derechos por parte de la Administración Pública”*. No mesmo sentido, a reclamação ou queixa só será recebida após o esgotamento prévio dos recursos administrativos.

Diferentemente das regulamentações dos *ombudsman* tratados anteriormente, ao norueguês é exigido que se dê ciência do resultado de suas atuações tanto ao acusado quanto ao reclamante (art. 9º).

Seus instrumentos de atuações são menos amplos

que os estabelecidos pela legislação sueca e finlandesa: a) comunicação de eventuais defeitos em leis ou disposições administrativas (art. 11); b) solicitação de revisão de provas aos Tribunais (art. 7º); c) sugestões e d) recomendações. Em face de sua natureza, não lhe são atribuídos poderes disciplinares ou sancionatórios.

Nos termos da referida Lei, sua competência não alcança: a) as decisões tomadas pelo Conselho de Ministros; b) as atividades dos Tribunais; c) as atividades religiosas; d) as decisões tomadas pelos Conselhos Municipais ou Provinciais (art. 4º). Não obstante essas exclusões, a própria Lei autoriza o Parlamento excepcioná-las (art. 4º, *in fine*).

Saliente-se que em relação aos requisitos do cargo, o art. 1º da referida Lei estabelece que “*El Ombudsman debe poseer los requisitos exigidos para ser juez del Tribunal Supremo*”.

Reafirmando o pioneirismo da Noruega em relação à função preponderante do instituto, em 1973 criou um *ombudsman* específico para a defesa do consumidor em suas relações de mercado, publicidade e propaganda.¹⁰

1.3 Nova Zelândia: *Parliamentary Commissioner*

O primeiro país do sistema da *Common Law* a

¹⁰ Anteriormente, em junho de 1957, a República Federal da Alemanha já havia instituído o Comissário Parlamentar para as Forças Armadas (*Wehrbeauftragte des Bundestages*). Algumas regiões têm adotado o cargo de *Representante do Cidadão*, cuja competência é a defesa do usuário em face da prestação de serviços públicos.

acolher o instituto do *ombudsman* foi a Nova Zelândia, através do *Parliamentary Commissioner (Ombudsman) Act*, em 1962. No pleito eleitoral de 1960, o Partido Nacional – de orientação conservadora – inseriu em sua plataforma de governo a proposta de um representante do Parlamento, voltado para a defesa dos direitos do cidadão. Imediatamente após a vitória, foi encaminhada a proposta governamental, aprovada sem qualquer emenda.

De maneira distinta dos *ombudsmen* analisados anteriormente, o neozelandês, inobstante a denominação de Comissário Parlamentar, é designado pelo Governador-Geral, mediante indicação da Câmara de Representantes. Seu mandato, coincidente com o dos membros da referida Câmara, é de três anos.

Do modo em que foi concebido, possui diversos laços de dependência administrativa e financeira com o Poder Executivo. Entre eles, a indicação do número e classe dos funcionários, seus proventos e condições de nomeação. Nessa condição não possui competência sobre os atos praticados pelos Ministros de Estado.

No âmbito de sua competência não se prevê, igualmente, o controle dos atos do Poder Judiciário, das Forças Armadas, das comunidades religiosas e da Administração local. Cabe – e aqui se trata de uma peculiaridade – ao Tribunal Supremo a manifestação de sua competência em caso de dúvida, não obstante a Lei conter um detalhado anexo indicando os órgãos e entidades ao controle do *ombudsman* submetidas.

O recebimento de queixas e reclamações sujeita-se, tal como na Noruega, ao esgotamento da via administrativa e judicial, após demonstrado o interesse de agir. De modo pioneiro, entretanto, a

lei admite a legitimação extraordinária das organizações da sociedade civil representar os interesses coletivos e difusos.

Confirmando sua natureza de órgão de defesa dos direitos dos cidadãos, no ano de 1976 foi criado um cargo de Comissário Parlamentar para a Defesa da Privacidade e, em 1986, um de Comissário Parlamentar para o Meio Ambiente, voltado para o controle das políticas públicas ambientais e das medidas de proteção e uso adequado dos recursos naturais.

1.4 Inglaterra: *Parliamentary Commissioner*

Após inúmeros estudos e conferências sobre *ombudsman* (levadas a efeito especialmente pelo *ombudsman* da Dinamarca, Stephan HURITZ), a proposta de criação de um Comissário Parlamentar passou a integrar a plataforma dos dois principais partidos políticos ingleses (Partido Liberal e Partido Trabalhista), no início da década de sessenta.

O fator determinante da institucionalização do *ombudsman* na Inglaterra, todavia, foi o relatório da Comissão Internacional de Juristas, constituída em 1959, para examinar a eficácia dos meios administrativos e judiciais de controle do Poder Público. O *Informe Whiatt* – como foi denominado esse relatório – entre diversas sugestões “*proponia el control administrativo sobre los actos hasta entonces irrecurribles, incluso los discrecionales, y sugeria la creación de un ombudsman al estilo escandinavo*”.¹¹

Após diversos embates, discussões e estudos, em março de 1967 aprovava-se “*The Parliamentary Commissioner Act*”, instituindo o *Parliamentary Commissioner for the Administration*, com

¹¹ MAIORANO, ob. cit. p. 82.

algumas diferenças substantivas em relação aos *ombudsmen* dos outros países.

Uma delas diz respeito ao estabelecimento de um modo de acesso indireto do cidadão ou pessoa jurídica, o qual deverá ser consubstanciado, necessariamente, pela mediação do Parlamento: *“No se sustanciará reclamación alguna de acuerdo con esta ley a menos que se formule a un Diputado de la Cámara de los Comunes”* (art. 6º, inciso III).

O principal fundamento que se tem utilizado para justificar essa medida é o receio que se tinha à época de que o número de reclamações poderia comprometer a resolubilidade da atuação do *ombudsman*.¹² Ao que parece, entretanto, o correto seria supor que essa medida tem como pressuposto o fato de que o principal argumento para criar um instituto assemelhado ao *ombudsman* sueco na Inglaterra era a inexistência de mecanismos de defesa contra decisões administrativas discricionárias, incluindo, especialmente, os atos considerados de “má administração”.¹³ Assim, em face da subjetividade na análise de termos dessa natureza,¹⁴ aos parlamentares seria consignado o dever de realizar uma triagem sobre a procedência das reclamações e queixas formuladas pelos cidadãos, antes de encaminhá-las ao Comissário

¹² Nesse caso, é preciso considerar que antecendo a proposta de sua criação, a Comissão Internacional de Juristas tinha elaborado um alongado e sistematizado informe sobre as queixas mais habituais.

¹³ Aqui entendido como *“administración insuficiente ou deficiente [...] envolvendo ‘irregularidades administrativas, injustiças, discriminação, abuso de poder, ausência ou recusa de informação e atrasos indevidos’* (DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO [on line]. www.euro-ombudsman.eu.int/media/pt/default.htm [disponível em 11.jan.1999]).

¹⁴ Nesse particular, é importante notar que tais termos (má administração, justiça e injustiça), deliberadamente, não foram definidos pelo *“The Parliamentary Commissioner Act”*.

Parlamentar.

Precisamente em face da natureza dos atos objeto de controle, de acordo com o art. 5º, inciso 2, não é admitida:

“toda actuación respecto de la cual la persona agraviada tuviere o hubiere tenido un derecho de recurso, apelación o revisión ante un Tribunal constituido por ley, o en virtud de una ley, o bien en virtud de las prerrogativas de Su Majestad; b) toda actuación respecto de la cual la persona agraviada tuviere o hubiere tenido defensa por vía de procedimiento ante cualquier Tribunal de Justicia”.

No que diz respeito à competência em relação às pessoas, o Comissário inglês alcança toda pessoa física ou jurídica em exercício de funções públicas, com exceção dos servidores e entidades do Poder Legislativo e Judiciário. O extenso rol de pessoas sujeitas à sua jurisdição é elencado no Anexo 2 do *The Parliamentary Commissioner Act*, o qual pode ser modificado pela Coroa, por disposição expressa do referido diploma.

Nos termos da lei acima mencionada, o titular do cargo é designado pela Coroa, mediante Carta Patente com o selo de *Lord Chancellor*, sem mandato certo, podendo permanecer no cargo até sua jubilação aos 65 anos de idade. De igual modo, a remoção é determinada

pela Majestade Real, por iniciativa própria, ou por requerimento de ambas as Câmaras do Parlamento (art. 1º).

Contrariamente às experiências de seus antecessores, o Comissário Parlamentar inglês não pode atuar de ofício, mas tão-somente por provocação de um membro da Câmara dos Comuns. Essa característica, aliada à ausência de imediatividade na relação entre o reclamante ou queixoso e o Comissário, levou GUILLÉN a denominá-lo “*miniombusman*”, fazendo-o nos seguintes termos:

“el Parliamentary Commissioner for the Administration inglés no es un ombudsman – en el sentido propio, nordeuropeo de la palabra, de la que se ha apoderado el vulgo inglés – siempre con el debido respeto a las personas que ocupen tal cargo, es, a lo sumo, un ‘miniombudsman’.

[...]

Oprimido – mejor, ‘comprimido’ – entre los dogmas políticos ingleses tradicionales, de la independencia del Poder Judicial y sus componentes personales; de la fuerza del Parlamento – que puede destituirlo – y del propio Gobierno – que quizás es el mismo que lo nombró –, su esfera de acción queda, lógicamente, disminuida”.¹⁵

¹⁵ GUILLÉN, Victor Fairén. *El defensor del Pueblo – ombudsman*. T. I. s/ trad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982. p. 149.

Não obstante a procedência de tais observações, cabe relevar o fato de que a legislação consignou a possibilidade de se aplicar o “*contempt of court*”¹⁶ a todo aquele que, de qualquer modo, obstrua os trabalhos do Comissário Parlamentar. Ademais, em termos de faculdade de investigação, os poderes que são consignados ao Poder Judiciário são estendidos ao Comissário Parlamentar, a quem se autoriza interrogar mediante juramento, convocar testemunhas e requisitar documentos e informações de qualquer órgão ou entidade governamental, inclusive os considerados secretos, dentro dos termos da Lei de Segredos Oficiais de 1911. A propósito, cabe ressaltar que ao Comissário não é autorizado alterar ou modificar atos administrativos, bem como impor sanções.

Em 1973, através do “*National Health Service Reorganization Act*”, foi criado um Comissário para os Serviços de Saúde, a quem, ao contrário do Comissário Parlamentar, é dada a faculdade de receber reclamações diretamente dos cidadãos, além de poder atuar de ofício. Em 1974, o instituto foi estendido para mais três

¹⁶ Nos termos definidos por MAIORANO, “*el ‘contempt of court’ consituye un desacato, desobediencia u ofensa que comete, en el derecho anglosajón, quien desconoce un mandato judicial; supone una figura de ilicitud procesal que determina la aplicación de multa, arresto o secuestro de los bienes del imputado*” (MAIORANO, ob. cit. p. 86). O art. 9º de “*A Competência do Comissário inglês*” alcança toda autoridade em exercício de funções públicas elencadas no Anexo 2 do “*The Parliamentary Commissioner Act*”, e, a respeito, dispõe: “*1. Si cualquier persona, sin excusa legal, obstruye al comisionado o a cualquier funcionario del mismo en el desempeño de sus funciones según la presente ley, o es culpable de cualquier acción u omisión en relación con una investigación realizada a tenor de esta ley, que constituiría un desacato al tribunal si la investigación se estuviere tramitando por vía judicial el comisionado podrá dar traslado de la infacción al Tribunal. 2. Si se diere traslado de una infracción en virtud de este artículo, el Tribunal puede inquirir sobre la materia y, tras escuchar a los testigos que pueden ser presentados a favor o en contra del supuesto ofensor y a éste mismo en su defensa, procederá contra esa persona del mismo modo según el cual el Tribunal hubiera podido hacerlo si el desacato se hubiera cometido en relación con él mismo*”.

cargos a fim de ouvir queixas relativas aos governos locais. A Escócia e o País de Gales contam com defensores próprios.

1.5 Austrália: *Ombudsman do Commonwealth*

Na Austrália, o instituto foi criado em 1976, também como instrumento de defesa dos direitos dos cidadãos. A própria lei que instituiu o cargo de *Ombudsman do Commonwealth* também criou a oficina de um *ombudsman* para as Forças Armadas, subordinada ao escritório central. Ambos os modelos guardam semelhança com o modelo neozelandês.

Sua competência alcança as atuações de todos os órgãos e entidades da Administração Pública, com diversas exceções legais,¹⁷ entre as quais a referente aos atos praticados por ministro, membro do Poder Judiciário ou do Parlamento.

Além dessas, poucas são as diferenças entre o modelo australiano e o neozelandês. As mais substantivas dizem respeito: a) à possibilidade, inscrita no art. 34 da referida lei, de o *ombudsman* poder delegar seus poderes e suas faculdades de investigação, sem que isso implique que não possa exercê-los ao mesmo tempo; b) garantia de imunidade parlamentar no exercício das funções (art. 33); c) a previsão legal (art. 37, *b*) de que as reclamações e queixas deduzidas ao *ombudsman* em regime de boa-fé, bem assim as informações prestadas a ele mediante requisição, estão imunes às ações civis de ressarcimento; d) tipificação como crime, com pena de 3 (três) meses, das condutas que de qualquer forma obstruam o exercício das

¹⁷ Especialmente as consignadas no art. 5º, II, da referida lei.

funções do titular do cargo (art. 36).

Em 1979 a lei sobre comunicações ampliou suas funções inclusive sobre escutas telefônicas. Nesse país foi instituído, ainda em 1976, um *ombudsman* para cada Estado, para os territórios do Norte e para a Capital Federal.

1.6 Israel: *Comissário para as Queixas do Público*

Pautado na exitosa experiência do cargo de Controlador do Estado,¹⁸ instituído em 1949, Israel criou o cargo de “Comissário para as Queixas do Público”, em 1971.

Quando o “Controlador do Estado” foi instuído, sua competência limitava-se ao exame e à fiscalização das contas públicas. Em 1958, a partir de uma profunda reforma, sua competência foi ampliada, alcançando a inspeção de toda administração dos bens públicos. Nos termos do art. 1º, da Lei nº 5.178/49, emendada em 1958, cabia ao Controlador *“inspeccionar las finanzas y su ejecución, la propiedad y administración del Estado y de las entidades sujetas al control de aquél”*.

Nesse período, suas funções de controle abrangiam todas as pessoas jurídicas de direito público e as privadas que, de qualquer forma, recebessem ou gerissem bens e recursos públicos. Sua atuação era adstrita à legalidade, constituindo um modelo muito próximo do sueco e do finlandês.

Nomeado pelo Presidente do Estado, a partir da

¹⁸ Criado pela Lei n.º 5.709/49, denominada “*Lei do Controlador do Estado*”.

recomendação do Comitê de Interior¹⁹ (órgão do Poder Legislativo), o Controlador deveria prestar, nos termos do art. 2º do mencionado diploma, o seguinte juramento: *“Yo (el nombre) prometo, como Controlador del Estado, prestar fidelidad al Estado de Israel u a sus leyes y a cumplir fielmente con mis obligaciones”*.

Não obstante esse modelo de nomeação, o Controlador do Estado, por expressa determinação legal, deveria exercer suas funções com independência do governo (art. 5º), devendo prestar contas exclusivamente à Comissão de Controle do Estado, órgão do Parlamento israelense (art. 6º).

Aproximando-se ainda mais do instituto do *ombudsman*, a destituição de seu mandato – estipulado em 5 (cinco) anos – foi condicionada à maioria qualificada dos votos de dois terços do Parlamento.

Como informa MAIORANO,

“Aunque entre sus funciones no se hallaba incluida expresamente la de examinar las quejas de los habitantes, la asumió de hecho – actuando así, si no contra legem por lo menos praeter legem – frente a la gran cantidad que recibía a consecuencia del ejercicio de sus cometidos específicos”.²⁰

Certamente em face dessa prática, em 1971 a Lei

¹⁹ Art. 1º da Lei n.º 5178/48, com as alterações realizadas no ano de 1958.

²⁰ MAIORANO, ob. cit. p. 91.

que o insituiu foi reformada, incluindo-se o sétimo capítulo, encabeçado pelo art. 31, que dispunha: *“El Controlador debe también investigar, según las reglas de esta ley, las quejas de los miembros del público; en este ámbito competencial debe llevar el título de ‘Comisionado para las quejas del público’”*.

A partir dessa modificação, o *ombudsman* israelense passa a ter uma natureza dual: mantém-se na condição de instrumento de controle da legalidade dos atos praticados no exercício de funções públicas, assumindo, cumulativamente, a natureza de órgão de defesa dos direitos dos cidadãos em face da Administração Pública. Com isso, além do princípio da legalidade, recepciona outros, informados por uma racionalidade de tipo material (boa administração, injustiça etc.). É precisamente o que se deduz do art. 37, do referido diploma legal, o qual estabelece que o Comissário para as Queixas do Público poderá atuar quando a reclamação se referir a:

“1) un acto que perjudica directamente a la persona que la presenta o que lo prive directamente de un beneficio; o 2) cuando quien presenta la queja es un miembro de la Knesset [Parlamento], todo acto que perjudica directamente al prójimo o lo priva directamente de un beneficio, y el acto es contrario a la ley o realizado sin facultad legal o contrario a las reglas de una correcta administración o que envuelve en sí una actitud demasiado inflexible o de notoria injusticia; para este propósito ‘acto’ incluye

omisión o retardo en la acción”.

Assim, a experiência institucional do Estado de Israel se consubstancia em um exemplo paradigmático da existência, em uma única instituição, dos dois modelos jurídicos de *ombudsmen* demonstrados nesta tese. Ambos, ao seu tempo, adequados significativamente à racionalidade estatal preponderante.

1.7 França: *Médiateur de la République*

Proposto em 2 de outubro de 1972, pelo Primeiro Ministro Pierre MESSMER, o *Médiateur de la République* foi instituído no ano seguinte, pela edição da Lei n.º 73-6, de 3 de janeiro de 1973.²¹

Nos termos de sua página eletrônica oficial²²: *“le Médiateur de la République est une Institution indépendante, qui ne reçoit d’instruction de personne. Il ne dépend ni de l’administration, ni du gouvernement”*²³. Ou, de forma mais simples e taxativa, como dispõe a própria lei que o instituiu: *“Dans la limite de ses attributions, in ne*

²¹ Posteriormente complementada pela Lei n.º 76-1211, de 24 de dezembro de 1976, e pela Lei n.º 89-18, de 13 de janeiro de 1989, e modificada pela Lei n.º 92-125, de 6 de fevereiro de 1992.

²² Médiateur de la république [on line] www.mediateur-de-larepublique.fr [disponível em 27.maio.2000].

²³ *“O Médiateur de la République é uma instituição independente, que não recebe instruções de ninguém. Ele não depende nem da administração, nem do governo”* (tradução livre) (id., ibidem).

reçoit d'instruction d'aucune autre autorité".²⁴

Nessa condição, o *Médiateur* se coloca frente à Administração francesa como um instrumento de defesa dos cidadãos. Conforme assinalado na referida página,

"Le Médiateur de la République a pour mission d'aider les personnes que contestent une décision ou un comportement les concernant de la part des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics ou de tout autre organisme investi d'une mission de service public".²⁵

O *ombudsman* francês é nomeado pelo Conselho de Ministros (e não pelo Parlamento),²⁶ por um período de seis anos, não prorrogáveis (art. 2º). No exercício de seu mandato lhe são deferidas as

²⁴ *"Dentro dos limites de suas atribuições, ele não recebe instruções de nenhuma outra autoridade"*. (tradução livre) (id., ibidem).

²⁵ *"O Médiateur de la République tem por missão auxiliar as pessoas que contestam uma decisão ou um comportamento que lhes concerne, por parte dos administradores do Estado, das coletividades territoriais, dos estabelecimentos públicos ou de qualquer outro organismo investido de uma missão de serviço público"* (tradução livre) (id., ibidem).

²⁶ Sob esse aspecto a justificativa do projeto aduz que *"il parut inopportun au gouvernement de prévoir la désignation du Médiateur par le Parlement, formule que pouvait faire apparaître ce dernier comme le contrôleur et le censeur de l'administration par le biais de ce 'bras séculier'"* – *"Parece inoportuno ao governo prever a designação do Médiateur ao Parlamento, fórmula que pode fazer o último parecer como o controlador e o censor da administração como uma forma oblíqua do 'braço secular'"* (tradução livre) (id., ibidem).

mesmas prerrogativas dos parlamentares²⁷ (art. 2º).

Com ampla competência acima indicada²⁸ (art. 1º), possui legitimidade para abertura de procedimentos disciplinares e judiciais (art. 10), além de poder controlar a efetivação e execução das próprias medidas judiciais, conforme se deflui do contido no art. 11, do referido diploma:

*“Il peut, en outre, en cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée, enjoindre à l'organisme mis en cause de s'y conformer dans un délai qu'il fixe. Si cette injonction n'est pas suivie d'effet, l'inexécution de la décision de justice fait l'objet d'un rapport spécial présenté dans les conditions prévues à l'article 14 et publié au Journal officiel”.*²⁹

Tal como os demais *ombudsmen* até aqui analisados, no rol das prerrogativas, o *Médiateur* poderá requisitar quaisquer documentos e informações diretamente aos Ministros de

²⁷ Art. 3º – “*Le Médiateur de la République ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l’occasion des opinions qu’il émet ou des actes qu’il accomplit dans l’exercice de ses fonctions*” – “OMédiateur de la Republique *não pode ser perseguido, buscado, arrestado, detido ou julgado com fundamento nas opiniões que emite ou nos atos que realiza no exercício de suas funções*” (tradução livre) (id., ibidem).

²⁸ Excluem-se do rol de competências as relações privadas, as relações entre servidores e Administração, bem como as decisões judiciais e os litígios com órgãos de outros países.

²⁹ “*Ele pode, entre outros, no caso de uma execução de uma decisão de justiça que tenha adquirido força de coisa julgada, intimar o organismo em causa, conforme o prazo fixado. Se essa intimação não for eficaz, a não execução da decisão de justiça será um objeto especial apresentado nas condições previstas no artigo 14 e publicadas no Journal Officiel*” (tradução livre) (id., ibidem).

Estado. Estes somente poderão opor resistência nos casos de informações qualificadas como de defesa nacional, segurança do Estado e política externa (art.13).

Têm legitimidade para provocar os serviços do *Médiateur*; todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais e estrangeiras com domicílio na França; entretanto, aos reclamantes não é dada a possibilidade de deduzir suas reclamações diretamente, devendo fazê-lo – como o *Comissário Parlamentar* inglês – por intermédio de um parlamentar (deputado ou senador). Conforme a dicção do art. 6º da referida Lei:

“La réclamation est adressée à un député ou à un sénateur. Ceux-ci la transmettent au Médiateur de la République si elle leur paraît entrer dans sa compétence et mériter son intervention.

Les membres du Parlement peuvent, en outre, de leur propre chef, saisir le Médiateur de la République d'une question de sa compétence qui leur paraît mériter son intervention.

Sur la demande d'une des six commissions permanentes de son assemblée, le président du Sénat ou le président de l'Assemblée nationale peut également transmettre au Médiateur de la République toute pétition dont son assemblée a été

saisie".³⁰

Depois de sua institucionalização em 1973, a Lei n.º 76-1211, de 24 de dezembro de 1976, além ampliar sua competência em relação à jurisdição administrativa, deferiu poderes ao *Médiateur* para sugerir modificações voltadas para o aperfeiçoamento da Administração, não mais estando adstrito ao pressuposto da "má administração". As demais reformas consignadas na Lei n.º 89-18, de 03 de janeiro de 1989 e na Lei n.º 92-125, de 06 de fevereiro de 1992, ampliaram, respectivamente, a independência da instituição e a legitimação ativa para as associações e outras pessoas jurídicas reclamarem medidas de natureza coletiva.

³⁰ *"A reclamação é endereçada a um Deputado ou a um Senador. Estes a transmitem ao Médiateur de la République, se lhes parecer entrar em sua competência e merecer sua intervenção.*

Os membros do Parlamento podem, de outra forma, por sua própria autoridade, incumbir o Médiateur de la République de uma questão de sua competência que lhes pareça merecer sua intervenção.

Sob a demanda de uma das seis comissões permanentes de sua Assembléia, o Presidente do Senado ou o Presidente da Assembléia Nacional pode igualmente transmitir ao Médiateur de la République qualquer solicitação que lhe seja incumbida pela Assembléia" (tradução livre).

1.8 Portugal: Provedor de Justiça

Portugal, através da Constituição de 1976, consagrou o instituto do *ombudsman* sob a denominação de Provedor de Justiça, antes instituído pelo Decreto-Lei n.º 212/75.³¹

Nomeado pela Assembleia da República, por maioria de dois terços dos Deputados presentes ou pela maioria dos Deputados em exercício (art. 163 da Constituição), o Provedor de Justiça tem, além das atribuições típicas do instituto do *ombudsman*, a de exercer a fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade (art. 281 da Constituição e art. 18, n.º 2, da Lei n.º 81/77) e o controle de inconstitucionalidade por omissão (art. 283 da Constituição).³²

Do ponto de vista de uma perspectiva evolutiva do instituto, a mais significativa inovação portuguesa, entretanto, refere-se ao fato de consagrar com absoluta clareza a função manifesta do instituto como sendo a de tutelar os direitos, liberdades e legítimos interesses dos cidadãos. Tal competência, com acento constitucional, abriga-se no amplo plexo das suas funções estabelecidas no art. 1.º da Lei n.º 9/91:

“O Provedor de Justiça é, nos termos da Constituição, um órgão do Estado eleito pela Assembleia da República, que tem por função principal a defesa e a promoção dos direitos,

³¹ Esse Decreto, que conferia ao Provedor diversas atribuições similares às que seriam institucionalizadas, não previa a vinculação do instituto ao Parlamento.

³² Este artigo estabelece: “*A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais*”.

liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos, assegurando, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos”.

Note-se que, nesses termos, a sujeição passiva dos “poderes públicos” não só é secundada pela primazia da defesa dos direitos dos cidadãos, como não se constitui em limite de sua competência. É o que dispõe o inciso II, do art. 2º do Estatuto do Provedor de Justiça:³³ *“O âmbito de actuação do Provedor de Justiça pode ainda incidir em relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da proteção de direitos, liberdades e garantias”.*

O mesmo dispositivo estabelece o âmbito ordinário de sua atuação:

“As acções do Provedor de Justiça exercem-se, nomeadamente, no âmbito da actividade dos serviços da administração pública central, regional e local, das Forças Armadas,³⁴ dos institutos públicos, das empresas públicas ou de capitais maioritariamente públicos ou

³³ Lei n.º 9/91, alterada pela Lei n.º 30/96.

³⁴ Inclusão realizada em 1995, por força da Lei n.º 19/95, a qual, em seu art. 1º, dispôs: *“Todos os cidadãos, nos termos da Constituição e da lei, podem apresentar queixa ao Provedor de Justiça por acções ou omissões dos poderes públicos responsáveis pelas Forças Armadas de que tenha resultado, nomeadamente, violação dos seus direitos, liberdades e garantias ou prejuízo que os afecte”.* A fim de assegurar o pleno exercício das funções do Provedor, o mesmo diploma assevera em seu art. 6º que *“em matéria de defesa nacional e das Forças Armadas, o Ministro da Defesa Nacional assegura todas as condições necessárias ao pleno exercício das competências e poderes do Provedor de Justiça, podendo acordar com este os procedimentos que facilitem a recolha de elementos e informações referentes a forças, estabelecimentos, órgãos ou unidades militares”.*

concessionárias de serviços públicos ou de exploração de bens do domínio público”.

São excluídas do rol de competências os atos praticados pelo Poder Judiciário e Legislativo, as Assembléias Legislativas e Regionais e os governos próprios das Regiões Autônomas, *“com excepção da sua actividade administrativa e dos actos praticados na superintendência da Administração”* (art. 22).

Ainda em relação ao plexo de competências, cabe salientar as previstas nas alíneas “d” e “e” do referido Estatuto. A primeira dispendo sobre o dever de *“promover a divulgação do conteúdo e da significação de cada um dos direitos e liberdades fundamentais”* e a segunda, sobre o dever de *“intervir [...] na tutela dos direitos colectivos ou difusos”*.

Nos termos do referido diploma, ao Provedor de Justiça é conferida a faculdade de agir de ofício ou por provocação (art. 3º e 4º da Lei n.º 9/91); sem poderes decisórios, sua atuação é *“independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis”* (art. 4º, *in fine*).

Ao *ombudsman* lusitano são consignadas as mesmas imunidades parlamentares dos membros da Assembléia da República (art. 8º), as mesmas *“honras, direitos e garantias”* dos Ministros de Estado (art. 9º) e as incompatibilidades e os impedimentos fixados para os magistrados (art. 11, incisos I e II).

Em face de o Provedor não possuir poderes para anular, revogar ou modificar as condutas e procedimentos sujeitos à sua competência, a lei em exame estabelece que – com exceção dos atos de administração internos da Provedoria de Justiça (art. 44) – os *“actos do*

Provedor de Justiça não são susceptíveis de recurso e só pode ser objecto de reclamação para o próprio Provedor” (art. 36).

1.9 Espanha: *Defensor del Pueblo*

Em 1978, portanto dois anos após Portugal, a Espanha incorporou na Constituição (art. 54) o instituto do *ombudsman*, sob a significativa denominação de *Defensor del Pueblo*. Regulamentado pela Lei Orgânica n.º 3, de 1981, o instituto inicia seu funcionamento em 1982.³⁵

A iniciativa espanhola – que teria uma ampla influência nos países da América Latina que viriam a consagrar o instituto do *ombudsman*³⁶ – igualmente contempla a defesa dos direitos humanos, encartando o instituto precisamente no capítulo IV da Constituição, reservado às “*Garantías de las Libertades y Derechos Fundamentales*”:

“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 las actividades de

³⁵ MAIORANO, Jorge Luiz. Apuntes para un debate parlamentario: el defensor del pueblo español. *La Ley*, Madrid, p. 1144-1153, 1984.

³⁶ “*Sin restar importancia a la institución del Provedor de Justicia portugués, surgido en 1975 y constitucionalizado al año siguiente, para los efectos del desarrollo del Ombudsman latinoamericano es de importancia fundamental el nacimiento de la figura del Defensor del Pueblo de España*” (MADRAZO, Jorge. *El ombudsman criollo*. México: Academia Mexicana de Derechos Humanos Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996. p. 16).

administración dando cuenta a las Cortes Generales”:³⁷

Tal como a Constituição de Portugal, a espanhola estabelece a legitimidade ativa do *Defensor del Pueblo* para “*interponer recurso de inconstitucionalidade*” (art. 162, alínea “a”), “*interponer el recurso de amparo*” (art. 162, alínea “b”) e “*ejercitar la acción de responsabilidad contra todas las autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo, incluso local, sin que sea necesario en ningún caso la previa reclamación por escrito*” (art. 26). Ademais desses poderes, é dado o direito ao Defensor de requisitar os serviços do *Fiscal General del Estado*, quem o “*informará periódicamente [...] del trámite en que se hallen las actuaciones iniciadas a su instancia*” (art. 25).

Inova também a referida Lei Orgânica em relação às demais legislações sobre *ombudsman*, quando estabelece que “*aun no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, podrá, sin embargo, sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquéllos*” (art. 28).

Seu âmbito de competência “*se extiende a la*

³⁷ Ressalte-se que, pela Lei Orgânica da Espanha, a própria faculdade de sugerir modificações em leis ou atos normativos submete-se ao interesse do administrado e não, como ocorre nos casos até aqui analisados, ao interesse da Administração. O dispositivo legal não suscita dúvida a respeito: “*Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo o a la Administración la modificación de la misma*” (art. 28, II).

actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas” (art. 9, inciso II), inclusive a administração militar (art. 14), sem que *“estados de excepción o de sitio no interrumpirán la actividad del Defensor, ni el derecho de los ciudadanos de acceder al mismo”* (art. 11, inciso III).

A Espanha também inova na previsão de relatórios extraordinários: *“quando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen”* (art. 32, II) e na obrigatoriedade de se fazer constar o nome das autoridades ou funcionários que não tenham acatado suas recomendações dentro de um prazo razoável ou não tenham exposto as razões que justificam sua atitude (art. 30, II).

Ainda que as Comunidades Autônomas possam criar instituições semelhantes, suas atividades deverão ser, necessariamente, coordenadas pelo *Defensor del Pueblo* (art. 12).

Por fim duas outras diferenças encartadas na legislação espanhola que diferem das até aqui analisadas: a) os únicos requisitos de elegibilidade para o cargo são a maioria e o exercício dos direitos civis e políticos (art. 3º); b) o fato de as *Cortes Generales* designarem uma *“Comisión Mixta Congreso-Senado encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo”* (art. 2, II, com redação determinada pela LO n.º 2/1992).

Após a análise dessas experiências de institucionalização, instrumentalizadas neste trabalho não como elementos para um estudo comparado, mas como exemplos para a comprovação da tese de que o regime jurídico do instituto do *ombudsman* está adequado significativamente ao tipo de racionalidade

preponderante no espaço público estatal, não restariam razões para a análise das iniciativas subseqüentes.

Na seqüência, para manter a perspectiva diacrônica, será indicada sucintamente a expansão do instituto. Apenas duas experiências – por motivos oportunamente indicados – serão tratadas nos itens posteriores: a do Comissário para a Proteção dos Direitos Civis da Polônia e a do *Ombudsman* da União Européia.

Em 1966, foi criada na Tanzânia uma *Permanent Commission of Enquiry*, composta de três membros, tendo como mister o controle das atividades públicas.

Em 1971, a Índia criou no Estado de Bombaim o *Lokaukuta*, também muito semelhante ao instituto do *ombudsman*, e em 1973 estendeu-o para o Estado de Jaipur.

A Itália, malgrado alguns insucessos no processo de implantação do instituto, a partir de 1974 passou a contar com figura assemelhada ao *ombudsman* em Ligúria, Toscana e Lácio, sendo seguidas por outras regiões.³⁸ Atualmente, sua instituição é obrigatória em todas as regiões, cabendo aos conselhos regionais elegerem o *Difensore Civico*. A partir da Lei n.º 1.442/1990, referente à reorganização das administrações locais, essas também deverão contar com uma instituição semelhante.

Em 1977, a Áustria criou o *Volksanwaltschaft*, constituído por um colegiado autônomo, eleito pelo Conselho Nacional,

³⁸ Como as seguintes: Campanha (L. R. n.º 23, 1978), Úmbria (L. R. n.º 48, 1979), Lombardia (L. R. n.º 7, 1980), Friuli-Venezia Giulia (L. R. n.º 20, 1981) e Puglia (L. R. n.º 38, 1981).

com ampla competência, inclusive no âmbito das relações regidas pelo Direito Privado. A Áustria também conta com defensores federais, eleitos pelo Parlamento, com competência no âmbito de seus limites territoriais.

Em 1980, o instituto foi criado nos Países Baixos, com ampla competência sobre a Administração Central, a polícia, o Comissariado das Províncias e dos Municípios. As grandes cidades, como Amsterdã, Roterdã, Haya, Utrecht e Gröeningen, contam com defensores próprios e independentes.

Alguns países, ainda que não tenham criado *ombudsman* em nível nacional, implantaram-no em algumas unidades territoriais, além de contarem, parcial ou integralmente, com experiências institucionais semelhantes ao instituto em estudo, como, por exemplo,

Bélgica, Canadá,³⁹ EUA,⁴⁰ Grécia,⁴¹ Suíça⁴² e Japão.⁴³

Até meados da década de oitenta, segundo estatística realizada pelo Instituto Internacional de *Ombudsman*, existiam cerca de 21 países que contavam com a instituição em nível nacional e seis países com competência local ou regional.

Dados do último levantamento realizado em 1998 pelo referido Instituto revelam uma extraordinária expansão do *ombudsman*: *“aujourd’hui, il existe plus de 320 ombudsmans dans plus*

³⁹ No Canadá a instituição foi implantada em apenas algumas províncias, entre as quais a de Quebec e de Alberta.

⁴⁰ Segundo o relatório da OCDE de 1995, nos EUA *“en la administración federal no existe un sistema formal de ombudsman, aunque la mayoría de los departamentos del ejecutivo tienen un Inspector General de acuerdo con la normativa que data de 1978, denominada ‘Inspector Generals Act’. Estos inspectores tienen de alguna manera funciones de mediador realizando y supervisando verificaciones y encuestas sobre programas y actividades y trabajando para prevenir y detectar fraude y los abusos en la administración. Los organismos que operan sobre el terreno han desarrollado en ocasiones sistemas localizados de información retroactiva, para determinar en qué medida sus programas y operaciones dan satisfacción a los clientes. En 27 estados, el Fiscal General representa al público en relación con los departamentos y organismos del estado; en seis de ellos, este poder está limitado a cierto tipo de asuntos. El estado de Nebraska tiene su propio mediador independiente. Adicionalmente, en los tres niveles de administración, los representantes electos tienden a considerarse defensores del pueblo y adoptan respecto de sus electores funciones similares a las de un mediador”* (Administración Pública: modelos de los países de la OCDE. Paris: OCDE, 1995. p. 132).

⁴¹ Esse país conta com a instituição do Corpo de Inspetores da Administração Pública, com competência de controle sobre a Administração Pública, com algumas características típicas do instituto do *ombudsman*.

⁴² Onde existe apenas em nível local e em alguns cantões.

⁴³ O Japão instituiu após a II Guerra Mundial uma repartição de fiscalização dos atos administrativos, com competência, procedimento e modo de acesso do cidadão muito semelhante ao do *ombudsman*, ainda que não seja unipessoal. Nesse país apenas a cidade de Wawasaki, em 1990, contemplou o instituto com suas principais características.

de 90 pays".⁴⁴ Além desses, encontram-se em fase de implantação diversas outras iniciativas, como é o caso da Índia (onde se considera a criação de um *Lok Pal*, como *ombudsman* nacional), da Tailândia (que se encontra em fase de nomeação de três *ombudsmen*), do Gâmbia e do Quênia.

1.10 Polônia: Comissário para a Proteção dos Direitos Civis

Do conjunto dessas iniciativas encetadas durante a década de oitenta e noventa, os doutrinadores têm salientado a da Polônia, com a criação do *Comissário para a Proteção dos Direitos Civis*, em julho de 1987. A peculiar situação histórica e política desse país, a constitucionalização do instituto, em 1997 – portanto, dez anos após sua implementação –, e a rigorosa obediência dos principais elementos caracterizadores do instituto têm sido as justificativas utilizadas para o destaque da experiência polonesa.

Interessa a esta tese doutoral o fato de o instituto

⁴⁴ "Hoje, existem mais 320 ombudsmen em mais de 90 países" (International Ombudsman Institute, ob. cit. p. 2). Essa pesquisa revelou a existência de oficinas de *ombudsman* nacionais, regionais e locais, entre outros, nos seguintes países: "a) na África: África do Sul, Botsuana, Burquina Faso, Gabão, Gana, Lesoto, Macau, Madagascar, Ilhas Malavi, Ilhas Maurício, Mauritânia, Namíbia, Nigéria, Senegal, Ilhas Seicheles, Sudão, Suazilândia, Tanzânia, Tunízia, Uganda, Zâmbia e Zimbábue; b) na Ásia: Coreia do Sul, Hong Kong, Índia, Israel, Japão, Paquistão, Ilhas Filipinas, Sri Lanka e Taiwan; c) Australásia e Pacífico: Ilhas Cook, Ilhas Salomão, Nova Zelândia, Papua/Nova Guiné, Samoa Ocidental e Vanuatu; d) América Latina e Caribe: Barbados, Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguai, Peru, El Salvador, Trinidad-Tobago e Venezuela; e) Europa: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bósnia-Herzegovina, Croácia, Chipre, Dinamarca (incluindo a Groenlândia), Espanha, Finlândia, França, Reino Unido, Holanda, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Macedônia, Malta, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Rússia, Eslovênia, Suécia, Suíça e a própria União Européia; f) América do Norte: Canadá e EUA".

do *ombudsman*, nesse país –, considerado em desenvolvimento – ter sido constitucionalizado no terceiro quartel da década de noventa, mantendo a natureza de um instrumento de defesa dos direitos dos cidadãos. É o que, com precisão, retrata o art. 80 da Constituição polonesa: *“Conforme a los principios indicados en el estatuto [nesse caso, como visto, anterior à carta constitucional], todos deberán tener el derecho de dirigirse al Comisionado para la Protección de Derechos Civiles para solicitar la protección de las libertades y derechos infringidos por los órganos de la autoridad pública”*.⁴⁵

Com uma ampla competência que abrange não só os órgãos e entidades públicas – neste caso, incluídos os órgãos e agentes do Poder Judicial com a limitação de que atuação não implique a quebra de independência da função jurisdicional⁴⁶ – como todos os agentes que exercem função pública de forma delegada, a legislação polonesa estabelece clara conexão entre sua natureza e uma racionalidade de tipo material. É o que se pode notar pelo disposto no art. 1º, inciso III, da Lei de 17 de julho de 1987:

“El Comisionado deberá investigar, en casos referentes a la protección de los derechos cívicos y libertades, si, como resultado de cualquier acción u omisión por parte de organismos, organizaciones

⁴⁵ Essa função é reafirmada no art. 218 da Constituição: *“El Comisionado para la Protección de Derechos Civiles deberá proteger las libertades humanas y cívicas y derechos establecidos en la Constitución y en otras leyes”*.

⁴⁶ Nos termos do art. 14, alínea “b”, a limitação em relação ao Poder Judiciário está posta como segue: *“dicha moción no deberá violar la independencia del Poder Judicial”*.

o instituciones públicas que deben observar e implementar tales derechos y libertades, se produjo la violación de la ley o de los principios de vida en comunidad y justicia social”.

Sobressai também no modelo polonês a ampla legitimação processual conferida ao Comissário. MAIORANO com precisão a resume:

“Legitimación procesal [...] Ello le permite solicitar la iniciación de audiencias preliminares, por parte del fiscal correspondiente en casos criminales promovidos de oficio; la iniciación de procesos civiles y pudiendo participar en ellos con los mismos derechos del fiscal público.

Está facultado, asimismo, para requerir la iniciación de procedimientos administrativos, apelar una decisión ante un Tribunal Administrativo y participar en tales procedimientos con los mismos derechos del fiscal público. Puede solicitar la anulación de una decisión válida en procedimientos relacionados con casos de delitos menores, de acuerdo con los principios y formas definidos en las disposiciones legales.

La ley vigente le concede también la potestad de presentar recursos extraordinarios en contra de

decisiones judiciales."⁴⁷

Além dessa condição distintiva dos demais *ombudsmen*, o Comissário da Polônia tem a faculdade de dirigir-se ao Tribunal Constitucional para "*solicitar una interpretación vinculante de las leyes*" e dirigir-se à Corte Suprema "*para requerer la elaboración de resoluciones a fin de explicar disposiciones legales que podrían parecer vagas o cuya aplicación puede llegar a originar discrepancia en cuanto a decisiones judiciales*" (art. 16).

O acatamento dos elementos característicos tradicionais do instituto, somado às especificidades acima aludidas, tem caracterizado a experiência da Polônia como paradigmática para os países em desenvolvimento. Ademais desses fatores, ressalte-se a extraordinária aceitação e ampla credibilidade do *Comisionado para a Proteção dos Direitos Cívicos* junto à sociedade polonesa.⁴⁸

1.11 União Européia: *Ombudsman* Europeu⁴⁹

A primeira, e certamente a única, iniciativa

⁴⁷ MAIORIANO, Jorge. *El ombudsman: defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*. Tomo I. 2.ed. Buenos Aires: Macchi, 1999. p. 144.

⁴⁸ Para que se possa ter uma noção do alcance dessa instituição no país, basta notar alguns dados: em apenas um ano (maio de 1997 e maio de 1998) foram recebidas, pelo escritório do *ombudsman*, 31.282 solicitações, reclamações ou queixas (apenas 5% a mais do que o ano anterior); 47.410 correspondências (1, 4% a mais do que o período anterior); 3.023 visitas de pessoas para consulta ou assistência (MAIORIANO, ob. cit. p. 148-149).

⁴⁹ Convencionou-se denominar o *Ombudsman Europeu* de acordo com a tradição lingüística de cada país; assim, pode ser denominado de Provedor de Justiça Europeu (nos países de língua portuguesa), *Defensor del Pueblo* Europeu (nos de língua espanhola), Comissário Parlamentar Europeu (nos de língua inglesa) etc.

comunitária, foi formalizada em 1992 pelo Tratado de Maastricht, ao criar um *Ombudsman* Europeu no âmbito da União Européia.

Não obstante essa iniciativa ter sua origem em 1950, na Convenção de Roma – quando se recomendou a designação de *“una personalidad independiente encargada de prestar asistencia a los recurrentes para la presentación de su demanda ante la Comisión Europea de los Derechos Humanos”*⁵⁰ –, a previsão de 1992 consagra um *ombudsman* voltado não para a defesa de direitos, mas para o controle dos órgãos da União Européia. É o que se pode concluir do disposto no art. 2, inciso I, da Decisão do Parlamento Europeu relativa ao Estatuto e às condições gerais de exercício das funções de Provedor de Justiça Europeu:⁵¹ *“Nas condições e dentro dos limites fixados pelos Tratados acima referidos, o Provedor de Justiça deverá contribuir para detectar os casos de má administração na acção das instituições e organismos comunitários”*.⁵²

O conceito francês de “má administração”, por ter sido objeto de inúmeras controvérsias doutrinárias, na cartilha explicativa oficial, editada pela oficina do *Ombudsman* Europeu, foi assim explicado:

“Má administração significa administração insuficiente ou deficiente. É o que ocorre quando uma instituição não faz o que deveria fazer, ou faz mal ou

⁵⁰ ROBLES, Gil & DELGADO, Álvaro Gil. *El control parlamentario de la Administración*. 2.ed. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública, 1981. p. 154.

⁵¹ Publicado em Estrasburgo, em 9 de março de 1994, pelo Parlamento Europeu, então presidido pelo Dr. Egon KLEPSCH.

⁵² DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO [on line]. www.euro-ombudsman.eu.int [disponível em 11.jan.1999]. p. 2.

*faz algo que não deveria fazer. Mencionamos a título de exemplo: irregularidades administrativas; injustiças, discriminação, abuso de poder, ausência ou recusa de informação; e, atrasos indevidos”.*⁵³

Assim, não obstante a amplitude do conceito, o *Ombudsman* Europeu permanece tendo como função manifesta o controle dos órgãos e entidades comunitárias. Entre estes, são considerados os principais: Comissão Europeia; Conselho da União Europeia; Parlamento Europeu; Tribunal de Contas; Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias; Comitê Econômico e Social; Comitê das Regiões; Instituto Monetário Europeu; Banco Central Europeu, e Banco Europeu de Investimento. A competência do *Ombudsman* Europeu alcança todos estes órgãos, embora, em relação ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, não sejam objeto de seu controle os atos praticados em sede de sua função tipicamente jurisdicional (art. 2, I).

Qualquer pessoa da União Europeia, singular ou coletiva, desde que com residência ou sede estatutária em um dos Estados-Membros, pode, diretamente ou por intermédio de um deputado do Parlamento Europeu, recorrer aos seus serviços, em caso de imputação de má administração a um dos organismos ou instituições da comunidade europeia (art. 2, II). É necessário o esgotamento das vias administrativas e o acatamento de um prazo decadencial de dois anos, contados a partir do conhecimento do fato (art. 2, IV).

Tal como tem sido característica dos demais *ombudsmen*, ao Europeu é concedido agir também de ofício. Entretanto,

⁵³ *Id., ibidem.*

seu acesso aos documentos que estejam em posse de um Estado-Membro, é condicionado (1) após prévia comunicação e (2) à existência de um convênio entre a União Europeia e o Estado-Membro (art. 3º, II). Tais condições, entretanto, não são necessárias no caso de informações, vez que dispõe o inciso III, do art. 3º do referido diploma:

“As autoridades dos Estados-Membros são obrigadas a fornecer ao Provedor de Justiça, a seu pedido, por intermédio das Representações Permanentes dos Estados-Membros junto das comunidades Europeias, todas as informações que possam contribuir para esclarecer casos de má administração por parte das instituições ou organismos comunitários, excepto se tais informações estiverem abrangidas por disposições legislativas ou regulamentares relativas ao sigilo ou por qualquer outra disposição que impeça a sua transmissão. Todavia, neste último caso, o Estado-Membro interessado poderá permitir ao Provedor de Justiça que tome conhecimento das informações em causa, desde que este se comprometa a não divulgar o seu conteúdo”.

Qualquer descumprimento deste preceito ou falta de assistência de um Estado-Membro ao *Ombudsman* Europeu, nos termos do art. 4 do referido diploma, deverá ser objeto de comunicação ao Parlamento Europeu. Na hipótese de uma sua recomendação ser desatendida, fará o mesmo, entretanto desta feita em sede do seu relatório anual, apresentado no final de cada “sessão anual” (art. 3º,

VIII).

Nos termos deste Estatuto, o *Ombudsman* Europeu poderá estabelecer mecanismos de cooperação com os *ombudsmen* de outros Estados-Membros, respeitando as legislações nacionais aplicáveis (art. 5º). Dessa previsão poderá decorrer a organização de uma rede de *ombudsmen*, similar ao do Conselho Andino de Juristas, com excelentes reflexos do ponto de vista do fortalecimento dos *ombudsmen* nacionais.

Saliente-se que, em face da exigência de que o titular deste importante cargo tenha “*experiência e competência notória para o desempenho das funções de Provedor de Justiça*”,⁵⁴ em regra, o Parlamento Europeu tem escolhido cidadãos que já assumiram funções similares nos Estados-Membros.⁵⁵

Diferentemente do que tem sido tradicional nos Estados Nacionais, o titular do cargo é destituído de suas funções pelo Tribunal de Justiça, mediante a imprescindível provocação do Parlamento Europeu (art. 8). Ainda que atípica, a adstrição da legitimidade do pedido ao Parlamento não abala sua independência em relação aos demais *ombudsmen*.

Aliás, ainda que assim não o fosse, a importância

⁵⁴ Além dessa exigência, o art. 6, inciso II, impõe que o cargo seja ocupado por cidadãos que estejam no exercício de seus direitos civis e políticos e que “*ofereçam todas as garantias de independência e reúnam as condições necessárias no seu país para exercer as mais elevadas funções jurisdicionais*”.

⁵⁵ Inova a União Européia, também, ao exigir que o *ombudsman* ao tomar posse preste um juramento nos seguintes termos: “*exercer as suas funções com total independência e imparcialidade e a respeitar, enquanto durarem as suas funções e após a sua cessação, as obrigações decorrentes do seu cargo, nomeadamente as obrigações de honestidade e discricção relativamente à aceitação, após a referida cessação, de determinadas funções ou benefícios*” (art. 9º, II).

dos atributos da independência e autonomia não foi desconsiderada pela União Européia, que expressamente a assegura, no art. 9 do referido diploma⁵⁶ e em outras disposições que estabelecem o direito a um orçamento próprio, votado pelo Parlamento a cada seção (art. 12).

Como se pode notar nas disposições deste estatuto do *Ombudsman* Europeu, sua função está adstrita ao controle das instituições e organismos comunitários, não havendo nenhuma manifestação de que sua atribuição seja voltada à defesa dos cidadãos que estejam no âmbito de sua jurisdição.

Não obstante, este fato isoladamente não o conduz para o primeiro modelo típico-ideal estabelecido neste Capítulo. E isso, fundamentalmente, porque implementa um controle que não se restringe ao de legalidade. Como visto, a definição oficial de “má-administração” contempla diversos valores extrajurídicos ou extraformais, o que indica a operacionalização, preponderante ou não, de uma racionalidade de tipo material.

Assim, e considerando as hipóteses defendidas nesta tese doutoral, só seria possível tipificar essa experiência comunitária em torno de um modelo típico-ideal, analisando o ambiente institucional em que se situa, no caso, os órgãos e as instituições da União Européia. Apenas a partir dessa análise seria possível estabelecer a racionalidade preponderante e sua adequação significativa ao instituto

⁵⁶ São termos desse artigo: “*O Provedor de Justiça exercerá as suas funções com total independência [...] No desempenho das suas funções, não solicitará nem aceitará instruções de nenhum governo ou organismo, devendo abster-se de qualquer ato incompatível com o carácter de suas funções*”.

em estudo.

1.12 O instituto do *ombudsman* na América Latina

A aceitação do instituto do *ombudsman* na América Latina e no Caribe não foi menor que na Europa. Conforme indicado na nota de número 44, não menos que 17 países já implantaram oficinas de defensores ou ouvidores,⁵⁷ todas após o período de democratização do Continente, iniciado na década de oitenta.⁵⁸

Entre os Estados soberanos do Continente,⁵⁹ a primeira iniciativa foi institucionalizada em 1976, em Trinidad e Tobago. Com *status* constitucional, esta possui as principais características do instituto do *ombudsman*. Indicado pelo Presidente, após consulta ao Primeiro Ministro e a ao líder de oposição (art. 91, inciso II, do *Act n. 4*), o *ombudsman* possui mandato de cinco anos, com ampla competência definida nos seguintes termos:

⁵⁷ Expressões respectivamente utilizadas nos países de língua espanhola e portuguesa. A opção pela utilização do termo “ouvidor” para designar o instituto do *ombudsman* foi concretizada, pela primeira vez no Brasil, com a implantação da Ouvidoria Geral do Município de Curitiba. Como já sublinhado, “entre diversas denominações sugeridas (*corregedor administrativo, provedor, defensor do povo, procurador*) resolvemos optar pelo resgate de uma instituição colonial com grande repercussão no Brasil-Colônia: o Ouvidor-Geral, um juiz superior com ampla competência sobre todo o território nomeado diretamente pela Coroa” (GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *Ouvidor Geral. O ressuscitar de uma expressão colonial*. Florianópolis: CPGD/UFSC, mimeo. p. 04).

⁵⁸ Segundo MAIORANO, o desenvolvimento do instituto no Continente, em face da celeridade de sua expansão, “constituye uno de los fenómenos más singulares de los últimos años en los países del área [...]” (ob. cit. p. 334).

⁵⁹ Descartando a condição de Estado soberano, a primeira iniciativa ocorreu em Porto Rico, em 1977. Em seguida seria a *Oficina del Ombudsman de la Comisión del Canal de Panamá*, instituída por força dos tratados celebrados entre este país e os EUA, subscritos em 1977, pelo primeiro, e em 1978 pelo segundo.

“Art. 93 – [...] The principal function of the Ombudsman shall be to investigate any decision or recommendation made, including any advice given or recommendation made to a Minister, or any act done or omitted by any department of Government or any other authority to which this section applies, or by officers or members of such a department or authority, being taken in exercise of the administrative functions of the department or authority”.⁶⁰

Entre as poucas restrições no âmbito de sua competência, encontram-se a proibição de estabelecimento de taxas e o acesso às informações pertinentes às declarações de rendas, além de outras tradicionalmente fixadas para o instituto.

Saliente-se que, na dicção dos art. 97 e 98 do mesmo diploma, o *ombudsman* de Trinidad e Tobago tem seus poderes, garantias e modo de funcionamento estabelecidos pelo Parlamento. Entre os poderes cabe salientar o disposto no inciso II do art. 98, que confere *status* similar ao dos membros da Suprema Corte, não só para convocar testemunhas, como para exame, requisição e retenção de documentos públicos de qualquer natureza. Entre suas prerrogativas, cabe salientar o fato de ser obrigado pessoalmente, ou por meio de seus

⁶⁰ *“Art. 93 – [...] A principal função do ombudsman será investigar qualquer decisão ou recomendação feita, incluindo qualquer conselho ou recomendação feita a um Ministro, ou qualquer ato praticado ou omitido por qualquer departamento do governo ou qualquer outra autoridade para quem esta seção aplica-se, ou por funcionários ou membros de um departamento ou autoridade, quando no exercício das funções administrativas da autoridade departamental”* (tradução livre).

prepostos, a prestar informações obtidas no exercício de suas atribuições legais (inclusive junto à Suprema Corte), além de possuir as mesmas imunidades deferidas aos membros do Parlamento.

A segunda iniciativa, que em face de sua repercussão merece destaque, ocorreu nove anos depois (1985) na Guatemala,⁶¹ com a instituição do *Procurador de los Derechos Humanos*, consignada no capítulo das “Garantias Constitucionais e Defesa da Ordem Constitucional”, da Constituição Guatemalteca. A similitude desse cargo com o de *ombudsman* transparece claramente nos arts. 273 e 274 da referida Carta Constitucional, que dispõe:

“Art. 273 – El Procurador de los Derechos Humanos es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución garantiza. Tendrá facultades de supervisar la administración; ejercerá su cargo por un período de cinco años y rendirá informe anual al pleno del Congreso, con el que se relacionará a través de Comisión de Derechos Humanos.

[...]

Art. 275 – El Procurador de los Derechos Humanos tiene las siguientes atribuciones:

a) promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa

⁶¹ Outras iniciativas – como a da Costa Rica, em 1982, com a criação da *Procuraduría de Derechos Humanos*; de Honduras, no mesmo ano, com a constitucionalização da *Dirección de Probidad Administrativa* (art. 232); ou do México, no ano seguinte, com a instituição da *Procuraduría de Vecinos de Colima* – surgiram em vários pontos do território latino-americano, mas todas ainda inconfundíveis com o instituto do *ombudsman*.

gubernamental, en materia de Derechos Humanos;

- b) investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas;*
- c) investigar toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona, sobre violación a los Derechos Humanos;*
- d) recomendar privada o publicamente por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales [...].”*

A partir da previsão na Constituição guatemalteca, o instituto se estendeu para o México (1990), El Salvador (1992), Colômbia (1992), Costa Rica (1992), Honduras (1992), Argentina (1993), Nicarágua (1995), Paraguai (1995), Peru (1996), Panamá (1996), Bolívia (1997), Equador⁶² (1997), Venezuela (1999), Guiana (1966), ademais de projetos já concluídos e ainda não aprovados, como no caso do Chile e de Belize, além de diversos países, como o Paraguai e o Brasil, que contam com o instituto em nível regional, local ou setorial, conforme será visto posteriormente.

Sobressai, como traço comum do instituto na América Latina, a tutela expressa dos direitos humanos. Como disse

⁶² No Equador merece destaque a ênfase que vem se dando em relação à ampliação da competência do *ombudsman* para as relações de consumo. Segundo informe do *Defensor del Pueblo* do Equador, a defensoria “*tiene prevista la creación de organizaciones de defensa del consumidor en 20 provincias del país hasta diciembre de 1999. Otra de las prioridades de 1999 será la difusión de los derechos del consumidor*” (*Informe regional del capítulo Latinamericano y del Caribe al Consejo Directivo*. Tegucigalpa, set.1999. p. 15).

MADRAZO, *“aquí, la simiente ha germinado en tierras muy difíciles de labrar. [...] La institución ha de trabajar en la defensa de los derechos humanos en un ambiente donde su cultura de aceptación, promoción y respeto no es general; y donde la arbitrariedad y la impunidad golpean su de por sí frágil presencia”*.⁶³ Talvez, em face dessa característica, a legitimidade de acesso aos *ombudsmen* do Continente alcance em geral – além dos cidadãos no gozo de todos os direitos –, estrangeiros, reclusos e detentos, pacientes internos em estabelecimentos psiquiátricos, menores etc. Nesse sentido, vale a menção do art. 3º da Lei n.º 1.818 da Bolívia: *“Toda persona sin excepción alguna puede acudir al Defensor del Pueblo”*.

Outra característica que deve ser salientada, presente em todos os *ombudsmen* latino-americanos, é sua atribuição no âmbito da discricionariedade administrativa. Nesse sentido, a Lei n.º 24.284 da Argentina constitui-se em expressivo exemplo:

“Art. 14 – El Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos”.

⁶³ MADRAZO, Jorge. *El ombudsman criollo*. México: Academia Mexicana de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996. p. 18.

Em resposta aos profundos déficits sociais presentes na região, conjugados com os efeitos decorrentes das distorções estruturais dos Estados latino-americanos, alguns *ombudsmen* têm se distinguido das iniciativas encetadas no Primeiro Mundo pela ampliação do plexo de competências, tradicionalmente reservadas ao instituto.

A *Ley del Defensor del Pueblo* da Bolívia (Lei n.º 1.818), por exemplo, estabelece, além das atribuições características, outras de expressiva percussão na comunidade:

“1 – Interponer [...] recursos de inconstitucionalidad, directo de nulidad, de amparo y habeas corpus, sin necesidad de mandato; [...] 4 – formular recomendaciones, recordatorios de deberes legales y sugerencias para la adopción de correctivos y medidas a todos los órganos de la administración pública, al Consejo de Judicatura o la Fiscalía General de la Nación cuando los hechos se relacionen a la administración de justicia o constituyan delito; 5 – proponer modificaciones a Leyes, Decretos y Resoluciones no judiciales, relativas a los derechos humanos; 6 – el defensor deberá vigilar la situación de las personas privadas de libertad [...] Para ese efecto, y para fines de registro el Defensor deberá ser informado por escrito de todo arresto, apresamiento o detención que realiza en el territorio nacional [...]”.

Para o exercício de tais funções, além de amplas

garantias, o referido diploma assegura ao Defensor poderes para atuar inclusive na hipótese de estado de sítio (art. 11, inciso XI). Nos casos de negativa de acesso a documentos públicos reservados ou secretos, esta só será admitida mediante certidão, da qual tomará obrigatoriamente conhecimento o Congresso Nacional (art. 23).

O Peru, igualmente, além de recepcionar algumas das atribuições acima referidas (sugestão legislativa, legitimação ativa para todas as ações constitucionais, promoção de tratados internacionais, registro de presos), atribui poderes para que o Defensor atue em qualquer fase dos processos de *habeas corpus* “*para coadyuvar la defensa del perjudicado*” (art. 9, inciso II, da Lei n.º 26.520).

Honduras, por sua vez, inclui no âmbito da competência do *ombudsman* relações como as de família “*conocer, a petición de parte, los casos de violencia que perjudiquen la integridad moral, psíquica y física de los cónyuges, descendientes y demás miembros de la familia*” (art. 9, inciso VI, do Decreto n.º 153-95), a segurança alimentar e as de crianças desprotegidas, assim como o respeito à dignidade e imagem da pessoa humana (art. 9, inciso VIII, do referido Decreto).

Com objetivo de articular e fomentar iniciativas voltadas ao instituto do *ombudsman*, diversos organismos internacionais atuam no Continente, como é o caso do *Instituto Latinoamericano del Ombudsman*, *Consejo Andino de Defensores del Pueblo* e *Capítulo Latinoamericano y del Caribe* do *International Ombudsman Institute*.

2. Adequação significativa do instituto

O segundo modelo típico-ideal do instituto do *ombudsman* tem seu marco temporal iniciado na primeira manifestação constitucional de um Estado de Bem-Estar Social que contemplou o instituto em estudo, qual seja, a Constituição norueguesa de 1962. Seu termo final coincide com as primeiras rupturas nesse modelo de Estado, iniciadas nos anos oitenta, decorrentes da expansão do gerencialismo inglês⁶⁴ e da implementação das políticas neoliberais no continente europeu.

Assim, a análise da adequação significativa do instituto ao ambiente em que se situa envolve o período de constituição e consolidação de uma racionalidade de outro tipo, implementada a partir da ampliação das funções do Estado Liberal, ocorrida de maneira homogênea

⁶⁴ 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 *Escrutínios 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, vejam-se os seis princípios norteadores no programa *Citizen's Charter*: “a) divulgação dos padrões esperados pelos serviços e seu desempenho 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 de que a nação dispõe. Deve haver uma validação independente do desempenho em relação a esse item” (MACEDO, Ernandez M. & ALVES, Andrea M. Reforma administrativa: o caso do Reino Unido. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 3, p. 63-79, set.-dez. 1997. p. 69).

nos países da Europa Ocidental.⁶⁵

Ainda que essa transformação tenha sido iniciada no final do século XIX,⁶⁶ é só após a Segunda Guerra Mundial que esse modelo de Estado se consolida. Como leciona REGONINI,

*“É preciso chegar à Inglaterra dos anos 40 para encontrar a afirmação explícita do princípio fundamental do Welfare State: independentemente da sua renda, todos os cidadãos, como tais, têm direito de ser protegidos – com pagamento de dinheiro ou com serviços – contra situações de dependência de longa duração (velhice, invalidez...) ou de curta (doença, desemprego, maternidade...)”.*⁶⁷

Como visto, desde o nascimento do Estado Liberal – fundado a partir de uma vigorosa centralização e racionalização do poder, determinada pela necessidade de expansão do modo de produção capitalista – o controle e contenção do poder, pela legalidade,

⁶⁵ Segundo MATOSSO, *“as importantes diferenças nacionais resultantes das distintas circunstâncias históricas não ocultariam, entretanto, o padrão geral de desenvolvimento e seu extraordinário poder dinâmico”* (MATOSSO, Jorge. *A desordem do trabalho*. São Paulo: Scritta, 1995. p. 55).

⁶⁶ A doutrina tem indicado como marco inicial dessas transformações as leis editadas por BISMARCK, entre 1882 e 1889, na Prússia, as quais – ao estabelecerem um sistema de seguros obrigatórios aos trabalhadores –, acabaram conformando um primeiro modelo de sistema previdenciário. A Inglaterra, na primeira década deste século, daria o segundo passo decisivo na constituição desse modelo de Estado, com a reestruturação do sistema social no sentido de privilegiar a progressividade e com a efetivação de um amplo seguro social de saúde.

⁶⁷ REGONINI, Glória. Estado de Bem-Estar. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Luís Guerreiro Pinto Cacaís *et alii*. Brasília: Edunb, 1983. p. 417.

constituíam o fundamento de sua própria legitimação.

Com o advento do Estado de Bem-Estar Social, essa relação entre controle, legalidade e legitimação altera-se profundamente, mudando os termos da relação entre Direito, Política e Economia, ou, mais precisamente, entre legalidade, legitimidade e modo de produção.

A legitimidade, neste modelo de Estado, não mais é alcançada apenas pelo cumprimento dos preceitos normativos. Ainda que se lhe aplique o princípio do Estado de Direito formal – composto, segundo CANOTILHO, pelos princípios *“racionalizadores e limitadores das medidas intervencionistas – princípio da liberdade”*⁶⁸ – definem-se como suas funções outros, como o princípio do “compromisso conformador ou constitutivo” (pelo qual cabe *“ao Estado intervir na sociedade para melhor assegurar as formas de existência social”*⁶⁹ e o princípio *“da democratização da sociedade”* (pelo qual o Estado se *“obriga a intervenções de carácter económico e social tendentes à prossecução do princípio da igualdade”*).⁷⁰

Coerentemente com esses princípios, ao contrário da estrutura constitucional essencialmente negativa do Estado Liberal, CANOTILHO afirma que a do Estado Social é essencialmente positiva, vez que *“(1) constitui e conforma a sociedade através da imposição de fins e tarefas aos poderes públicos; (2) consagra, ao lado dos direitos negativos, direitos fundamentais de natureza positiva, que implicam direitos de*

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 77.

⁶⁹ *Id., ibidem.*

⁷⁰ *Id., ibidem.*

participação e direitos a prestações, ou seja, direitos através do Estado".⁷¹

GORDILLO divide com ANDRADE o mesmo entendimento:

*"A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar, é que enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas as quais antes não se sentia obrigado".*⁷²

A defesa e mesmo a implementação dos direitos pelo Estado passa a ser, assim, elemento essencial de sua legitimação. Essa positividade altera substancialmente a racionalidade preponderante na espacialidade do Estado e, conseqüentemente, na do Direito. Como diz GOZZI, *"a racionalidade weberiana, que é a racionalidade do Estado de direito, é incompatível com a nova racionalidade"*.⁷³

Já não é bastante o atendimento aos preceitos da Lei. Da Administração demanda-se mais: a implementação de direitos para cujo exercício são necessárias decisões de ordem política. A legitimação recepciona a carga política que houvera perdido no Estado Liberal. E, com isso, os vínculos e as atenções da burocracia com a realidade empírica readquirem o peso que havia perdido já nos albores

⁷¹ *Idem.* p. 79.

⁷² *Id., ibidem.*

⁷³ GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Luís Guerreiro Pinto Cacaís *et alii*. Brasília: Edunb, 1983. p. 407.

da modernidade. Como leciona GOZI,

*“A nova racionalidade administrativa se compreende levando em conta a tendência da administração para a politicização, porquanto é a ela que agora incumbe a tarefa de assegurar a legitimação da decisão política: não uma legitimação legal, mas uma legitimação de tipo sublegal, baseada em processos empíricos de busca do consenso”.*⁷⁴

Tais processos empíricos de busca de consenso conduzem o Estado à adoção de uma racionalidade informada não apenas pela lei abstratamente considerada, mas a valores extrajurídicos, como a justiça, a equidade, a universalidade, a moralidade, a transparência, que conformam o que WEBER denominava de “racionalidade material”.

Para demonstrar essa mudança, OFFE utiliza o conceito de *“processo de conversão de direção exatamente oposta”*.⁷⁵ Segundo ele, no Estado Liberal a orientação da ação administrativa se dava por meio de regras gerais e fixas, com vistas à precisão, à constância, à disciplina, à confiabilidade, à calculabilidade e à previsibilidade das decisões do Poder Público. Nesse período *“a ação está vinculada a inputs que não podem ser nem ampliados, nem modificados, nem diluídos. O princípio da ‘adequação ao texto’ é*

⁷⁴ *Idem.* p. 408.

⁷⁵ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 220.

exemplo disso: para o funcionário público só tem relevância o que está por escrito".⁷⁶

No Estado de Bem-Estar Social, segundo OFFE, essa orientação altera-se, apresentando uma *"situação exatamente oposta"*.⁷⁷ A Administração Pública atua sob o influxo de outras premissas de ação, informadas já não pelo texto da lei, mas pela funcionalidade empírica. Tais premissas,

"em vista das quais a ação administrativa se racionaliza, consistem em resultados concretos e definidos, que muitas vezes podem ser apreendidos sob a forma de concepções gerais de equilíbrio mas adquirem um significado muito concreto de acordo com certas condições circunstanciais específicas, dependentes da situação".⁷⁸

Como leciona OFFE, em outra passagem, *"as premissas da ação administrativa não são mais as regras que precisam ser seguidas sem restrições, e sim recursos, avaliados do ponto de vista de sua adequação a certas tarefas"*.⁷⁹

Daí concluir que,

"na medida em que os preceitos jurídicos precisam ser vistos como contingentes, na perspectiva de sua adequação para certas tarefas virtualizados e

⁷⁶ *Idem.* p. 216.

⁷⁷ *Idem.* p. 220.

⁷⁸ *Id., ibidem.*

⁷⁹ *Idem.* p. 221.

relativizados em sua generalidade abstrata por critérios de oportunidade e de interpretação, eles se tornam impróprios para a legitimação de uma ação administrativa que mantenha com a legalidade essa relação reflexiva. Em outras palavras: no momento em que as normas jurídicas se tornam utilizáveis do ponto de vista de sua adequação para tarefas concretas, elas perdem por isso mesmo sua capacidade de legitimar”.⁸⁰

Sem contar com a legitimidade como fundamento de suas ações, a ação administrativa social-estatal “*se coloca na dependência de legitimações extra-legais*”.⁸¹ Com isso, implementa-se um outro tipo de racionalidade no espaço estatal. O funcionário, ainda que permaneça nos limites da lei, é informado por outros elementos que, para além do princípio da legalidade, são essenciais do ponto de vista da legitimação de sua ação.

Além dessa ampliação do custo de legitimação – decorrente do princípio “*compromisso conformador ou constitutivo*” e do princípio “*da democratização da sociedade*”, indicados por CANOTILHO – outro custo é imposto à máquina administrativa do Estado: a legitimação do próprio mercado, em virtude da progressiva

⁸⁰ *Idem.* p. 223.

⁸¹ *Idem.* p. 224.

vinculação da economia à decisão político-administrativa.⁸²

A crescente ampliação do custo de legitimação política, somada aos efeitos decorrentes das pressões e contradições do sistema capitalista, acabou por determinar 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 jurídico-administrativos de implementação do programa sócio-estatal não conformam 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”.*⁸³

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

⁸² Segundo HABERMAS, a progressiva vinculação da economia à decisão político-administrativa, mediante a implementação de políticas salariais, creditícias, tributárias, de consumo e produção, acaba gerando hiatos funcionais no mercado, retirando deste sua capacidade de autolegitimação (*apud* PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Trad. Argelina C. Figueiredo *et alii*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. p. 96-97). PRZEWORSKY resume com precisão esse entendimento: “o Estado foi entrando e, por meio do planejamento global, substituiu o mercado. A partir desse momento a lei de valor deixou de operar. O mercado perdeu a capacidade de dirigir a economia. Os recursos passaram a ser alocados por decisões administrativas [...] Finalmente, assim como perdera sua função diretiva, o mercado perdeu sua capacidade de legitimação” (*idem, ibid.*). OFFE, na trilha de HABERMAS, vai mais além, ao afirmar que o planejamento econômico acaba por “desmercantilizar” as relações de mercado. Um processo bastante sofisticado, pelo qual o Estado, ao retirar do mercado o valor da força de trabalho e os recursos alienáveis, acaba arcando com o ônus da legitimação que antes não lhe pertencia (OFFE, Claus. *Contradicciones en el Estado del bienestar*. Trad. Antonio Escotado. México: Pátria; Madrid: Alianza, 1990. p. 26-27).

⁸³ HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência. A crise do Estado de Bem-Estar Social e o esgotamento das energias utópicas. Trad. Carlos Alberto Marques Novaes. *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, CEBRAP, n. 18, p. 103-114, set. 1987. p. 109.

lado, ao crescimento e à autonomização da classe burocrático-administrativa⁸⁴ e, de outro, à conflitualidade imanente entre as demandas de legitimação e as voltadas para a acumulação capitalista.

Sem dúvida, esta passagem do Estado Liberal ao de Bem-Estar Social não só acentuou o desequilíbrio na relação sociedade civil-Estado e a complexificação dos canais institucionais nas quais tradicionalmente se estabeleciam os termos dessa relação, mas, com isso, tornou evidente a obsolescência dos instrumentais jurídicos convencionais que norteavam a criação, normatização e funcionamento dos condutos por meio dos quais se realiza a comunicação entre sociedade civil e o Estado Liberal.

Além disso, a seletividade⁸⁵ político-administrativa operante nesses condutos cada vez mais sofisticados acaba por estabelecer um conjunto crescente 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 distorção de importantes conteúdos da vontade popular, a descolagem dos partidos dos contextos sociais vitais e a desativação de

⁸⁴ Segundo dados veiculados pelo Banco Mundial, no *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial* de 1997, o gasto total dos Estados, em relação ao PIB, que entre 1870 e 1913 girava em torno de 10%, em 1937 atingia cerca de 20% e saltou para cerca de 50% em 1980 (BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial*. s/trad. Washington: Banco Mundial, 1997. p. 2).

⁸⁵ OFFE denomina de seletividade “*regras de exclusão institucionalizadas*” ou “*não acontecimentos relevantes*”, que podem ter três naturezas: socioestruturais (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*, ob. cit. p. 148).

quadros são alguns sintomas⁸⁶ que permitem compreender as dificuldades dos partidos políticos em 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 relação.⁸⁷

Assim, a grande maioria dos impulsos surgidos do social e conduzidos à esfera estatal passa a ser acolhida no entrechoque de duas forças inconciliáveis: a necessidade de acumulação capitalista, de um lado, e a necessidade de legitimação, de outro.⁸⁸ 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*

⁸⁶ Ver OFFE, ob. cit. p. 314 e segs.

⁸⁷ A propósito, leciona FERRAZ: *“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 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, Revista dos Tribunais, n. 84, p. 157-161, out.-dez., 1987. p. 159).

⁸⁸ OFFE, ob. cit. p. 356 e segs.

membros podem se recusar economicamente".⁸⁹ Assim, o controle pelo "não", exercido pela classe capitalista às políticas públicas voltadas à legitimação, acaba por dificultar a implementação das funções sociais do Estado, colocando em risco sua própria capacidade de reprodução política.

Para reduzir os riscos decorrentes dessa intensa conflitualidade que se opera no interior de um Estado que, no dizer de POULANTZAS, "*torna-se, ele mesmo, uma arena de lutas*",⁹⁰ o âmbito e as estratégias de controle são alterados e especializados. Intensificam-se os mecanismos de controle de procedimento, inter e extra-orgânicos, adstritos não apenas ao cumprimento formal da lei, mas ao atendimento de pressupostos e requisitos extrajurídicos, observáveis empiricamente. Princípios como o da finalidade e motivação, por exemplo, passam a operar como elementos de controle da conexão lógica e necessária entre a "realidade normativa" e a "realidade empírica".⁹¹ Termos-conceitos como moralidade, justiça e interesse público, além de sua percussão ideológica, assumem uma natureza instrumental, no sentido de conformar a ação administrativa aos novos cânones da legitimação política.

Adequado significativamente a essas transformações, o instituto do *ombudsman* acaba também recepcionando na lógica de seu funcionamento essa atenção a valores extrajurídicos, típicos de uma racionalidade material. Desloca-se, desse modo, o âmbito de competência

⁸⁹ OFFE, *apud* CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. Trad. equipe de tradução da PUCCAMP. Campinas: Papirus, 1986. p. 175.

⁹⁰ *Idem*. p. 160.

⁹¹ Expressões utilizadas por GORDILLO em: GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais do Direito Público*. Trad. Marcos Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

do instituto 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 “*detournement de pouvoir*”;⁹² 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*”;⁹³ ou, como quer NEBENZA, “*actuación administrativa simplemente errónea*”;⁹⁴

Assim é que, desde a institucionalização do *ombudsman* na Noruega, o controle da legalidade deixa de ser o centro finalístico da preocupação legislativa. Nesse sentido, a Lei de 22 de junho de 1962 não deixa dúvida a respeito:

“Art. 3º – La misión del Ombudsman, como persona de confianza del Parlamento, según lo que queda establecido en esta Ley y en sus instrucciones, es la de intentar garantizar que no se cometa ninguna injusticia por la Administración contra el ciudadano individual”.

Com a alteração do tipo de racionalidade preponderante, não é só a legalidade que perde sua centralidade nas ações do *ombudsman*. Modifica-se sua própria função (teleológica ou manifesta) que – de instrumento de controle – passa a instrumento de

⁹² Entendido como a utilização de uma autoridade investida para um propósito ilegal.

⁹³ MAIORANO, ob. cit. p. 26.

⁹⁴ *Apud* GRADO, Carlos Giner. *Los ombudsmen europeos*. Barcelona: Tibidabo, 1986. p. 118.

defesa dos direitos dos cidadãos. Uma mudança, diga-se, coerente com a natureza positiva da nova estrutura constitucional e da própria modificação do perfil de legitimação exigida.

Israel, nesse particular, constitui-se em bom exemplo: criado o Comissionado do Estado em 1949, sua função precípua era o controle da legalidade dos atos da administração; em 1971 acresce-se a essa função a de defesa dos direitos dos cidadãos em face de atos praticados pelos órgãos e entidades públicas.

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”.

Portugal adotaria o mesmo sentido, ao fixar na Lei n.º 9/91 que o Provedor de Justiça *“tem por função principal a defesa e a promoção dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos”* (art. 1º).

Reafirmando essa nova função consignada ao

instituto, diversos países passam a instituir *ombudsmen* para a defesa de bens e direitos específicos. Esse é o caso, por exemplo, do *Ombudsman para a Defesa do Consumidor* (Noruega, Finlândia, Costa Rica e Dinamarca), *Comissário Parlamentar para a Defesa da Privacidade* (Nova Zelândia), *Comissário para os Serviços de Saúde* (Inglaterra), *Ombudsman para a Igualdade de Oportunidades* (Suécia), *Ombudsman para a Defesa da Infância e Família* (Noruega), *Ombudsman para a Proteção da Intimidade* (Austrália), *Ombudsman para a Proteção das Minorias Étnicas* (Hungria), *Ombudsman para Assuntos Referentes à Educação* (México), *à Defesa dos Contribuintes* (El Salvador), *para Assuntos Relacionados à Liberdade de Imprensa e de Informação* (presente em mais de uma centena de países) etc.

O bem jurídico tutelado, desse modo, deixa de ser preponderantemente a legalidade no desempenho das funções administrativas, para serem os direitos e legítimos interesses do cidadão, em face do Estado e, em alguns casos, dos prestadores privados de serviços públicos. Nesse particular, saliente-se que a atuação dos órgãos e entidades da Administração descentralizada, ao receberem parcelas do Poder Público, por outorga ou delegação, acabam compondo o capital de legitimação do Estado. Assim, não haveria razão para não estarem incluídos no âmbito de competência do instituto.

Em face da modificação de sua função para a defesa dos direitos dos cidadãos, os requisitos definidos para o exercício do cargo já não acentuam o saber jurídico, exigido para o controle da legalidade. Assim, diversas legislações, como o art. 3º da Lei Orgânica da Espanha, passam a estabelecer como únicos requisitos de elegibilidade a maioria e o exercício dos direitos civis e políticos.

No mesmo diapasão, as novas legislações deixam de conferir ao *ombudsman* poderes sancionatórios e legitimação ativa para propositura de ações cíveis ou penais, como ocorria no modelo sueco. Seus poderes passam a estar restritos a investigação, recomendações e sugestões ao Poder Legislativo, o que acabou por se constituir em uma característica da instituição em relação aos demais instrumentos de controle.

Em face de a função de controle ter sido secundada, alguns países passam a ouvir o Poder Executivo no processo de designação do titular do cargo. Assim, por exemplo, a Colômbia e o México condicionam a seleção pelo Poder Legislativo à indicação dos nomes pelo Poder Executivo. De maneira inversa, a Nova Zelândia e o Panamá deferem ao próprio Executivo a designação, mediante proposta do Legislativo. E, como visto, a França e as Filipinas conferem exclusividade ao Executivo, na seleção e designação do titular do cargo.⁹⁵

Relativiza-se, igualmente, a forma de acesso do cidadão aos serviços do *ombudsman*, bem como a possibilidade de atuação de ofício. Como indicado anteriormente, disso não são exemplos a França e a Inglaterra, esta condicionando a atuação do *ombudsman* exclusivamente à provocação de um parlamentar, e aquela – ainda que contemplando a mediação de parlamentares – autorizando a atuação de ofício. Ambas, entretanto, evitando o acesso direto do cidadão como

⁹⁵ MAIORANO indica três outros modelos de designação: a) o que ocorre em Trinidad e Tobago, Santa Lúcia e Jamaica – “*países en los cuales el Ombudsman es designado por el Presidente en consulta con el líder de la oposición y el Primer Ministro*”; b) o que ocorre no Haiti, onde “*a una decisión consensuada entre el Presidente de la República y los Presidentes de la Cámara de Senadores y de Diputados*”; c) o que ocorre na Nicarágua: “*lo designa el Poder Legislativo en consulta con asociaciones civiles*”(ob. cit. p. 376).

previsto no modelo clássico.

Como se pode notar, esse conjunto – em que pesem as especificidades ditadas pelas condições espaço-temporais – alinha-se em um mesmo sentido: reduzir o déficit de legitimação política dos Estados de Bem-Estar Social.

Não se trata, como à primeira vista pode parecer, do estabelecimento de uma monocausalidade que, de um lado, concebe o Estado como instrumento das classes dominantes, e, de outro, considera os avanços institucionais no modelo de *ombudsman* como movimentos ideológicos no sentido de reduzir o impacto das lutas de classe. Nessa ótica, o sentido das modificações operadas no instituto mais não seria do que o resultado de uma estratégia institucional levada a cabo pela aliança que compõe o “*poder do Estado*”.⁹⁶

Assim, é preciso considerar, com POULANTZAS, que

“as formas e funções do Estado não são determinadas pelas relações econômicas de classe, em algum sentido abstrato, mas pela expressão histórica dessas relações na forma de luta. As classes subordinadas, portanto, também moldam o Estado, ao mesmo tempo em que é um Estado de classe, e ao mesmo tempo em que é usado pela

⁹⁶ A expressão “poder do Estado” é aqui utilizada no mesmo sentido em que foi empregado por ALTHUSSER, o qual opera com a distinção entre “poder do Estado” e “aparelho do Estado”, para formular seu conceito de “aparelho ideológico” e “aparelho repressivo”. Nesse sentido, afirma: “o objetivo das lutas de classe visa o poder de Estado e, conseqüentemente, a utilização feita pelas classes (ou alianças de classe ou frações de classe) detentoras do poder de Estado em função dos seus objetivos de classe” (ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Trad. Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença; São Paulo: Martins Fontes, 1970. p. 42).

fração dominante para estabelecer e ampliar a hegemonia capitalista dominante”.⁹⁷

OFFE, indo além de POULANTZAS e contrariando o apego de ALTHUSSER à visão do marxismo que concebe o Estado como um “instrumento” das classes dominantes, sustenta que

“O Estado nem está a serviço nem é ‘instrumento’ de uma classe contra a outra. Sua estrutura e atividade consistem na imposição e garantia duradoura de regras que institucionalizam as relações de classe específicas de uma sociedade capitalista. O Estado não defende os interesses particulares de uma classe, mas sim os interesses comuns de todos os membros de sociedade capitalista de classe”.⁹⁸

Segundo OFFE, o conceito de Estado capitalista “refere-se a uma forma institucional do poder público em sua relação com a produção material”.⁹⁹ Essa forma institucional está caracterizada, fundamentalmente, por quatro determinações: a) privatização da produção; b) dependência de impostos; c) acumulação capitalista, como ponto de referência; d) legitimação democrática. Nesse diapasão, entende que o

“Estado capitalista está sujeito a uma dupla determinação do poder político – segundo sua FORMA institucional, este poder é determinado pelas

⁹⁷ *Apud* CARNOY, ob. cit. p.161.

⁹⁸ OFFE, *Problemas estruturais*, ob. cit. p. 123.

⁹⁹ *Id.*, *ibidem*.

regras do governo democrático-representativo; segundo o seu CONTEÚDO, é determinado pelo desenvolvimento e pelos requisitos do processo de acumulação”.¹⁰⁰

HIRSCH, adotando semelhante posição, entende que a forma histórica do Estado Contemporâneo é composta pelos seguintes elementos:

“os obstáculos formais que impedem os portadores imediatos do poder estatal de ‘dispor’ sobre os meios de produção; a alimentação do aparelho estatal a partir dos descontos na renda (‘Estado de impostos’); a fragmentação das esferas do direito ‘privado’ e ‘público’; o surgimento do funcionário profissional e, deste modo, da não identidade formal da posição administrativa e da pertença a classes; finalmente, o desenvolvimento do sistema representativo parlamentar como esfera mediadora entre o aparelho estatal – aparelho de força – e a sociedade civil”.¹⁰¹

Para HIRSCH, o arranjo desses elementos na composição da forma estatal

“implica que a determinação estatal da função de garantia das condições gerais de reprodução do

¹⁰⁰ *Id., ibidem.*

¹⁰¹ HIRSCH, Joaquim *et alii*. *A teoria do Estado*. Trad. Flávio Beno Siebeicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 150.

capital tem de colidir permanentemente com os interesses de capitais particulares e de grupos e capital e com o interesse emancipatório da classe dos trabalhadores em geral”.¹⁰²

MACPHERSON, valendo-se das contribuições da teoria marxista, reconhece esse permanente confronto no interior do Estado:

“Mas agora o poder do Estado depende da continuidade da acumulação capitalista. E como agora o Estado é democrático, ele enfrenta duas novas dificuldades: tem de conciliar as exigências da acumulação com as reivindicações do eleitorado, e tem de extrair do capital uma receita cada vez maior para poder financiar seu apoio ao capital e também ao eleitorado”.¹⁰³

Para OFFE, em posição muito próxima à de MACPHERSON,

“as demandas crescentes feitas em relação ao orçamento do Estado, tanto pela mão-de-obra como pelo capital, tanto pelos setores em crescimento como pelos setores estagnados da economia, não podem levar senão a níveis sem precedentes da

¹⁰² *Id., ibidem.*

¹⁰³ MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. São Paulo: Paz e Terra, 1991. p. 94.

dívida pública e aos esforços constantes do governo para terminar ou reduzir os programas estatais de bem-estar social. Decorre daí que o crescimento econômico não se torna mais oneroso apenas em termos das rendas orçamentárias necessárias para a sua promoção. Ele se torna mais oneroso, também, em termos de legitimação política”.¹⁰⁴

Assim é que OFFE passa a indicar a imprescindibilidade dos procedimentos democráticos:

“As estruturas formais da democracia burguesa não são apenas a única alternativa realizável no contexto das relações de produção capitalistas. Elas são indispensáveis, devido à sua importância para as relações. Suas funções são de dois tipos: elas estruturam de tal forma o instrumento de direção do poder político que o aparelho estatal, mesmo ao preço de novas contradições, consegue, dentro de certos limites específicos, superar a contradição entre

¹⁰⁴ OFFE, *Problemas estruturais*. p. 398. Segundo OFFE, “A intenção estratégica da política econômica keynesiana é promover o crescimento e o pleno emprego, e a intenção estratégica do Welfare State é proteger aqueles que são afetados pelos riscos e contingências da sociedade industrial e criar uma medida de igualdade social. Essa última estratégia se torna viável apenas na medida em que a primeira é bem-sucedida, fornecendo os recursos necessários para a política do bem-estar social e limitando a extensão das reivindicações relativas a esses recursos. O efeito combinado das duas estratégias, porém, resultou em taxas elevadas de desemprego e inflação. Para dizer o mínimo, nem a política econômica, nem a política social foram capazes de evitar o desemprego e a inflação simultâneos” (idem. p. 378-379).

produção social e apropriação privada; e permitem constituir um interesse de classe (sistêmico) capitalista capaz de superar em racionalidade cada interesse individual capitalista”.¹⁰⁵

Tais contribuições parecem ser suficientes para indicar que a entronização de bens e atividades no raio tutelar do ordenamento jurídico se processa a partir do entrechoque entre (1) demandas voltadas a aumentar a legitimação política do Estado e (2) aquelas dirigidas à reprodução da acumulação capitalista, as quais são mediatizadas por (3) uma estrutura estatal relativamente autônoma.

Desse modo, as modificações ocorridas no âmbito do instituto do *ombudsman* no período em estudo ocorreram no seio de tensões e conflitos entre as demandas populares que mais diretamente afetam o potencial de legitimação do Poder Público, as voltadas para a reprodução do processo de acumulação capitalista e as do próprio Estado, também produtor de uma demanda relativamente autônoma em relação às demais.

É a partir do impacto dessas demandas que os diferentes bens e atividades são entronizados, processados e apropriados pela Administração na forma de auto-interesse institucional – instância última da produção e dos resultados da tutela estatal, consubstanciada, também, pelo novo modelo que o instituto do *ombudsman* assume nesse período.

Nessa linha de raciocínio, pode-se compreender, inclusive, a consagração de novos direitos que ocorre nesse período,

¹⁰⁵ *Idem.* p. 174.

abrigados sob a denominação de coletivos e difusos, que também passam a fazer parte dos bens objeto da tutela jurídica do instituto em estudo.

O que é fundamental, todavia, é o entendimento de que o conjunto de modificações que ocorrem no modelo tradicional do instituto foi processado em vista da legitimação política do Estado, por meio dos procedimentos democrático-representativos.

Nesse sentido, não seria exagero afirmar que o instituto, neste período, apresenta-se como conseqüência da democracia. A demonstração mais clara dessa assertiva, nos países de língua latina, pode ser encontrada na institucionalização do *Provedor de Justiça* e do *Defensor del Pueblo*, efetivada nas Constituições de Portugal e Espanha após as ditaduras de Salazar e Franco. O mesmo se diga em relação à América Latina, onde o instituto é amplamente difundido, após a queda dos regimes militares durante as décadas de oitenta e noventa.

3. Modelo Típico-ideal

Assim, a constituição de um modelo típico-ideal do instituto, neste período, nos termos desta tese, deveria estar adequado significativamente (1) a uma racionalidade preponderantemente material, (2) à legitimação política do Estado e (3) à democracia.

Ainda que, como visto, sobrevenham diversas especificidades ditadas por diferentes condições espaço-temporais, é possível estabelecer um modelo típico-ideal do instituto do *ombudsman* neste período, compreendido entre a Constituição da Noruega de 1962 até as eventuais modificações decorrentes da implementação das políticas neoliberais e do gerencialismo inglês.

Esse modelo típico-ideal poderia ser constituído a partir das seguintes características:

1. **função teleológica ou manifesta:** defesa dos direitos e legítimos interesses dos cidadãos em face dos atos praticados por pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviço público;
2. **função latente ou mecânica:** controle inter, intra ou extra-orgânico da execução de políticas públicas;
3. **função derivada ou positiva:** legitimação política do Estado em face das novas funções sociais que lhe são atribuídas (estrutura constitucional positiva);
4. **tipo de racionalidade preponderante:** material;
5. **princípios jurídicos básicos (ou estruturais):** moralidade, justiça, legitimidade, finalidade, interesse público, publicidade e informalidade;
6. **natureza:** instrumento de defesa dos cidadãos individual ou coletivamente considerados;
7. **previsão jurídica:** constitucional e infra-constitucional;
8. **bem jurídico tutelado:** direitos e legítimos interesses dos cidadãos e segmentos sociais;
9. **localização institucional:** Poder Legislativo ou Poder Executivo;
10. **nível hierárquico:** superior, tanto em relação ao Executivo quanto ao Legislativo;
11. **forma de seleção:** variada;
12. **requisitos do cargo:** estar no exercício dos direitos civis e políticos, reconhecida autoridade junto à sociedade civil;
13. **garantias do cargo:** em geral mandato certo, ou estabilidade funcional quando vinculado ao Poder Executivo;

14. **poderes:** investigação;
15. **nível de autonomia:** amplo, em geral, com independência funcional, política, administrativa e financeira;
16. **competência objetiva:** atos legislativos, políticas públicas e serviços públicos;
17. **competência em razão das pessoas:** pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos, não incluídos os atos praticados pelo Poder Judiciário;
18. **instrumentos de atuação:** sugestões e recomendações;
19. **modo de acesso do cidadão:** gratuito, informal e, em geral, direto.

PARTE III

OUVIDORIAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

*“Examinar e problematizar as relações entre a história e o direito reveste-se hoje da maior importância, principalmente quando se tem em conta a percepção da normatividade extraída de um determinado contexto histórico definido como experiência pretérita que conscientiza e liberta o presente” (WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 11).*

CAPÍTULO IV

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS OUVIDORIAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

O presente Capítulo pretende retratar o conjunto das principais iniciativas voltadas à implantação, no Brasil, de Ouvidorias Públicas, ou órgãos assemelhados.

Em um primeiro momento procurar-se-á construir um painel dos mais relevantes esforços parlamentares e doutrinários que antecederam a primeira experiência de institucionalização de Ouvidoria Pública, realizada em meados da década de oitenta, no município de Curitiba.

O momento seguinte será reservado para o relato das iniciativas que, nas três esferas de governo, resultaram na efetiva implantação de órgãos assim intitulados, inclusive as posteriores à Reforma do Aparelho do Estado.

Nesse passo, ainda que mantendo a perspectiva diacrônica que informa todo o capítulo, descurou-se da cronologia rigorosamente observada no momento anterior. Optou-se por tal recurso com a intenção de estabelecer, desde logo, uma sistematização preliminar das Ouvidorias Públicas, tendo como referente o âmbito de sua atuação.

A parte final deste capítulo volta-se ao relato do anteprojeto de Lei de Defesa e Participação do Usuário do Serviço Público e às Ouvidorias instituídas por algumas Agências Reguladoras.

Não obstante a antecedência da data de criação de algumas dessas Ouvidorias em relação às analisadas em capítulos anteriores, reservou-se ao ambiente de descrição da Reforma do Estado o seu estudo.

Em face de o capítulo V estar reservado exclusivamente à análise das Ouvidorias Públicas, à descrição dos esforços parlamentares e doutrinários anteriores a 1986, realizado na primeira parte deste capítulo, procurou-se demonstrar o contexto histórico em que esses esforços foram realizados.

1. Antecedentes

O Brasil recebeu as primeiras informações sobre o *ombudsman* já no primeiro quartel do século passado. De acordo com João de OLIVEIRA FILHO,¹ o deputado constituinte José de SOUZA MELLO apresentou, em 1823, um projeto que estabelecia em seu art. 5º:

“Art. 5º – Para desafogo, e liberdade dos povos, haverá em cada província um Juízo do Povo, a quem recorra nos casos de opressão para apresentar na Corte as suas queixas, o que o mesmo Juiz do povo deverá fazer ex-officio”.

Apenas 14 anos separam essa iniciativa da consagração do instituto na Suécia. O mérito dessa proposta, que guardava profundas similaridades com o instituto sueco, sobressai especialmente pelo incipiente estágio em que se encontrava o Direito Administrativo brasileiro, disciplina que apenas em 1855 receberia sua

¹ OLIVEIRA FILHO, João de. O *ombudsman* sueco e o juiz do povo brasileiro. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, São Paulo, maio-ago., 1976.

institucionalização nas Faculdades de Recife e São Paulo.²

Saliente-se, entretanto, que essa proposta não surge por acaso. O Brasil vivia então sob o fantasma do separatismo. Segundo MERQUIOR, *“os viajantes estrangeiros pensavam que a desintegração do Brasil era apenas uma questão de tempo”*. Registros históricos indicam que as oligarquias nordestinas, *v. g.*, cogitaram seriamente da possibilidade de dividir o Império em pelo menos duas grandes províncias.³ Para as elites brasileiras, que tinham no Estado uma fonte de emprego – uma vez que o Brasil já contava, na época, com uma burocracia maior que a dos EUA, consumindo cerca de 60% do orçamento público⁴ – a manutenção da unidade territorial constituía um imperativo, não só ideológico – em face da formação acadêmica européia –, mas também material. Somando-se a isso a presença de um regime patrimonialista vigente em um espaço estatal, ocupado até dois anos antes (1820) pela Coroa portuguesa (inclusive pelo próprio Rei Dom João VI), a idéia de criação de um canal com a natureza de mecanismo de controle não surgiria como uma aberração estrangeira sem qualquer referibilidade empírica à realidade nacional.

Há um lapso na historiografia brasileira daquela

² Segundo Caio TÁCITO, apesar de a disciplina ser criada por lei em 16 de agosto de 1851, só quatro anos após viria a ser implantada nas referidas faculdades. Segundo esse mesmo autor, a primeira obra didática sobre a disciplina viria a lume apenas em 1856 (*“Compêndio ou repartições escritas sobre os elementos de Direito Administrativo”*) pela lavra de Vicente Pereira REGO (TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 5).

³ MERQUIOR, José Guilherme. Padrões de construção do Estado no Brasil e na Argentina. In: HALL, John. *Os Estados na História*. trad. Paulo Vaz, Almir Nascimento e Roberto Brandão. Rio de Janeiro: Imago, 1992. p. 386.

⁴ MERQUIOR, ob. cit. p. 398. O autor registra que as classes superiores viviam então um desemprego crônico, especialmente em face da estagnação da economia açucareira do Nordeste e do monopólio do comércio internacional, por parte da Coroa Imperial, que contribuía com 16% das receitas fiscais.

época até a década de 1960 no que se refere ao instituto em questão, quando começam a despontar artigos veiculados na imprensa nacional, matérias científicas e pronunciamentos feitos por deputados e senadores. Essa vozeria talvez tenha sido a responsável pela elaboração do Decreto n.º 50.533, de 1961, revogado antes mesmo de ser colocado em prática. Tal decreto implantaria nas capitais dos Estados subgabinetes da Presidência da República, com a atribuição, entre outras, de encaminhar aos órgãos pertinentes da Administração Federal *“reclamações, pedidos e papéis de interesse das populações locais”*.⁵

Nesse período, a Administração Pública já se encontrava em acelerado processo de profissionalização e burocratização, sob o impacto de uma racionalidade formal, implementada pelos esforços do Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, criado em 1936. Não obstante, o patrimonialismo, *“embora em processo de transformação, mantinha sua força no quadro político brasileiro. O coronelismo dava lugar ao clientelismo e ao fisiologismo”*.⁶

Em 1977, dez anos após a reforma administrativa levada a efeito pela Edição do Decreto-Lei n.º 200, a Comissão de Valores Mobiliários do Ministério da Fazenda criou no seu quadro de pessoal um

⁵ LEITE, Celso Barroso. *Ombudsman no Brasil*. Tese apresentada no I Simpósio Latino-Americano realizado em Buenos Aires em 1985. Mimeo. p. 6.

⁶ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Câmara de Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho de Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma Federal, Ministério da Administração e da Reforma do Estado, 1995. p. 25.

cargo de *ombudsman*, que também não chegou a ser preenchido.⁷

Nesse passo, a Administração Pública brasileira já estampava um novo paradigma burocrático com a transferência de atividades da Administração Direta para as autarquias e, especialmente, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais foram concebidas como pessoas jurídicas de direito privado.

Pautado no planejamento e no orçamento, esse modelo implementado pelo Decreto-Lei n.º 200 não só era compatível com a ampliação de monopólios estatais, como também com um pesado controle de procedimentos. Com vistas a reduzir os impactos negativos que essa reforma tinha patrocinado – na tentativa de conjugar estruturas arcaicas com um autoritarismo tecnocrático pretensamente moderno – em meados da década de 1970 criava-se a Secretaria da Modernização – SEMOR –, voltada para novas técnicas de gestão, particularmente de recursos humanos.

Em resposta à pressão burocrática decorrente de um Estado com visíveis características tecnocráticas, a bibliografia nacional sobre o *ombudsman* desponta de maneira expressiva na década de setenta. O primeiro livro sobre a matéria (*“Ombudsman, corregedor administrativo: a instituição escandinava que o mundo vem adotando”*) é editado em 1975, tendo como autor Celso Barroso LEITE.⁸

⁷ OLIVEIRA FILHO, João de. *Ombudsman: instrumento de defesa dos direitos humanos nas democracias modernas*. *Revista da Faculdade de Direito*. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, v. 4, n. 1/2, p. 60-67, 1975. p. 67.

⁸ LEITE, Celso Barroso. *Ombudsman, corregedor administrativo: a instituição escandinava que o mundo vem adotando*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

O autor, com apoio em Caio TÁCITO⁹ e fundamento no art. 45 da Carta Constitucional, preconizava que o instituto poderia ser instituído no Brasil.¹⁰ Ao final, sintetizava sua posição nos seguintes termos:

*“Temos aí alguns pressupostos: um corregedor especial poderia, no Brasil, concorrer para a ‘verdade administrativa’; a reforma administrativa em marcha oferece ensejo propício; as atribuições de um corregedor administrativo se enquadrariam nos princípios constitucionais que devem orientar a prática da administração pública. Partindo desses pressupostos e tendo em conta o saldo provavelmente favorável da atuação do Ombudsman em outros países, não hesito em repetir a conclusão de que, a despeito das dificuldades apontadas, pode valer a pena tentar também aqui a experiência”.*¹¹

No mesmo ano, João de OLIVEIRA FILHO apresentou, na V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, a primeira tese propugnando a criação do cargo de Promotor-

⁹ O texto de Caio TÁCITO talvez tenha sido o primeiro após a Constituição de 1967 a defender a implantação do instituto do *ombudsman* no Brasil (TÁCITO, Caio. O controle da administração e a nova Constituição do Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 90, p. 27-28, out./dez., 1967).

¹⁰ A constituição de 1946, então vigente, dispunha: “Art. 45 – A lei regulará o processo de fiscalização pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal dos atos do Poder Executivo e da administração centralizada”.

¹¹ LEITE, Ombudsman, *corregedor administrativo*, ob. cit. p. 93.

Geral da Nação, claramente inspirado no instituto sueco.¹² Nessa ocasião – afirmando que *“no Brasil poderia ser constitucionalizado esse órgão supremo de investigação dos fatos contra a Nação, e de promoção da responsabilidade de quem quer que seja seu autor”*¹³ – delineou pormenorizadamente os traços que a instituição deveria possuir: a) o Congresso Nacional designaria três juristas, na qualidade de Procuradores-Gerais da União; b) suas funções seriam a de supervisionar a aplicação das leis pelos tribunais e pelos funcionários civis dos órgãos e entidades públicas das três esferas de governo; c) os titulares do cargo teriam legitimidade ativa para propositura de ações judiciais contra funcionários públicos; d) o mandato seria de 4 (quatro) anos, com possibilidade de destituição conferida exclusivamente ao Congresso Nacional; e) os titulares do cargo teriam amplo acesso a todas as repartições e sessões dos Tribunais, cabendo a todos os servidores públicos *“dar mão forte aos Promotores-Gerais”*; ¹⁴ f) os titulares teriam que prestar contas ao Congresso Nacional, mediante relatórios, e g) os Promotores-Gerais gozariam das imunidades dos parlamentares.

Ao concluir o pormenorizado modelo que havia elaborado, reafirma enfaticamente a missão de controle externo sobre o Poder Judiciário:

¹² Já em 1974, João de OLIVEIRA FILHO havia realizado uma conferência no Centro de Estudos Sociais do Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Guanabara, defendendo a institucionalização de um *ombudsman* no Brasil. No mesmo ano, a *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, da Seção do Rio de Janeiro (ano 1, n.º 1), publicou um longo trabalho elaborado por Héctor FIZ-ZAMUNDIO, do Instituto de Investigações Jurídicas da UNOM, que propugnava o interesse da instituição como instrumento de defesa dos direitos humanos.

¹³ OLIVEIRA FILHO, *Ombudsman: instrumento de defesa*, ob. cit. p. 72.

¹⁴ *Idem*. p. 75.

“Se contra toda a expectativa, o Supremo Tribunal Federal ou qualquer dos seus membros, bem como qualquer Tribunal de Justiça da União ou dos Estados, por interesse pessoal, iniquidade ou negligência, viesse a dar decisão sob tais pontos de vista iníqua e que, não obstante o texto preciso da lei [...] fizesse qualquer pessoa sofrer [...] os Promotores-Gerais da Nação seriam obrigados a submeter o culpado à acusação perante os Tribunais competentes, e promover as respectivas condenções, sob as leis da República”.¹⁵

A proposta de OLIVEIRA FILHO, entretanto, não foi aceita. O regime militar que se implantou no Brasil em 1964 havia obstruído completamente os canais formais e informais de controle da Administração Pública que a ligavam à sociedade civil. A censura à imprensa, ao teatro, ao cinema, aos livros, às organizações sociais (como sindicatos e partidos políticos), enfim, a qualquer tipo de oposição, acabou por legitimar, com raras exceções, apenas modalidades intraorgânicas de controle da Administração Pública.

Evitando-se que as informações políticas, doutrinárias ou de gestão chegassem à população, “*os donos do poder*” – para utilizar uma expressão de Raymundo FAORO¹⁶ – faziam que o regime mantivesse inabalada sua legitimação política.

Tratava-se de uma sólida aliança entre burguesia, tecnocracia e corporação militar, consorciada ao capital estrangeiro, que reforçava sua legitimação com o atendimento pontual e

¹⁵ *Id., ibidem.*

¹⁶ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 8.ed. Rio de Janeiro: Globo, 1989.

descoordenado das demandas sociais mais emergentes. Carlos Estevam Martins comentou a respeito que o regime autoritário,

“[...] desde sua implantação em 1964, veio desfrutando de uma ampla base, burguesa e de classe média, que se mostrou suficiente para sua sustentação na medida em que o crescimento econômico, a repressão policial e a apatia política das classes populares tornavam inócuas as tentativas de dinamização da luta anti-autoritária”.¹⁷

Nesse contexto, os cidadãos não participavam nem exerciam sobre o Estado qualquer controle, que, no mais das vezes, era estrategicamente rotulado de *“subversão à ordem constituída”*. A alteração dessa situação iniciou-se a partir de um duplo movimento de direções contrárias, que começou a desequilibrar as estruturas cristalizadas do regime. Um exsurge no próprio poder, nos estreitos limites do poder político; outro bem mais conhecido, emerge no seio da sociedade civil.¹⁸

O equilíbrio da aliança criada em 1964 foi abalado pelas abruptas alterações estruturais na ordem econômica mundial, a partir da crise do petróleo de 1973, da imposição de limites para a capacidade de endividamento e pela modificação das regras do mercado

¹⁷ MARTINS, Carlos Estevam. *Capitalismo de Estado e modelo político no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1977. p. 175-176.

¹⁸ Como afirma Ana Amélia da SILVA, *“É no interior do regime ditatorial militar instaurado no país a partir de 1964 que as lutas urbanas, assim como outras práticas de resistência importantes dos trabalhadores, através da luta sindical, começam a se articular, tendo nos bairros o cenário privilegiado da ação coletiva”* (apud DINIZ, Eli; LOPES, José Sérgio Leite & PRANDI, Reginaldo (orgs.). *O Brasil no rastro da crise*. São Paulo: Anpocs/Ipea/Hucitec, 1994. p. 205).

internacional.

Essa nova realidade acaba por determinar o progressivo alijamento, de baixo para cima, dos membros da aliança. Segmentos sociais até então coniventes com o regime, frente à ameaça de proletarianização, deslocam-se com desenvoltura para a oposição, aliando-se a um incipiente movimento de resistência formado por grupos que não compuseram a aliança em 1964.

Nesse sentido, Carlos Estevam MARTINS leciona:

“Um após outro, inúmeros setores, inicialmente incluídos no establishment de 64, teriam feito a dolorosa constatação de que seus interesses e valores, nos mais variados aspectos da vida econômica, política, cultural e inclusive familiar, acabaram, de uma forma ou de outra, entrando em choque com o poder exercido em caráter excepcional [...]. A freqüência destes atritos e a conseqüente multiplicação das insatisfações teriam levado o regime ao limite crítico, além do qual seu funcionamento se torna impossível por faltar-lhe o mínimo de legitimidade que assegura a operação regular de suas principais engrenagens”.¹⁹

O crescente comprometimento das condições para a expansão da acumulação privada (diminuição de subsídios, aumento de juros no mercado financeiro, maior seletividade das ações públicas

¹⁹ MARTINS, ob. cit. p. 176.

de infra-estrutura etc.), ao mesmo tempo que aumentava a demanda e a pressão dos membros da aliança sobre o regime, ampliava e tornava mais forte a pressão dos segmentos excluídos.

Os pronunciamentos na Câmara dos Deputados e no Senado intensificaram-se, culminando com o Projeto de Emenda Constitucional n.º 78, de autoria do Deputado MENDONÇA NETO, que pleiteava a criação de uma Procuradoria Geral do Povo, com a atribuição de defender os direitos fundamentais em face de atos ilegais da Administração. Pela aplicação do famigerado expediente do decurso de prazo, a emenda foi, entretanto, arquivada em 1982.

No mesmo ano, outra proposta de autoria do Deputado JOSÉ COSTA sugeria a criação de uma Procuradoria-Geral do Legislativo.²⁰

Ainda neste ano, sob a orientação do Prof. Sérgio FERRAZ, Gláucia Alves SAAD apresenta na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro uma Dissertação de Mestrado intitulada “*O ombudsman e o moderno direito de petição*”, concluindo com as seguintes palavras:

“Tais razões nos levam a propor a inserção do Ombudsman no sistema constitucional brasileiro, segundo as normatizações sugeridas, de forma que, num perfeito entrelaçamento com o Direito de Petição, possa desempenhar um duplo papel, de

²⁰ Três anos após, em 1985, o Deputado Celso PEÇANHA, em defesa do instituto, faria constar do *Diário do Congresso* o inteiro teor do artigo elaborado por Carlos Alberto Provenciano GALLO, sob o título “*O Procurador do Povo na Suécia*” (*Diário do Congresso Nacional*, Brasília, n.14, 21 de março de 1985. p. 1405).

*grande relevância: o de instrumento do exercício popular do moderno Direito de Petição, e o de elemento moralizador da Administração Pública”.*²¹

Concomitantemente, embora guardando resquícios de uma política populista, tomam força movimentos populares como as Comunidades Eclesiais de Base, organizações de bairros, movimento pelo custo de vida e o próprio renascente movimento sindical.²²

Como lembra LANDIM,

“Inicia-se um novo período em que a lenta e progressiva reorganização da sociedade civil vai-se fazer através da multiplicação de entidades marcadas pela autonomia, ou mesmo oposição, com relação ao Estado. Além da mudança de regime, um conjunto de fatores – como a modernização acelerada da sociedade, mudanças nas políticas sociais governamentais, a presença de novos atores internacionais na cooperação não-governamental,

²¹ SAAD, Gláucia Alves. *O Ombudsman e o moderno direito de petição*. Dissertação (Mestrado em Direito). PUC-RJ. Rio de Janeiro, 1982. p. 70.

²² Dos vários movimentos do período, destacam-se os seguintes: movimento estudantil (1964-1968); movimentos grevistas operários em Osasco e Contagem (1967); lançamento de vários movimentos feministas (1975); criação da CPT (Comissão Pastoral da Terra) (1975); movimento pela anistia (1976); movimento sindical (1976); movimentos de professores e outros profissionais das áreas de Educação, Saúde e outros serviços sociais públicos (1979); movimento dos transportes coletivos (1979); lançamento do movimento de lutas por creches em São Paulo e em Belo Horizonte (1979); criação do Movimento dos Sem-Terra (1979); movimento das favelas (1979); lutas pelo pluripartidarismo (1979); movimento pelas Diretas-Já (1984); criação do Movimento Negro Unificado (1986); movimento pela Constituinte (1985-1988); Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua – MNMMR (1985) (GOHN, Maria da Glória. *História dos movimentos e lutas sociais – a construção da cidadania brasileira*. São Paulo, Loyola: 1995. p. 104 e segs.).

transformações nas relações entre Igreja e Estado – vão contribuir para o aparecimento de novas organizações e novos campos de atuação para as entidades sem fins lucrativos”.²³

Com a adesão sistemática dos segmentos alijados da aliança, esses movimentos de resistência se fortaleciam como agentes do processo político em um ambiente onde estavam “*fechados os canais de comunicação com o Estado e enfraquecidos os mecanismos de integração vertical, tais como os partidos, as lideranças populistas ou as grandes estruturas sindicais*”, como explica FERNANDES.²⁴ Nesse contexto, ampliavam seus horizontes de luta, alargando o universo reivindicatório de solicitação da cidadania não somente pela multiplicação quantitativa de organizações, mas qualitativamente, permitindo a emergência daquilo que, indo, nos termos de DOIMO,²⁵ seria um “novo movimento social”.

Essa diferença qualitativa, segundo ALVRITZER, reside no repensar do “*conteúdo da ação coletiva, que passou a estar ligada à construção, no nível local, da idéia de comunidade como autônoma e solidária*”,²⁶ possível em face da uma renovada compreensão de atuação associativa, “*caracterizado pelo ritmo*

²³ LANDIM, Leilah. *Para além do mercado e do Estado? Filantropia e cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: ISER, 1993. p. 28-29.

²⁴ FERNANDES, Rubem Cesar. *Privado porém público – o Terceiro Setor na América Latina*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 43.

²⁵ A autora entende “novo movimento social” como “*uma multiplicidade de novas formas de participação, pensadas em função da alteração da lógica capitalista, só que, agora, organizadas espontaneamente na esfera da cultura*” (DOIMO, Ana Maria. *A vez e voz do popular*. Prêmio ANPOCS, 1994. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. p. 37).

²⁶ AVRITZER, *apud* BARBOSA, Maria Nazaré. *Dinâmica do Terceiro Setor no Município de São Paulo*. Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas. Escola de Administração de Empresas de São Paulo. São Paulo, 1999. p. 39.

*crescente de constituição das associações civis pela ocupação plural do espaço público, rompendo os padrões tradicionais de baixo e homogêneo associativismo”.*²⁷

A nova relação que se estabelece extrapola o campo de reivindicações de cunho meramente econômico, abarcando temas mais universais, como patrimônio cultural, meio ambiente, além das já referidas lutas pela melhoria das condições salariais e de trabalho. Tem aí origem um fenômeno novo, que se popularizou sob a denominação de ONG (organização não-governamental) – que, segundo LANDIM,

*“[...] começou a ser usado, em meados da década de 80, para identificar um conjunto de entidades que veio se formando a partir dos anos 70, misturando cristianismo e marxismo, militância e profissionalismo, dentro de um quadro crescente de cooperação internacional não governamental, ao qual se ligam. [...] São organizações de caráter não representativo e que crescem referidas ao campo das novas associações e movimentos sociais do período autoritário”.*²⁸

Esse universo de organizações que se multiplicam em progressão geométrica e constante até a atualidade²⁹ não só

²⁷ *Idem.* p. 17.

²⁸ LANDIM, ob. cit. p. 33.

²⁹ Apesar da inexistência de dados numéricos da época, as estimativas atuais apontam a existência de 200 000 a 250 000 dessas organizações (números divulgados na revista *Veja*, São Paulo, ano 33, n. 1653. 14.jun.2000, p. 51, e no endereço eletrônico: IIDAC [*on line*]. www.iidac.rits.org.br/iidac_info.html [disponível em 27.dez.1999], respectivamente).

gerava maiores condições de legitimidade à resistência ao regime, como também produzia uma corrente de identificações com tentáculos nos mais diversos segmentos da sociedade, inclusive no próprio âmbito da aliança protagonista do regime.

Aduza-se que, à gradativa dificuldade de respostas sociais do governo para o atendimento da crescente demanda social, somara-se o peso do custo da Administração Pública patrocinado pelo inchamento do aparelho estatal – agravado pelo fato de ser financiado pela contínua emissão de moeda, causando o aumento da inflação.

Tratava-se, neste particular, de um arremedo agigantado da famigerada crise dos Estados de Bem-Estar Social, incidente há algum tempo nos países do Primeiro Mundo, em especial na Europa, onde, no dizer de CAPILONGO, o aparelho estatal podia reagir de duas formas:

*“[...] Ou aumenta suas receitas tributárias, gerando uma crise fiscal – J. O’Connor, ou desenvolve técnicas de dispersão dessas demandas sociais, mediante sua procedimentalização (trivializando e neutralizando os embates sociais, transformando-os em relações jurídico-formais abstratas) – Luhmann”.*³⁰

No Brasil, ambas as respostas atuariam no sentido de aumentar o déficit de legitimidade política: o aumento da carga tributária atuaria como agente excludente de segmentos ainda presentes na aliança que sustentava o regime; a dispersão das demandas

³⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. A representação política e o Direito moderno. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, São Paulo, n. 49, p. 98-108, primavera 1988. p. 102.

sociais – frente às dimensões estruturais de miserabilidade dos segmentos sociais majoritários, à força então agregada em torno do movimento de resistência ao regime, inclusive por segmentos da intelectualidade e da classe média – tornava inócua qualquer tentativa nesse sentido.

Assim, a participação passava a ser o reclamo geral provindo não só de setores que sempre estiveram excluídos da aliança, mas também de outros grupos que a deixaram pela incapacidade de o regime atender aos seus interesses informados pelo corporativismo:

“Existe [...] latentemente, em todos nós, o desejo de participação da cidadania. O que é necessário agora é a construção dos canais para que esta participação se torne viável”.³¹

Tratava-se de uma *“fraternidade participativa”* que, irmanando grande parte da cidadania brasileira, fortalecia as mobilizações exurgidas da sociedade civil, no sentido de pressionar a abertura de espaços de controle dentro do Estado.

Assim, várias propostas de implantação do *ombudsman* passam a ser formuladas, algumas inclusive apresentadas ao Congresso Nacional. É o caso da proposição do Senador Luiz CAVALCANTI,³² dos projetos do Deputado Ney LOPES, Jonathan NUNES³³ e do Senador Marco MACIEL.

O projeto desse Senador, proposto em meados da

³¹ FERRAZ, Sérgio. O papel da participação no sistema constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, p. 157-161, out.-dez. 1987. p. 159.

³² Para quem a implantação do *ombudsman* no Brasil tratava-se de *“heróica tentativa de extirpar da vida nacional o câncer da corrupção”* (apud CAIO, ob. cit. p. 853).

³³ Com a proposta de criação de uma “Procuradoria Popular”, com as principais características do *ombudsman*.

década de oitenta, propunha a instituição, pelo Congresso Nacional, “*de um ombudsman – com a denominação de Ouvidor Geral*”³⁴ – selecionado entre os integrantes da Procuradoria Geral da República,³⁵ com as seguintes atribuições:

“I – velar pelo cumprimento da lei e demais disposições por parte da Administração;

II – proteger o cidadão com relação às ações e omissões lesivas a seus interesses, quando atribuídas a titular responsável por cargo ou função pública;

III – receber e apurar queixas ou denúncias apresentadas por quem se considere prejudicado por ato da Administração;

IV – zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos;

V – criticar e censurar atos da Administração Pública e recomendar as correções e melhoria do serviço público imóvel em geral;

VI – defender a ecologia, os direitos do consumidor e demais interesses do cidadão” (PLS n.º 266/84).

O Projeto conferia legitimidade ativa para o Ouvidor Geral “*demandar judicialmente na defesa de quem, carecedor de ação nos termos do Código de Processo Civil, não conta com*

³⁴ Justificativa do Projeto de Lei n.º 266/84.

³⁵ Nos termos do parágrafo único do art. 1º, “*O Ouvidor Geral, escolhido pelo Congresso Nacional para um mandato de 2 (dois) anos, renovável uma única vez, será indicado pelo Presidente da República através de lista tríplice composta de nomes de ocupantes do cargo de Procurador da República*”.

disposição legal que lhe assegure propor em juízo”³⁶

Ao Ouvidor Geral previa a apresentação de relatórios anuais ao Congresso Nacional e ao Presidente da República (art. 6º), conferindo exclusivamente ao Congresso Nacional o poder de destituição, antes do término do mandato de 2 (dois) anos (art. 3º, c/c art. 1º, parágrafo único).

Apesar de as condições e a forma de elegibilidade afastarem o projeto do instituto sueco, as outras imperfeições não comprometem sua caracterização (art. 1º, parágrafo único, e art. 3º).

Quando o nível de comprometimento com a aliança militares-tecnocracia-burguesia³⁷ esfacela-se, sem condições de responder às exigências materiais da grande maioria da população; quando essas demandas aumentam sensivelmente; quando a carga tributária e a espiral inflacionária colocam em risco a estrutura do próprio sistema econômico; quando a capacidade de endividamento se esgota; quando o déficit público e a dívida externa passam a exigir pronta contenção e profunda recessão; e quando o peso e o emperramento da Administração Pública alcançam as margens da ingovernabilidade, a primeira eleição direta para os governos estaduais, ao mesmo tempo que elege governantes mais identificados com a oposição, impõe-lhes um custo de legitimação extraordinariamente elevado. Um custo apenas possível de ser coberto mediante a contenção da patrimonialização e privatização do espaço público, cuja abertura controlada permitisse que segmentos organizados da sociedade civil se fizessem representar no âmbito da decisão política.

³⁶ *Id., ibidem.*

³⁷ Ou, para utilizar a expressão de Maria Celina D'ARAÚJO, *“A defesa dos governos militares tornou-se uma obra impossível, mesmo entre os militares, porque perderam na sociedade interlocutores que lhes dessem credibilidade”* (apud DINIZ et alii, ob. cit. p. 205).

Assim, o Estado abre suas portas para segmentos organizados da sociedade civil, fazendo-os destinatários de políticas públicas setoriais. Mas tratou-se de uma abertura seletiva, por meio da qual se processou a utilização de movimentos populares como manancial de legitimação política, que resultou em uma filantropia caracterizada pelo clientelismo e pela manipulação política.³⁸

Em nome da carência de recursos, o Estado passa a responder às demandas populares procurando satisfazer parcialmente apenas às necessidades dos movimentos que lhe depositam credibilidade ou, em outras palavras, que a ele se “integram”. Nesse momento, a participação popular torna-se sinonímia de cooptação.

Ademais, as portas são abertas apenas para setores não-estratégicos da organização estatal. Criam-se conselhos e outros modelos de controle da decisão política nas áreas de assistência social e comunitária, mas os setores que regulam o Tesouro, a Administração, o planejamento e o orçamento público continuam hermeticamente fechados para qualquer tipo de controle, a partir de segmentos que não pertencem ao Estado.

Nessa conjuntura é que o governo federal toma a iniciativa de criar o cargo de Ouvidor-Geral da Previdência Social, através do Decreto n.º 92.700, de maio de 1986. *“Se cada cidadão tem o direito de fiscalizar, cada servidor público tem o dever de aceitar esta fiscalização”*, advertiu o Presidente da República na ocasião, afirmando ainda que *“as medidas adotadas subordinam os serviços do Estado ao controle democrático por parte da sociedade”*. O art. 2º desse decreto

³⁸ Como afirma Landim, *“Certamente, essa área de iniciativas filantrópicas onde a cultura da pessoalização é marcante sempre foi um campo propício ao desenvolvimento de diversos tipos de clientelismo e manipulação política, contribuindo então, de fato, para os jogos fisiológicos que marcam ainda hoje o campo político brasileiro”* (LANDIM, ob. cit. p. 43).

estabelecia:

“Art. 2º. Ao Ouvidor serão levadas as informações, queixas e denúncias dos usuários do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, cabendo-lhe zelar pela boa administração dos serviços previdenciários e sugerir medidas com esse objetivo”.

Conquanto louvável o intento, foram postergados alguns elementos essenciais na estruturação do órgão, o que acabou comprometendo integralmente os resultados da iniciativa.³⁹

O famoso projeto de reforma administrativa anunciado pelo então ministro da Administração, Aluísio ALVES, também dispôs sobre a criação do *ombudsman* ou “*defensoria do interesse público*”, por indicação da Câmara I da Comissão Geral da Reforma, o qual afirmava que

*“trata-se de adaptar à realidade nacional um mecanismo surgido nos países nórdicos, posteriormente adotado por extensivo rol de nações democráticas e [que] diz respeito à organização de efetivos canais e de reclamação do público sobre a Administração”.*⁴⁰

³⁹ Apenas a partir de setembro de 1999, por força da Portaria n.º 5.716, do Ministério da Previdência e Assistência Social, o setor consagraria o exercício de uma Ouvidoria – ainda que neste caso, com absoluta submissão e dependência ao Ministro de Estado.

⁴⁰ COMISSÃO GERAL DE REFORMA DO ESTADO. *Diretrizes para a organização da Administração Pública federal*. Brasília: Câmara 1, 1985. p. 8.

Nas diretrizes de governo do Estado do Paraná, na mesma época, foi igualmente prevista a criação de uma “Ouvidoria-Geral do Estado”, tendo como principal objetivo a garantia dos cidadãos para o pleno exercício de seus direitos com relação à Administração Pública. *“O que se pretende é algo semelhante à figura do ombudsman sueco, incumbido de apurar queixas contra a administração pública, instituição já implantada em numerosos governos”*.⁴¹

O Estado do Rio de Janeiro, já em 1984, na gestão do Governador Leonel Brizola, havia elaborado uma longa minuta de Decreto, prevendo, pormenorizadamente, a criação e o funcionamento de uma Ouvidoria-Geral. Ainda que o cargo do titular fosse provido em comissão, os poderes conferidos ao Ouvidor eram amplos, podendo inclusive *“determinar as medidas cautelares pertinentes, em caso de ato administrativo que possa causar dano irreparável”* (art. 1º, inc. VII) e *“noticiar as autoridades, inclusive para o fim de desconstituição, correção ou reparação de seus atos, ou a superação de omissões”* (art. 1º, inciso III).

Tanto a iniciativa federal quanto a estadual, entretanto, não foram implementadas. A primeira experiência concreta de institucionalização do instituto sueco na Administração Pública brasileira foi implantada no Município de Curitiba, sob a coordenação do autor deste trabalho.

2. A primeira experiência institucional

O caráter quase plebiscitário das eleições

⁴¹ PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. *Diretrizes de governo*. Curitiba: Fundação Pedroso Horta, 1986. p. 94.

municipais de 1985, além de traduzir o desejo popular pelo término do regime militar, carregava um pleito pela moralização, transparência e controle do Poder Público Municipal, antes confiado a prefeitos nomeados pelo Presidente da República, em face do regime constitucional de exceção.

A opção por uma racionalidade material, presa aos valores da democracia, impunha-se no discurso eleitoral do partido de oposição em todo o território nacional. O então Prefeito Roberto REQUIÃO, seduzido pelas Constituições da Espanha e de Portugal, promulgadas respectivamente em 1978 e 1976, no processo de redemocratização daqueles países, propôs ao autor deste trabalho a análise da conveniência e oportunidade da criação de um instituto assemelhado ao *Defensor del Pueblo* e ao *Provedor de Justiça*.

Na prática, concretizava-se a lição de BOURDIEU, segundo quem *“as ações sociais são concretamente realizadas pelos indivíduos, mas as chances de efetivá-las se encontram objetivamente estruturadas no interior da sociedade”*.⁴² Não obstante – em face da ausência de experiência similar no Brasil, da complexidade das questões políticas e sociológicas que envolviam a análise de plausibilidade da iniciativa, do risco de se comprometer a idéia cada vez mais pungente de se implantar no Brasil a instituição do *ombudsman* – optou-se por uma experiência-piloto de 6 meses.

Assim, antes da institucionalização definitiva do instituto, em 8 de março de 1986, apresentava-se ao Prefeito um documento intitulado *“Projeto-piloto de implantação da Ouvidoria*

⁴² BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. Trad. Paulo Montero e Alícia Auzmendi. Coleção "Os Grandes Cientistas Sociais", n. 39. Org. Renato Ortiz. São Paulo: Ática, 1993. p. 27.

Municipal de Curitiba”, afirmando que

“o projeto pretende aferir as possibilidades e conveniências técnicas de adequação dessa instituição de origem escandinava à realidade de Curitiba, criando condições para um estudo de caráter experimental [...] Os dados necessários serão levantados em seis meses de funcionamento institucional precário para elaborar, no próximo semestre, um projeto definitivo”.⁴³

A pronta aceitação do documento determinou que a própria minuta de Decreto que o acompanhava fosse assinada (Decreto n.º 215, de 21 de março de 1986), a qual, em face da ampla repercussão que teria nas iniciativas de outros municípios e Estados, merece algumas considerações.⁴⁴

O primeiro artigo do referido Decreto estabelecia a condição do titular, demonstrando a opção pela unipessoalidade do ofício, necessária, como foi visto, para maior coerência e eficácia de sua atuação. Já o art. 2º delimitava o âmbito de sua competência e, de maneira

⁴³ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *Relatório especial*. Cadernos de documentos. Curitiba: IPPUC, 1986. p. 7.

⁴⁴ Em 20 de março do mesmo ano, editava-se o Decreto n.º 376, da Prefeitura Municipal de Petrópolis, o qual dispunha sobre a estrutura e organização dos serviços municipais. O art. 3º do referido Decreto previa a criação, por lei, de um Ouvidor Geral: *“As funções da Assessoria Especial de Desburocratização e Reforma Administrativa, referentes aos contatos e relacionamentos entre a Comunidade e o Governo do Município, em todos os seus níveis, aspectos e desdobramentos, inclusive quanto ao controle e fiscalização dos atos administrativos para o devido atendimento ao público, também, serão exercidas, provisoriamente desta data em diante, por pessoa a ser designada, nos termos do art. 2º, até que seja criado, por lei, o cargo de Ouvidor Municipal, com os respectivos vencimentos e atribuições”*.

imperativa, fixava sua atuação, nos seguintes termos:

“Art. 2º 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 das reclamações ou denúncias que lhe forem dirigidas e determinar, quando cabível, a instauração de sindicâncias, de inquéritos administrativos e de auditorias aos órgãos competentes;

II – recomendar a anulação ou correção de atos contrários à lei ou às regras da boa administração representando, quando necessário, os órgãos superiores competentes;

III – sugerir medidas de aprimoramento da organização e das atividades da Administração Pública Municipal, em proveito dos administradores”.

A facilidade de acesso da população ao Ouvidor Geral foi consagrada no art. 3º do decreto:

“Art. 3º Poderá dirigir-se ao Ouvidor Geral qualquer pessoa, brasileira ou estrangeira, física ou jurídica que resida ou exerça atividades no Município de Curitiba e que se considere lesada por ato da Administração Pública Municipal.

§ 1º A menoridade não será impedimento para o recebimento de reclamações ou denúncias”.

O § 3º desse artigo estabelecia a possibilidade de rejeição das queixas e denúncias apresentadas ao Ouvidor Geral, mediante despacho fundamentado, enquanto o § 4º excluía de suas competências as questões que estivessem sob apreciação judicial.

Os arts. 4º e 5º, em consonância com a maioria das legislações então existentes, conferiam poderes ao Ouvidor para ter acesso a quaisquer documentos e repartições da Administração Pública,⁴⁵ bem como estabelecia a obrigatoriedade de todos os servidores do Poder Público prestarem apoio e informação em caráter prioritário e em regime de urgência.

As demais disposições necessárias à atuação do Ouvidor encontravam-se previstas no Regimento Interno da Ouvidoria Municipal, baixado em abril de 1986.

É importante mencionar que o gabinete do Ouvidor-Geral possuía uma reduzida e simplificada estrutura: assessoria técnica (composta por quatro técnicos de nível superior) e uma secretaria (composta por cinco assistentes e auxiliares administrativos).

⁴⁵ Nesse sentido, WHEARE afirma que *“a mais notável vantagem do ombudsman talvez resida na simples existência de uma instituição que pode adentrar o biombo que oculta a administração dos olhos do cidadão, e ali investigar exaustivamente o objeto de determinada queixa, o fazendo como uma autoridade independente e abalizada”* (apud OLIVEIRA, Fernando Andrade de & XAVIER, Pedro Henrique. *Ombudsman: conveniência de sua instituição*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, s/d. p. 8).

Após a implementação de um sistema de avaliação qualitativa, informada pelo *método genebrino ou distancial*,⁴⁶ ter apresentado resultados altamente satisfatórios, foi elaborado um anteprojeto de lei para ser encaminhado ao Legislativo. No documento de encaminhamento ao Prefeito, ponderava-se:

“Na elaboração deste anteprojeto procurei consagrar a vinculação ao Poder Legislativo, o caráter não contencioso do órgão, sua unipessoalidade, a natureza de controle dos atos administrativos e, nesta condição, de defesa dos direitos e interesses legítimos do cidadão, a publicidade de seus atos, a ausência de poderes decisórios com atribuições de investigação e recomendação, garantias de inamovibilidade,

⁴⁶ A referida avaliação, coordenada pela Dra. Regina SLIWANY, foi objeto de diversas premiações nacionais e internacionais, em face da metodologia adotada. Os índices alcançados em relação à função de proteção do administrado superaram as expectativas: no papel de *“defensor os níveis de satisfação são bastante grandes; tanto a cobertura dos interesses lesados quanto a opinião positiva dos municípios atendidos em relação a Ouvidoria atingiram a completa satisfação. É importante destacar que os 100% de satisfação dos munícipes atendidos demonstram a coerência da Ouvidoria no seu papel social e na sua estrutura interna de funcionamento, já que entre os munícipes pesquisados aleatoriamente havia todos os tipos de casos atendidos, mesmo aqueles em que houve lesão de direitos e que ainda não haviam obtido soluções definitas, ou aqueles em que o munícipe sentiu-se lesado mas que, em termos de Direito não o foi”*; o mesmo, entretanto, não ocorreu em relação à função de fiscal dos atos administrativos: no papel de *“fiscal, o índice parcial que obteve menor valor foi o de [demanda populacional aos serviços da ouvidoria para o exercício de controle da Administração, sem fundamento em lesão individual ou coletiva], faltando aproximadamente 64% para atingir o estado ótimo. Este índice comparado a todos os outros, foi o menos satisfatório”*. Não obstante o reduzido nível da demanda, o índice referente à *“população atendida que efetivou a fiscalização dos serviços públicos, alcançou 80%, faltando aproximadamente 20% para o nível ótimo”* (OUVIDORIA MUNICIPAL. *Relatório anual da Ouvidoria Municipal*. Curitiba: IPPUC, 1987. p. 408).

autonomia funcional e administrativa, além de outros elementos que a experiência de um ano indicavam não comprometer a exeqüibilidade da iniciativa”.⁴⁷

⁴⁷ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *Ouvidoria Municipal de Curitiba*. Caderno de documentos. Curitiba: IPPUC, 1987. p. 53.

Discutido e aprovado por aclamação no II Simpósio Latino-Americano de *Ombudsman*,⁴⁸ o anteprojeto foi encaminhado à Câmara Municipal de Curitiba e, logo após, retirado pelo Prefeito Municipal, em face de uma crise, sem precedentes na história do Município, entre Legislativo e Executivo.

Em 10 de abril de 1990, a Lei Orgânica do Município viria a consagrar a instituição, dispondo:

“Art. 64 – Ao Ouvidor, órgão autônomo de controle interno e de defesa dos direitos e interesses dos cidadãos, vinculado ao Poder Legislativo, sem poder decisório, compete em especial:

I – receber e apurar as reclamações e denúncias, quanto à atuação do Poder Público Municipal, ou agir de ofício, recomendando à autoridade administrativa as providências cabíveis, nos casos de morosidade, ilegalidade, abuso de poder, omissão, negligência, erro, ou violação dos princípios constitucionais e desta Lei Orgânica.

II – orientar e esclarecer a população sobre os seus direitos; propor, por meio dos institutos previstos nesta Lei, o aperfeiçoamento da legislação municipal, e representar aos órgãos competentes, nos casos sujeitos ao controle destes, quando constatar

⁴⁸ Desse fórum foi aprovada por aclamação a proposta de uma moção subscrita pelos participantes à Câmara Municipal de Curitiba, *“no sentido de que chame a brilhante iniciativa do Poder Executivo Municipal, aprovando o Projeto de Lei apresentado neste Simpósio”* (Anais do II Simpósio Latino-Americano do Ombudsman. Curitiba: Ouvidoria Municipal, 1988. p. 63).

irregularidade ou ilegalidade, sob pena de responsabilidade solidária.

§1º – O Ouvidor tem amplos poderes de investigação, devendo as informações por ele solicitadas ser prestadas em quinze dias úteis, sob pena de responsabilidade; goza de independência, autonomia administrativa e financeira, estando compreendidos, nos fins para os quais instituído, os meios para o cumprimento de sua função.

§2º – O Ouvidor será eleito pela Câmara Municipal, pelo voto da maioria absoluta dos Vereadores, após arguição pública, entre cidadãos de notório conhecimento de administração pública, de idoneidade moral e reputação ilibada.

§3º – O cargo de Ouvidor terá a mesma remuneração de Secretário Municipal, estando sujeito às mesmas normas sobre direitos e deveres aplicáveis a este e aos servidores municipais, no que couber, não podendo estar filiado a partido político”.

Considerada uma vitória da oposição, o Prefeito Jaime LERNER, sob o pressuposto da vinculação ao Poder Legislativo consignado no referido dispositivo da Lei Orgânica, extinguiria a Ouvidoria Municipal.

Até julho de 2000 esse dispositivo não havia sido regulamentado, apesar de estar em tramitação, desde outubro de 1995, em regime de urgência,⁴⁹ um projeto de lei, de autoria do Vereador Jorge

⁴⁹ O Regime de Urgência foi deferido em 19 de março de 1997.

BERNARDI.

O referido projeto, além das disposições contidas na Lei Orgânica, estabelece amplo acesso dos munícipes aos serviços do Ouvidor, inclusive dispensando o interesse direto ou pessoal (art. 8º, § 1º) ou qualquer formalidade na apresentação da reclamação (art. 8º, § 2º), além de aumentar o plexo de suas atribuições, impondo-lhe o dever de (1) *“difundir amplamente os direitos individuais e de cidadania”* (art. 7º, inciso IV), (2) *“fazer publicar e divulgar os resultados das investigações realizadas”* (art. 7º, inciso V) e (3) *“apresentar semestralmente relatório de suas atividades e dos resultados obtidos à Câmara Municipal* (art. 7º, inciso VI).

3. Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão

Após a já referida tentativa de criação de um *ombudsman* para a previdência social, o governo federal editou o Decreto n.º 93.714, de 15 de dezembro de 1986, o qual, nos termos de sua ementa, dispunha *“sobre a defesa de direitos do cidadão contra abusos, erros e omissões na Administração Federal”*.

A unipessoalidade, consagrada em cerca de um século de experiência, foi preterida pela instituição de uma comissão denominada Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão (Codicí, art. 2º), subordinada à Presidência da República, composta por servidores do Gabinete Militar, da Consultoria-Geral da República, da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República e do Gabinete Civil, todos nomeados pelo Presidente da República (art. 1º, § 2º). A presidência da Comissão era exercida pelo representante do Gabinete Civil (art. 2º, § 1º).

Ao contrário de todas as legislações vigentes sobre

a matéria, não foi traçado qualquer requisito de elegibilidade, nem tampouco consignado qualquer impedimento, o que implicava a possibilidade de o presidente e os demais membros da Comissão poderem ser homens de partido, sem qualquer conhecimento jurídico.

O art. 3º dispunha sobre a apresentação das reclamações, as quais poderiam ser formalizadas perante a Comissão ou a ela encaminhadas por via postal ou por qualquer repartição federal. Recebida a reclamação, a Comissão faria uma avaliação sumária, com o objetivo de propor as soluções reclamadas (art. 4º). Nesse passo, não havia qualquer previsão dos limites dessa avaliação, nem tampouco dos casos de indeferimento.

As atribuições da Comissão foram definidas no art. 5º:

“I – comunicar às autoridades administrativas competentes a conduta de agentes da Administração Federal, que possa caracterizar o exercício ilícito ou abusivo da função administrativa;

II – recomendar, à Consultoria Geral da República, a adoção de medidas, providências ou ações, com o objetivo de restabelecer, na prática administrativa, a estrita observância dos princípios da legalidade, finalidade e moralidade administrativas;

III – adotar providências, junto aos órgãos e autoridades competentes, destinadas a prevenir, reprimir ou fazer cessar a incorreção de comportamentos administrativos considerados

ilegais, abusivos ou arbitrários;

IV – sugerir aos órgãos competentes da Advocacia Consultiva da União, ou ao órgão competente do Ministério Público, a adoção de medidas administrativas ou judiciais, que visem a resguardar ou preservar a intangibilidade do interesse público”.

A amplitude de atribuições, sem os necessários atributos e instrumentos para sua exeqüibilidade, sobretudo em termos de prerrogativas funcionais e administrativas, acabou por descaracterizar a iniciativa. Além disso, a fixação de apenas uma unidade administrativa como responsável pela apuração de todas as incorreções dos diversos segmentos da Administração Federal acabou representando, na prática, apenas um meio de legitimá-las. A institucionalização de canais de denúncias, ao mesmo tempo que amortece seus impactos, torna-as manipuláveis por aqueles que detêm o poder. Daí serem imprescindíveis a independência, a força e o prestígio do seu titular, elementos que não foram contemplados no Decreto em questão.

A prática já demonstrava que a publicidade sempre se constituiu na grande arma de que pode dispor o *ombudsman* contra os poderes da Administração Pública. Todas as legislações, como visto, consagravam a ampla possibilidade de divulgação dos atos objeto de investigação, muitas delas arrolando-a entre os seus deveres. André LEGRAND aponta como fundamental a possibilidade de *“provocar uma reação de opinião pública, fonte normal de todo o governo democrático,*

levando ao seu conhecimento o ato incriminado e os motivos da incorreção".⁵⁰ Não obstante, o Decreto n.º 93.714/86 dispunha em seu art. 5º, parágrafo único: *"É vedado à Codici, sem expressa autorização presidencial, dar divulgação a fatos sob sua avaliação ou apreciação"*. A última força que restava, desse modo, acabou por ser subtraída dessa Comissão, que nada mais foi que um balcão de reclamações da Administração Pública federal.

O próprio relatório⁵¹ anual de suas atividades, nos termos do Decreto (art. 8º, parágrafo único), só seria remetido ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas após censura do Presidente da República. Exsurge daí que esse diploma, que em sua ementa afirmava dispor acerca da defesa de direitos dos cidadãos contra abusos da Administração federal, acabou consagrando abusivamente a subtração do basilar direito de informação dos cidadãos brasileiros.

4. O projeto constituinte

O jogo democrático aprimorava-se. As demandas sociais, consubstanciadas em torno de carências básicas da cidadania, apresentava novo vigor, precisamente no momento em que o quadro institucional brasileiro estava sendo reelaborado por um Congresso Nacional Constituinte.

O entulho legislativo – a censura, o exílio, a

⁵⁰ LEGRAND, André. *L'ombudsman scandinave*. Paris: mimeo., s/n, 1970. p. 2.

⁵¹ *"Art. 8º A Codici elaborará, anualmente, relatório circunstanciado das atividades por ela desenvolvida, com fundamento neste Decreto. Parágrafo único. O relatório, de que trata este artigo, após aprovação do Presidente da República, será remetido à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e ao Tribunal de Contas da União, para conhecimento, bem assim a outros órgãos a que essa medida seja determinada"*.

intransparência administrativa e todos os seus consectários – tendia a ser soterrado.

Abria-se a possibilidade de uma construção democrática consubstanciada pelo potencial de que a sociedade dispunha para exercer um efetivo controle sobre os desígnios do Estado. O discurso da “democracia participativa” cedia lugar ao apelo por uma democracia sem adjetivos, por uma democracia pautada cultural, política, social e economicamente nas demandas sociais majoritárias, protagonizada, a partir da década de 1980, segundo RAICHELIS, por *“novos sujeitos sociais saídos das lutas pela reprodução social e transformados em interlocutores no campo de definições das políticas públicas”*.⁵² Assim, ocorre a emergência do chamado Terceiro Setor, que, segundo FISCHER, constitui-se

“como um conjunto organizacional diferenciado no bojo do processo de redemocratização, consolidando o trabalho de inúmeros grupos formais e informais que atuavam em diversos tipos de trabalho, que iam desde a mobilização civil para assegurar direitos e/ou para canalizar reivindicações, até atividades estruturadas de atendimento de necessidades específicas dos vários segmentos carentes da população”.⁵³

⁵² RAICHELIS, Raquel. *Esfera Pública e Conselhos de Assistência Social*. São Paulo: Cortez, 1998. p. 75.

⁵³ FISCHER, Rosa Maria & FALCONER, Andrés Pablo. *Desafios da Parceria Governo-Terceiro Setor*. Artigo apresentado no Primeiro Encontro da Rede de Pesquisas sobre o Terceiro Setor na América Latina e Caribe – ISTR, Escola de Serviço Social da UFRJ, abril de 1998. Mimeo. p. 3.

Diante da inevitabilidade do sistema representativo nas sociedades contemporâneas e da impossibilidade de se restaurar uma democracia ateniense, por meio da qual os cidadãos participassem diretamente das decisões governamentais, o fundamental à cidadania passava a se consubstanciar no exercício de um efetivo controle.

Se a liberdade de escolher os governantes não se mostrou suficiente na vida política nacional, tornava-se necessário algo mais: o direito de controlá-los.

Isso, por óbvio, implicaria aceitar as regras do jogo democrático, reconhecendo como legítimos os cânones institucionais presentes na organização política do Estado brasileiro.

Tratava-se, todavia, de uma utilização não seletiva das vias institucionais que ligam a sociedade civil ao Estado, acessível apenas a algumas categorias ou classes de cidadãos. Tratava-se da universalização do acesso aos mecanismos de controle do Estado para toda a cidadania, indistintamente.

No dizer de CAIO TÁCITO,

“O legislador brasileiro desperta [...] para a necessidade de proteger direitos e interesses coletivos que não se confundem com a tradição dos direitos individuais, há muito acobertados pelo controle jurisdicional da legalidade”.⁵⁴

⁵⁴ TÁCITO, ob. cit. p. 860.

A peregrinação dos cidadãos na trilha da defesa de novos direitos e no universo do controle do Estado tem ressonâncias tanto na esfera pública quanto na esfera privada. Naquela, seu reflexo mais relevante foi sentido no processo constituinte. O anteprojeto elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18 de julho de 1985, presidida pelo Prof. Afonso ARINOS, propunha expressamente a implantação do instituto sueco, dessa feita, sob a denominação de “Defensoria do Povo”:

“Art. 56 – É instituído o 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.

§ 1º O Defensor do Povo poderá promover a responsabilidade da autoridade requisitada no caso de omissão abusiva na adoção das providências requeridas.

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

I – o Defensor do Povo é escolhido, em eleição secreta, pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados, entre candidatos indicados

pela sociedade civil e de notório respeito público e reputação ilibada, com mandato renovável de cinco anos;

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

III – as Constituições Estaduais poderão instituir a Defensoria do Povo, de conformidade com os princípios constantes deste artigo”.

Com pequenas alterações do dispositivo acima transcrito,⁵⁵ o primeiro substitutivo manteve a previsão do instituto. Entretanto, o Relator Bernardo CABRAL, no segundo substitutivo, não o contemplou, subtraindo a possibilidade de o Brasil ser um dos primeiros países da América Latina a contar com um *ombudsman* no plano constitucional.

5. A Constituição Federal de 1988

O Congresso Nacional não podia, todavia, calar-se, em face da extraordinária pressão popular, demonstrada por mais de sete mil emendas, muitas das quais manifestando a insatisfação frente à insuficiência dos meios tradicionais de controle. Era necessário contemplar no texto constitucional espaços estruturais de controle que,

⁵⁵ Referente à redução do mandato para 4 (quatro) anos, impossibilidade de reeleição e limite mínimo de idade de 35 anos como requisitos inerentes ao cargo.

de qualquer modo, ampliassem a participação direta dos cidadãos.

Assim é que, além de diversos meios de participação já apontados, o Constituinte, no capítulo reservado à Administração Pública, acabou por prever uma lei ordinária para tratar, especialmente, das reclamações:

“Art. 37 – [...]

*§ 3º – As reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas em lei”.*⁵⁶

Como estava consagrado no Direito Administrativo brasileiro, reclamação administrativa *“é a oposição expressa a atos da administração que afetem direitos ou interesses legítimos do administrado”*.⁵⁷ Conforme CRETELLA JÚNIOR, é característica da reclamação administrativa *“sua amplitude, ou seja, ser facultado a toda pessoa física ou jurídica [...] lesada ou ameaçada em seu patrimônio ou em seu próprio ‘status’ pessoal”*.⁵⁸

Com esse pressuposto e considerando a polêmica doutrinária acerca do termo-conceito “serviço público”, foi defendido na revista editada pela Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina que

“nada impediria, com fundamento neste dispositivo constitucional, a institucionalização do

⁵⁶ O substitutivo da Comissão de Sistematização às Emendas do Plenário dispunha: *“Art. 44 – [...] § 2º A apreciação das reclamações relativas à prestação de serviços públicos será disciplinada em lei, que preverá as medidas administrativas e disciplinares cabíveis”*.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 562.

⁵⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 432.

ombudsman no ordenamento jurídico brasileiro [...] a legislação ordinária poderá, tal como ocorreu na Espanha e em Portugal, sagrar todas as recomendações contidas na mencionada 'Carta de Curitiba sobre a Instituição do Ombudsman'".⁵⁹

Ademais, esse entendimento era acolhido pelo próprio texto constitucional que acabou por instituir um vasto plexo de normas sobre participação, configurando como que um sistema fundado sobre o princípio democrático e do Estado de Direito.

Além da introdução de mecanismos típicos da democracia direta, como o plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14, respectivamente, incisos I, II e III da C. F.), a nova Carta Constitucional não só consagrou a ampliação dos direitos referentes à informação, ao exercício eleitoral dos analfabetos⁶⁰ e dos maiores de 16 anos, como também manteve e inovou diversos direitos voltados para o controle do Estado e para a participação popular, entre os quais cabe mencionar: a) direito de participar dos colegiados dos órgãos públicos em que interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10); b) direito de enviar petições, reclamações, representações ou queixas contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas para as Comissões do Congresso Nacional e suas Casas (art. 58, § 2º, IV); c) direito de denunciar

⁵⁹ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. A instituição do *ombudsman* no contexto jurídico e político brasileiro. *Seqüência*, Florianópolis, n. 16, jun. de 1988.

⁶⁰ Segundo levantamento elaborado por Olavo Brasil de LIMA JR., o modelo eleitoral adotado pela Constituição de 88 implementou uma ampliação de 5,8% do eleitorado, vez que a porcentagem do eleitorado na população total, em 1986, era de 49,9%, passando, em 1989, para 55,7% (LIMA JR., Olavo Brasil. O mercado político e o sistema partidário no Brasil: 1945-1990. In: DINIZ *et alii*, ob. cit. p. 29).

irregularidades ou ilegalidades praticadas por órgãos ou agentes públicos ao Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º); d) direito de participar do planejamento e execução da política agrícola (art. 187, *caput*); e) direito de participar da gestão administrativa da saúde pública (art. 198, III); f) direito de participar do sistema nacional de educação (art. 205, VI); g) direito de participar da promoção e defesa do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, §1º); h) direito de participação nas políticas públicas de promoção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 215, *caput*).

Nessa linha de interpretação – conjugando o teor do art. 37, § 3º da Constituição Federal, com o conjunto de dispositivos acima elencados – é que inúmeras Ouvidorias Públicas passaram a compor o quadro de diversos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta, das três esferas de Governo.

Como ventilado nas páginas introdutórias deste Capítulo, essas iniciativas serão analisadas a seguir, tendo como critério o âmbito de sua atuação. Reservou-se para o final do presente capítulo a descrição das Ouvidorias das Agências Reguladoras, criadas após a Emenda Constitucional n.º 19.

6. Ouvidoria Geral da República

A Ouvidoria Geral da República foi prevista como órgão integrante do Ministério da Justiça pela Lei n.º 8.490, de 19 de novembro de 1992, em seu art. 19, inciso I. Em 04 de janeiro de 1993 foi criada uma Comissão *“destinada a receber denúncias e reclamações relativas a irregularidades e improbidade na Administração Pública*

Federal direta, indireta e fundacional”. Nos termos do Decreto⁶¹ que a instituía, a Comissão seria presidida pelo Ministro da Justiça e integrada pelo Secretário Executivo, Consultor Jurídico e pelo Secretário de Estudos Legislativos.

O mesmo Decreto previa no art. 1º, § 3º:

“§3º – Instalada a Ouvidoria Geral da República, no âmbito do Ministério da Justiça, a comissão a que se refere esse artigo será extinta, transferindo-se o seu acervo e todos os expedientes em andamento”.

Em 14 de março de 2000, pelo Decreto n.º 3.382, que aprova a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão do Ministério da Justiça, restou novamente prevista a Ouvidoria Geral (art. 1º, inciso X), desta feita classificada como uma das áreas de competência do Ministério da Justiça (art. 1º, *caput*).⁶²

Precariamente instalada e sem uma regulação que estabelecesse com precisão seus poderes, atribuições, competências e garantias, os resultados da Ouvidoria Geral da República são modestos.

Entretanto, tramitam na Câmara dos Deputados dois projetos de lei que dispõem sobre a matéria, sendo um de iniciativa do

⁶¹ O referido Decreto foi registrado sem número pelo Serviço de Indexação e Referência Legislativa do Ministério da Justiça, e publicado também sem número (BRASIL. *Coletânea de Leis da República Federativa do Brasil*, Brasília, 185, 1, jan. 1983. p. 180).

⁶² O referido Decreto prevê no inciso XI, do art. 1º, a criação de uma Ouvidoria Geral das Polícias Federais.

próprio Poder Executivo e outro do Senador Pedro SIMON.

O projeto de lei, encaminhado pela Mensagem n.º 1.261/94, não obstante manter a Ouvidoria Geral como órgão específico da estrutura básica do Ministério da Justiça, prevê um amplo âmbito de atribuições, envolvendo o recebimento e encaminhamento de denúncias, reclamações e sugestões, tendo por objeto, mais especificamente:

I – a correção de erros, omissões ou abusos de agentes públicos federais;

II – a instauração de procedimentos disciplinares para apuração de ilícitos administrativos;

III – a prevenção e a correção de atos e procedimentos incompatíveis com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade da Administração Pública;

IV – a observância dos deveres e proibições funcionais estabelecidos na Lei n.º 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas;

V – o resguardo dos direitos dos usuários de serviços públicos federais;

VI – a disseminação e o aperfeiçoamento de formas de participação popular e comunitária no acompanhamento e fiscalização da prestação de serviços públicos;

VII – o aperfeiçoamento dos serviços públicos em geral”.

Nomeado pelo Presidente da República, mediante a indicação do Ministro da Justiça (art. 2º), poderá officiar a quaisquer autoridades da Administração Pública Federal, Direta, Indireta e fundacional, e aos concessionários e permissionários de serviços públicos (art. 3º, inc. I).

No curso de suas investigações poderá, a teor do art. 3º, inciso II, alínea *a*, do Projeto em exame, propor, diretamente ao Presidente da República, a suspensão do exercício do cargo ou função ocupado por agente público federal, bem como outras medidas que entender necessárias (art. 3º, inciso II, alínea *c*).

No mesmo sentido, o Projeto prevê a possibilidade de representar diretamente ao Tribunal de Contas da União, Procuradoria da República e ao Advogado Geral da União (art. 3º, §§ 1º, 2º e 3º).

Não obstante o art. 5º estabelecer que as autoridades e servidores federais deverão prestar as informações requisitadas pela Ouvidoria Geral, sob pena de prática de ilícito administrativo tipificado no inciso IV, do art. 117, da Lei n.º 8.112/90, ao titular do cargo não são previstos poderes para dar publicidade de suas ações, limitando a divulgação de suas ações ao encaminhamento de informações aos órgãos públicos indicados expressamente no Projeto (art. 3º).

Esse Projeto, segundo informações do Serviço de

Indexação e Referência Legislativa do Ministério da Justiça,⁶³ encontra-se em tramitação na Comissão de Finanças e Tributação, desde de 27 de setembro de 1999, tendo como relator o Deputado Armando MONTEIRO.

O segundo Projeto, apresentado pelo Senador Pedro SIMON, composto por apenas 7 (sete) artigos – com exceção da adstrição do âmbito de competência aos órgãos da Administração Pública e de conferir ao Ouvidor-Geral a missão de acolher projetos pioneiros voltados para o aperfeiçoamento do Poder Público – não apresenta diferença substantiva em relação ao anteriormente analisado.

Esse Projeto, segundo a mesma fonte de informação acima referida, encontra-se desde maio de 1996 no Gabinete do Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados, para encaminhamento ao serviço de revisão.

7. Ouvidorias Públicas estaduais

Em nível estadual, a primeira experiência é a da Ouvidoria Pública do Estado do Paraná, instituída pelo Decreto n.º 22, em 15 de março de 1991, pelo então governador Roberto REQUIÃO, repetindo, desse modo, a iniciativa que houvera tomado quando Prefeito Municipal. Dessa feita, entretanto, ampliou a competência do Ouvidor para a fiscalização dos atos de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, além de deferir ao titular do cargo poderes para execução de auditorias e análises de custo (art. 2º,

⁶³ Prestadas em 30 de julho de 2000.

inciso I e II).⁶⁴

Em face de tais atribuições, e seguindo a tradição das instituições assemelhadas ao instituto do *ombudsman*, expressamente vedou-se a competência para “*anular, revogar ou modificar os atos administrativos sob sua avaliação*” (art. 3º, inciso I), bem como para “*intervir, de qualquer forma, em questões pendentes de decisão judicial*” (art. 3º, inciso II).

Regimentalmente, através da Resolução n.º 002/91, foi ampliado substancialmente sua função de instrumento de controle, reproduzindo diversas competências do Tribunal de Contas do Estado e de outros órgãos de controle interno,⁶⁵ o que, além de gerar dificuldades operacionais, acabou por determinar um progressivo distanciamento entre a Ouvidoria-Geral e a opinião pública.

A subordinação orçamentária, administrativa e funcional do órgão à Governadoria, órgão responsável pela condução política do Estado, por outro lado, contribuiu para a difusão da crença, junto

⁶⁴ Os incisos I e II do art. 2º foram assim redigidos: “I – fiscalizar os atos de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, em todas as fases, no âmbito da Administração Estadual; II – planejar, organizar, orientar e executar auditorias e análises de custos no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Poder Executivo Estadual”.

⁶⁵ A referida Resolução dispunha: “A esfera de competência do Ouvidor-Geral compreende, basicamente, as seguintes atribuições: a) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos do Estado; b) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração estadual, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; c) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres do Estado; d) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional; e) fiscalizar os atos de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, em todas as suas fases, no âmbito da administração estadual; f) planejar, organizar, orientar e executar auditorias e análises de custos no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Poder Executivo Estadual; g) receber e apurar a procedência das reclamações e/ou denúncias que lhe forem dirigidas e determinar, quando cabível, a implantação de sindicâncias e inquéritos administrativos aos órgãos competentes”.

à burocracia administrativa, de que as iniciativas do Ouvidor eram determinadas a partir de conveniências político-partidárias do governo.

Essa situação só iria se inverter com a edição do Decreto n.º 468, de 01 de março de 1995, que, não obstante possuir um teor semelhante ao anterior, secundava as atribuições de controle em favor das voltadas para a defesa dos direitos dos cidadãos.⁶⁶

O novo Regimento Interno adotado pela Ouvidoria demonstra essa alteração ao estabelecer, entre suas atribuições, a de

“a) ampliar os canais de comunicação direta entre a administração pública e a população, expandindo a capacidade do cidadão de participar da fiscalização e avaliação das ações do Estado, por meio de programas que visem difundir, em uma perspectiva pedagógica, a prática da cidadania” (art. 1º).

Nesse sentido, foram implementados diversos programas especiais voltados para a reaproximação da Ouvidoria à comunidade, como os programas “Alô Cidadão”, “Ouvindo a Comunidade”, “Ouvidor-Mirim”, “Convênio da Cidadania”, “Ouvidor Ambiental” e “Quero Meus Pais”.

Entre o conjunto de novos programas, sobressai o intitulado “Ouvidor da Casa” – responsável pela implantação de cerca de 112 Ouvidorias setoriais⁶⁷ nos principais órgãos e entidades da

⁶⁶ Registre-se que a edição do Decreto n.º 468/95 foi determinada pelo fato de o Decreto n.º 22/91 prever expressamente que seu prazo de vigência teria como termo final o dia 31 de dezembro de 1994, data do término do mandato da gestão governamental que o instituiu.

⁶⁷ Entre essas cabe citar: Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina, Banco do Estado do Paraná, Casa Militar e Casa Civil, Departamento de Polícia Civil do Paraná, Instituto de Identificação do Paraná, Instituto de Pesos e Medidas do Paraná, Junta Comercial do Paraná, todos os núcleos regionais de educação, Polícia Militar, Rádio e Televisão Educativa do Paraná, todas as Secretarias de Estado etc.

Administração Direta e Indireta do Estado – e os denominados “Convênios da Cidadania” – voltados para o fomento de Ouvidorias Municipais interligadas à Estadual.

Para finalizar, convém mencionar a recente iniciativa da Ouvidoria do Estado do Paraná em instituir – em parceria com a Organização das Nações Unidas –, uma organização não-governamental intitulada Instituto Internacional para o Desenvolvimento da Cidadania (IIDAC). Conforme consta do seu próprio projeto, o objetivo da implantação dessa entidade é estabelecer uma:

“nueva colaboración interactiva entre el poder público, organismo internacionales y sociedad civil. Este modelo [...] abre otras puertas de diálogo con diversas Secretarías de Estado, Municipios y ONGs, para el bien común de toda la sociedad civil, para el futuro reto que nos depara el Siglo XXI a todos”.⁶⁸

Ao contrário do Paraná, o Estado do Ceará institucionalizou a Ouvidoria-Geral por meio de legislação ordinária: Lei n.º 12.686, de 14 de maio de 1997.

Vinculada à Governadoria do Estado (art. 1º, *caput*), o cargo do titular é, a teor do art. 2º, de livre nomeação e exoneração pelo Governador, sendo-lhe conferido remuneração e prerrogativas de Secretário de Estado.

Com a missão de zelar pela observância dos princípios constitucionais administrativos e de atuar na defesa dos “direitos e interesses individuais, homogêneos, coletivos e difusos” (art.

⁶⁸ *Memória de actividades conjuntas de IIDAC-ICVS y la Ouvidoria Geral do Estado do Paraná*. Curitiba, mimeo. p. 2.

1º, *caput*), o diploma acima referido estabelece as seguintes competências para o órgão:

“Art. 1º – [...]

§ 1º – na defesa dos princípios previstos no caput deste artigo, a Ouvidoria-Geral instaurará sindicância com vistas à apuração da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos-usuários dos serviços públicos estaduais.

§ 2º – Para apurar reclamações ou denúncias a Ouvidoria-Geral realizará inspeções e investigações que visem a apuração dos fatos, podendo os resultados contribuírem na formulação de propostas de modificação da Lei a serem encaminhadas à Assembléia Legislativa, bem como em sugestões de medida disciplinar administrativa ou em encaminhamento ao Poder Judiciário”.

Fugindo aos modelos até aqui analisados, a lei em estudo cria o Conselho de Defesa dos Direitos Humanos – vinculado à Ouvidoria e presidido pelo Ouvidor-Geral (art. 6º) – atraindo para si

todas as competências referentes à defesa de tais direitos.⁶⁹

Com notável influência na sociedade cearense, o Ouvidoria-Geral vem realizando uma série de ações, como a rede estadual de Ouvidores, a defesa e promoção do desenvolvimento sustentado (instituindo uma Ouvidoria Ambiental subordinada à Ouvidoria Geral), da cultura, da família e da cidadania.⁷⁰

Assemelhadas às experiências do Ceará e Paraná – ainda que em fase de consolidação – os Estados do Espírito Santo, Mato Grosso do Sul e Pernambuco contam com Ouvidorias Estaduais.

8. Ouvidorias Públicas municipais

Atualmente, segundo dados da Associação Brasileira de Ouvidores, mais de uma centena de Municípios brasileiros

⁶⁹ Entre tais atribuições, o art. 6º da Lei n.º 12.686/97 estabelece as seguintes: “*A difusão e a conscientização dos preceitos e dos valores éticos, morais e políticos que envolvem a questão dos direitos humanos, quer na sua abordagem educativa, quer na sua prática direta, reclamação e queixas de violação; II – receber queixas, denúncias e requerimentos, verbais ou escritos de qualquer cidadão ou entidade, que digam respeito à violação dos direitos da pessoa humana e dar-lhes o devido encaminhamento; III – proceder sindicância, solicitar e acompanhar a instauração de inquérito e processos, realizar contatos e entendimentos com autoridades públicas constituídas, bem como fazer representações e denúncias apresentadas, ou que cheguem ao seu conhecimento, como também tomar as providências cabíveis ao fiel cumprimento dos objetivos a que se propõe; IV – cooperar e promover intercâmbio com outras organizações estaduais, municipais, nacionais e internacionais comprometidas com a defesa dos direitos humanos; [...]*”. Nos termos da referida Lei, o Conselho de Defesa dos Direitos Humanos é composto por 16 (dezesseis) membros, representando diversos segmentos sociais (comunidade jurídica, comunidade universitária etc.).

⁷⁰ Além desses projetos implementados mediante de conselhos específicos, a Ouvidoria do Ceará vem atuando em outras relevantes áreas, *v. g.*, agrotóxicos, DNA, verificação de óbitos, programa de aprofundamento do plano de governo e projeto de mediação e arbitragem comunitária, de grande repercussão social.

contam com Ouvidorias em funcionamento.⁷¹

A análise da legislação desse conjunto de Ouvidorias Municipais revela uma extraordinária heterogeneidade, ainda não classificada pela doutrina.

Estabelecendo como um critério taxionômico a relação cruzada entre (1) localização institucional e vinculação interinstitucional, (2) previsão legal, (3) competência e (4) nível de autonomia, sobressaem desse conjunto três modelos, a seguir analisados.

O primeiro modelo reproduz a experiência institucional das Ouvidorias Estaduais: a) vinculação ao Poder Executivo; b) em geral regulado por ato normativo do Executivo; c) competência para o exercício do controle intra-orgânico dos órgãos da Administração Direta e Indireta; e d) autonomia limitada em face da natureza do cargo ser de livre nomeação e exoneração. Esse é o caso da grande maioria das experiências municipais, entre as quais se citam, como exemplo, as dos Municípios de Dois Vizinhos (PR),⁷² Guaratuba (PR),⁷³ Corbélia (PR),⁷⁴ Maringá (PR),⁷⁵ Iguaçu (PR),⁷⁶ São Benedito (CE)⁷⁷ e São Caetano do Sul (SP)⁷⁸. Saliente-se, ainda, no âmbito desse modelo, a existência no Estado do Paraná de diversas Ouvidorias

⁷¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE OUVIDORES [on line]. www.abo.com.br [disponível em 25.fev.2000].

⁷² Decreto n.º 3426/97.

⁷³ Decreto n.º 2158/99.

⁷⁴ Lei n.º 185/89, com redação similar à do Decreto que determinou a criação da Ouvidoria Municipal de Curitiba.

⁷⁵ Lei n.º Complementar n.º 79/94 e Decreto n.º 68/95.

⁷⁶ Decreto n.º 41/97.

⁷⁷ Lei n.º 464/97. Não obstante instituído por lei, a Ouvidoria está vinculada ao Poder Executivo e o titular do órgão ocupa um cargo de livre nomeação e exoneração.

⁷⁸ Lei n.º 3.949/97, *idem*.

Municipais criadas por força de convênio com a Ouvidoria Estadual, as quais têm como competência exclusiva a *“cooperação no recebimento de denúncias e reclamações sobre atos e omissões cometidos pela administração pública estadual”*.⁷⁹

Outro modelo raramente adotado no Brasil é o constituído pelas iniciativas que mais se aproximassem do modelo tradicional do *ombudsman*, como é o caso previsto na Lei Orgânica de Curitiba que, como visto, ainda não foi implantado. Nesse modelo, além da natureza inter e extra-orgânica de controle, estariam encartadas prerrogativas e garantias ao titular do cargo similares às dos parlamentares, além de ampla autonomia administrativa e financeira em face do órgão no qual se situa, sempre vinculado ao Legislativo.

O exemplo concreto mais próximo desse modelo em funcionamento no Brasil é o da Ouvidoria Pública do Município de Santos, instituída em 1994, por ato do Poder Legislativo (Lei Complementar n.º 121, de 14 de abril de 1994). Não obstante sua vinculação ao Poder Executivo, entretanto, o titular do cargo é detentor de mandato estabelecido em lei (art. 3º), o que lhe assegura um conjunto de prerrogativas instrumentais para o exercício pleno de suas atribuições (art. 6º), distintas das deferidas no âmbito do modelo anterior.

Ainda que mantendo a natureza de órgão interno, possui ampla competência sobre a Administração Direta e Indireta (art. 4º, inciso I), além de contar com articulações interinstitucionais com o Poder Legislativo (inclusive Tribunal de Contas), Ministério Público e entidades representativas da sociedade civil, conforme expressamente prevê o art. 4, incisos V, VI e VIII, da referida Lei Complementar.

⁷⁹ São exemplos dessas Ouvidorias as dos municípios de Apucarana (Lei n.º 61/95), Mandaguari (Decreto Legislativo n.º 12/97), Paranaguá (Lei n.º 1993, art. 6º, inciso I, alínea “b”) e Pinhais (Decreto n.º 002/97).

O terceiro modelo, muito recente, foi instituído no Município de Santo André (SP), por força da Lei n.º 7.877, de 30 de agosto de 1999, tendo entrado em funcionamento em dezembro do mesmo ano.

Criada como *“órgão independente, com autonomia administrativa e funcional, sem vínculo de subordinação a nenhum poder constituído”* (art. 1º, *caput*), a Ouvidoria Municipal de Santo André é dirigida por um Ouvidor eleito, com mandato de 2 (dois) anos.

A eleição é realizada por um colegiado de 17 (dezessete) membros indicados por entidades da sociedade civil,⁸⁰ os quais permanecem compondo o colegiado por um período igual ao mandato do Ouvidor.

O candidato ao cargo deverá, 10 (dez) dias antes da posse, desfiliar-se de partido político, caso filiado, e cessar toda e qualquer atividade incompatível com a função (art. 18), devendo, no ato da posse, *“assinar compromisso de não concorrer e nem coordenar campanha à primeira eleição subsequente ao término de seu mandato”* (art. 19), além do dever de apresentar sua declaração de bens (art. 20).

Com a competência de atender às reclamações

⁸⁰ A teor do art. 12 do referido diploma legal, esse colegiado é composto por representantes das seguintes entidades e órgãos: Fórum da Cidadania do ABC; Associação Comercial e Industrial de Santo André; Centro das Indústrias do Estado de São Paulo, regional de Santo André; Central Única dos Trabalhadores; Força Sindical; Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santo André; Federação das Sociedades Amigos de Bairro de Santo André; Conselho Municipal de Orçamento de Santo André; Conselho Municipal de Cultura de Santo André; Conselho Municipal da Educação de Santo André; Conselho Municipal de Gestão Ambiental de Santo André; Conselho Municipal de Assistência Social de Santo André. Além desses, um representante indicado por entidades cuja finalidade seja desenvolver atividades ligadas ao esporte, um representante de sindicatos não filiados às referidas centrais sindicais, um de entidades ligadas a classes profissionais e um representante do setor acadêmico de Santo André.

formuladas pelo cidadão, de maneira individual ou coletiva, relativa à Administração Pública Municipal Direta e Indireta, suas atribuições devem recair sobre todos os casos que envolverem:

- “I – não realização do serviço no prazo estipulado;*
- II – serviço realizado de forma irregular, defeituosa ou sem boa qualidade;*
- III – decisão, ato ou recomendação contrários à lei;*
- IV – decisão, ato ou recomendação, que, apesar de legal, seja injusto, arbitrário, discriminatório, negligente, abusivo ou opressivo;*
- V – recusa em dar explicações sobre sua decisão, ato ou recomendação;*
- VI – não atendimento ao artigo 92 da Lei Orgânica Municipal;*
- VII – recusa em responder ou acatar sugestões” (art. 1º, § 1º).*

Podendo atuar de ofício ou mediante provocação do interessado (art. 4º, § 2º),⁸¹ ao titular do cargo são conferidos amplos poderes de inspeção e recomendação, além de possuir legitimidade para a instauração de processo disciplinar (art. 4º c/c art. 8º).

Tal como os *ombudsmen* analisados no Capítulo anterior, o Ouvidor de Santo André tem como principal instrumento de atuação a publicidade de seus atos:

⁸¹ Nos termos do art. 2º do referido diploma, só serão aceitas reclamações com a demonstração de interesse direto do reclamante.

“Art. 9º – A Ouvidoria prestará contas anual-mente ao Colegiado descrito no art. 12 através de relatório contendo informações sobre suas atividades e sobre a execução orçamentária e financeira do órgão.

*Parágrafo único – O relatório deverá ser publicado junto aos Atos Oficiais do Município e ter ampla divulgação nos demais órgãos de comunicação”.*⁸²

Com vistas à independência administrativa, os cargos de Ouvidor Adjunto e de Coordenadores de Programa I são de livre nomeação do Ouvidor-Geral (art. 10, § 2º), sendo-lhe vedada a escolha de pessoas ligadas ao Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários e Vereadores, por laços de casamento, afinidade e parentesco até o 2º grau (art. 10, § 3º).

Saliente-se, por fim, que essa experiência institucional de Santo André mereceu premiação pelo Ciclo 2000 da Gestão Pública e Cidadania, promovido pela Fundação Ford e pela Fundação Getúlio Vargas.

9. Ouvidorias Públicas setoriais

As Ouvidorias setoriais no Brasil reproduzem de algum modo o primeiro e o terceiro modelo das Ouvidorias Municipais: um primeiro grupo vincula-se e subordina-se ao próprio órgão ou entidade objeto do controle; um segundo apresenta sólidos vínculos com

⁸² Recentemente o Ouvidor Geral veiculou no *Diário do Grande ABC* seu primeiro relatório, apresentado o resultado dos 74 processos abertos, em face de 266 reclamações recebidas nos primeiros meses de funcionamento.

a sociedade civil e um amplo nível de autonomia em relação ao órgão ou entidade.

No primeiro modelo, inclui-se o maior número de ouvidorias setoriais, vinculadas e subordinadas a órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, tais como Ouvidorias de hospitais, bancos de sangue, a maioria das Ouvidorias universitárias e de polícia, das empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias brasileiras.

Esse é o caso, por exemplo, da Ouvidoria Geral do Ministério da Previdência e Assistência Social, instituída pela Portaria n.º 5.716, de 06 de setembro de 1999.

Nos termos desse diploma, o órgão subordina-se ao Gabinete do Ministro (art. 7º), ocupando um cargo de livre nomeação e exoneração.

Competindo-lhe o controle dos órgãos integrantes e vinculados ao Ministério e à defesa dos cidadãos, especialmente os usuários dos serviços prestados pela Previdência Social, são estabelecidas amplas competências ao titular do cargo, inclusive as de realizar, por iniciativa própria, auditorias operacionais (art. 1º, inciso IV).

Não obstante os poderes atribuídos ao Ouvidor, pertinentes à investigações, inspeções, representação e auditorias, o máximo que poderá realizar será *“dar conhecimento aos órgãos de direção superior da Previdência Social”* (art. 1º, inciso III), vez que não há qualquer previsão que autorize a publicidade de seus atos.

Para que se tenha uma noção aproximada da difusão desse modelo nas unidades federativas, basta citar que apenas no Poder Executivo do Estado do Paraná – mediante a implementação do Programa “Ouvidor da Casa” –, até julho de 2000, havia cerca de 112

Ouvidorias, ligadas a estabelecimentos de ensino, Secretarias de Estado e entidades da Administração Indireta, especialmente fundações públicas.

O Estado de São Paulo certamente contará, em breve espaço de tempo, com o maior número desse tipo de Ouvidoria, hoje, com um universo de 117 (cento e dezessete) já instaladas.⁸³ É que com a edição da Lei n.º 10.294, de 20 de abril de 1999, regulada pelo Decreto n.º 44.074, de 1º de julho de 1999, *“todos os serviços públicos prestados pelo Estado, por meio da Administração Pública direta, indireta e fundacional e por particular, mediante concessão, permissão, autorização ou qualquer outra forma de delegação por ato administrativo, contrato ou convênio”* (art. 7º do Decreto n.º 44.074/99), deverão contar com uma Ouvidoria em sua sede.

Ainda que a referida lei assegure ao titular do cargo *“independência e autonomia, sem qualquer ingerência político-partidária”* (art. 3º, *caput*), conferindo-lhe um período de 1 (um) ano de estabilidade, não logrou garantir uma indicação imparcial, a qual permanece a juízo do Secretário de Estado (art. 6º).

A previsão da estabilidade, bem assim do âmbito de uma ampla competência que eleva o Ouvidor ao *status* de *“representante do cidadão junto à instituição em que atua”* (art. 1º, inciso I), torna bastante distintas as iniciativas do Governo do Estado do Paraná e o de São Paulo, ainda que ambas apresentem como característica a subordinação ao órgão controlado.

Os exemplos mais expressivos do segundo modelo

⁸³ Levantamento elaborado por (Edson Vismona. A Ouvidoria no Brasil e seus princípios. In: LYRA, Rubens Pinto *et alii*. *A ouvidoria no Brasil*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/Associação Brasileira de Ouvidores, 2000, p. 11).

são algumas Ouvidorias de Polícia e algumas Ouvidorias Universitárias, a seguir analisadas.

As Ouvidorias de Polícia adequadas a esse modelo têm como característica o fato de o titular do órgão ser nomeado pelo Governador entre integrantes de uma lista tríplice elaborada pelo Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos, que contam com destacados representantes de organizações da sociedade civil. Este é o caso, por exemplo, das Ouvidorias de Polícia dos Estados de São Paulo (instituída pela Lei n.º 826, em 20 de junho de 1996), de Minas Gerais (instituída pela Lei n.º 12.622, de 25 de setembro de 1997),⁸⁴ do Pará (Lei n.º 5.944, de 2 de fevereiro de 1996) e do Espírito Santo (Lei n.º 5649/98, de 14 de maio de 1998).⁸⁵

Além dessas características, algumas das Ouvidorias acima mencionadas possuem em sua estrutura um Conselho Consultivo, como a de São Paulo (art. 5º), composto por onze membros, nove dos quais representando a sociedade civil.⁸⁶ Nos termos do §2º, do art. 5º do diploma paulista, os membros desse Conselho somente poderão ser destituídos mediante decisão fundamentada do Secretário de Segurança

⁸⁴ Alterada posteriormente pela Lei n.º 13.342/99 e n.º 13.466/2000, ambas modificando tão-somente a localização da Ouvidoria na estrutura administrativa do Estado.

⁸⁵ As demais ouvidorias de polícia, como as atuantes nos Estados do Ceará, Rio de Janeiro, Paraná e no Distrito Federal, devem ser classificadas como sendo do primeiro modelo, em face do elevado nível de dependência aos escalões superiores dos órgãos controlados. Algumas dessas – como é o caso da Ouvidoria de Polícia do Estado do Rio de Janeiro –, além de garantir ao titular do órgão mandato de 1 (um) ano, veda que o cargo seja ocupado por funcionários, ativos ou inativos, das corporações policiais (art. 6º).

⁸⁶ Como é o caso dos Prof.^{es} Goffredo da Silva TELLES JÚNIOR (USP), Fábio Konder COMPARATO (USP), Flávia PIOVESAN (PUC-SP), Maria Ignês BIERRENBACH (CONDEPE), além de representantes da Anistia Internacional, da Associação de Juízes pela Democracia e da Associação do Ministério Público Democrático.

Pública, ouvido o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

Com tais vínculos com a sociedade civil, essas Ouvidorias têm se destacado no exercício autônomo e independente⁸⁷ de suas atribuições que, com isso, distanciam-se do recorte elaborado pelas demais Ouvidorias setoriais.

Em geral, o âmbito de competência de tais Ouvidorias é amplo, envolvendo todos os órgãos e servidores da Polícia Civil e Militar, sobre os quais podem atuar de ofício ou por meio de reclamações, representações ou denúncias. De seus poderes constam acesso irrestrito a documentos e informações, requisição de funcionários, podendo também sugerir medidas de aprimoramento, correção e mesmo instauração de processos administrativos disciplinares.

Em face da matéria objeto de controle, tais Ouvidorias garantem ao reclamante sigilo da fonte de informação⁸⁸ e absoluta informalidade na apresentação da reclamação, não obstante nenhuma das legislações nacionais prever, expressamente, garantias para os internos do sistema penitenciário poderem recorrer aos serviços do Ouvidor, como ocorre, por exemplo, na legislação espanhola.⁸⁹

Alguns Estados, como o Espírito Santo, impõem como requisito para provimento do cargo diploma de nível superior em Ciências Jurídicas ou Sociais e experiência na área profissional de 5

⁸⁷ A autonomia e independência são, no caso de São Paulo, expressamente consignadas na Lei n.º 826/96 (art. 3º).

⁸⁸ No caso da lei paulista essa previsão está contida no art. 1º, § 2º; no caso do Espírito Santo, no art. 2º, § 2º.

⁸⁹ Art. 10, da Lei Orgânica n.º 3/91.

(cinco) anos (art. 9º, da Lei n.º 5649/98).

Por fim, cabe mencionar que no Brasil tem sido regra a vinculação dessas Ouvidorias ao Gabinete do Governador ou da Secretaria de Segurança Pública.

Já em 1975, Celso Barroso LEITE, então Diretor-Executivo da CAPES (Coordenação do Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), do Ministério da Educação e Cultura, após conhecer o *Ombudsman* da Universidade de Ohio, dos Estados Unidos da América, registrava que

*“à luz da animadora experiência [...] firmou-se minha convicção de que o Ombudsman na Universidade é algo de significativo e promissor, podendo mesmo constituir valioso instrumento para a solução da crise universal do ensino superior”.*⁹⁰

Vinte e cinco anos após, o Brasil contaria com 18 (dezoito) Ouvidorias Universitárias, articuladas na

*“primeira rede nacional de Ouvidorias Públicas [...] assim distribuídas: nove em Instituições Estaduais de Ensino Superior [...]; seis em Instituições Federais de Ensino [...]; duas em Instituições Particulares de Ensino Superior e uma em Instituição Comunitária de Ensino Superior”.*⁹¹

⁹⁰ LEITE, Celso Barroso. *Ombudsman: corregedor administrativo*, ob. cit., p. 70.

⁹¹ Em alentado e profundo estudo desenvolvido pelo Prof. Rubens Pinto LYRA (ob. cit., p. 85) foram catalogadas as seguintes ouvidorias universitárias nas instituições

A iniciativa mais paradigmática, do ponto de vista da independência, é o da Universidade Federal da Paraíba, cuja Ouvidoria foi instalada em 1999. Seu titular, além de ser escolhido pelo Conselho Universitário – como também ocorre no caso do Ouvidor da Universidade Federal de Juiz de Fora⁹² –, *“pode ser indicado não apenas pelo Reitor, mas por qualquer integrante do Conselho, que o escolhe livremente”*.⁹³

Com mandato consignado pelo órgão superior da Universidade, o Ouvidor possui a necessária legitimação da comunidade para o exercício de suas atribuições.⁹⁴ Nesse sentido, o I Encontro Nacional de Ouvidorias Universitárias consignou, na Carta de João Pessoa, que as Ouvidorias deveriam ser instituídas

“como unidades administrativas dotadas de

federais e estaduais de ensino superior: Universidade Federal do Espírito Santo (1992), Universidade Federal de Santa Catarina (1996), Universidade Federal de Juiz de Fora (1996), Universidade Federal de Viçosa (1998), Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1999), Universidade Estadual do Ceará (1997), Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (1999), Escola de Música e Belas Artes do Paraná (1999), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000), Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Cornélio Procopio (1999), Faculdade de Engenharia Química de Lorena (1999), Faculdade de Medicina de Marília (1999), Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto (1999), Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1999), além das seguintes ouvidorias de instituições particulares e comunitárias: Universidade de Salvador (1998), Universidade Católica de Brasília (1999) e Universidade de Santa Cruz do Sul (1998). O referido professor, no mesmo artigo, afirma que *“espera-se [...] a instalação, prevista para ainda este semestre, da Ouvidoria da Universidade de Campinas (UNICAMP), que está em caráter experimental, e da Ouvidoria Geral da Universidade de São Paulo (USP)”* (LYRA, Rubens Pinto. *A Ouvidoria no Brasil*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, Associação Brasileira de Ouvidores, 2000. p. 70).

⁹² Ainda que no caso da Universidade Federal de Juiz de Fora o Conselho apenas homologue a escolha do Reitor, ao contrário da Universidade Federal da Paraíba, na qual o titular do cargo é eleito pelo Conselho.

⁹³ LYRA, ob. cit. p. 75.

⁹⁴ Voltadas, nesse caso, mais para a mediação e participação que para a investigação.

autonomia funcional, sendo seus titulares eleitos pelo órgão colegiado superior da instituição, com mandato certo e que tenham por finalidade a promoção da democracia e o estímulo à participação do cidadão na gestão Universitária".⁹⁵

Reafirmando a necessidade do atendimento a essas características, o Fórum Nacional de Ouvidorias Universitárias, reunidos no II Encontro Nacional de Ouvidorias Universitárias,⁹⁶ fez constar da *Carta de São Paulo* posição semelhante.⁹⁷

A implementação dessas diretrizes por certo contribuirão para incluir as Ouvidorias Universitárias brasileiras em um modelo similar ao adotado, desde 1965, pelo Canadá e por outros países do mundo, como Espanha, Estados Unidos, México etc.⁹⁸ Note-se, entretanto, que algumas dessas iniciativas contemplam a eleição direta do *ombudsman* por toda a comunidade universitária,⁹⁹ o que, nesse

⁹⁵ *Carta de João Pessoa*, aprovada em 18 de junho de 1999, no I Encontro Nacional de Ouvidorias Universitárias (*apud* LYRA, ob. cit. p. 75).

⁹⁶ Realizado em 30 de maio de 2000, em São Paulo, capital.

⁹⁷ Do item 2 da Carta consta: "*conclamar os dirigentes das IES a criarem Ouvidorias e recomendar que estas se constituam em unidades administrativas dotadas de autonomia funcional, sendo seus titulares eleitos pelo colegiado deliberativo máximo da instituição, com mandato certo e que tenham por finalidade o aprimoramento da democracia e o estímulo à participação do cidadão na gestão universitária*".

⁹⁸ Na América Latina, a primeira experiência que se conhece é da Universidad Nacional Autónoma de México, instituída em 1985 (MALDONADO, Maria Carreras *et alii*. *Concordancias y comentarios del Estatuto y del Reglamento de Defensoría de los Derechos Universitarios*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. p. 22).

⁹⁹ Esse é o caso, por exemplo, da Universidade de Simón Froser, de Burnaby, Canadá.

particular, distancia-se do modelo proposto no referido Simpósio.¹⁰⁰

Saliente-se, ao final, o relevo que o Fórum Nacional de Ouvidorias Universitárias, sob a Presidência do Prof. Dr. Rubens Pinto LYRA, tem conferido à natureza participativa das Ouvidorias Públicas.¹⁰¹ Em seu próprio testemunho como Ouvidor da Universidade Federal da Paraíba, registra:

“Nessa Universidade, a Ouvidoria recém-criada privilegia o fortalecimento e a disseminação dos instrumentos de participação da comunidade universitária e da sociedade na gestão institucional, nos seus diferentes níveis, como forma de garantir mais fácil identificação dos problemas existentes e os meios mais adequados para a sua resolução; maior criatividade nas soluções a serem implementadas e o aprimoramento crítico da

¹⁰⁰ Em relação à eleição do Ouvidor, a posição do Prof. Dr. Rubens Pinto LYRA é clara: *“passados quase 10 anos, o amadurecimento de minhas reflexões sobre o papel do Ouvidor faz-me descartar como válida a alternativa de eleições diretas pelas seguintes razões: 1 – não faria sentido uma campanha eleitoral para a escolha do Ouvidor uma vez que, não sendo dotado de poder administrativo, não teria programa a propor, tornando assim inócua e sem motivação tal campanha; 2 – a mobilização decorrente da realização de eleições diretas levaria a polarização da comunidade universitária, dividida entre os eventuais candidatos a Ouvidor, identificando-o com as facções existentes na universidade [...]; 3 – se o eleito tiver sido apoiado pelo Reitor, a ele devendo o cargo, este não poderá ser exercido com efetiva autonomia. Se adversário da administração, será tentado a exercitar o poder paralelo, seja colocando-se ele próprio como candidato à sucessão, seja pondo a Ouvidoria a serviço de uma candidatura oposicionista”* (LYRA, ob. cit. p. 82).

¹⁰¹ A própria *Carta de São Paulo*, acima referida, inicia-se *“considerando a importância das Ouvidorias como instrumento de participação do cidadão no aprimoramento das Instituições de Ensino Superior”*.

*administração, capaz de promover mudanças de fundo na vida universitária”.*¹⁰²

10. Ouvidoria do Poder Judiciário

O Brasil tem presenciado, nos últimos anos, a criação de diversas Ouvidorias vinculadas aos Poderes Judiciários estaduais. Este é o caso, por exemplo, dos Estados de Pernambuco, Espírito Santo, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Maranhão, Mato Grosso do Sul e Distrito Federal.

Tais Ouvidorias são, em geral, instituídas por Resolução dos órgãos especiais do Poder Judiciário, ao qual incumbe a indicação de dois desembargadores, para atuarem como Ouvidor Titular e Ouvidor Substituto.

Com funções iguais às de seus semelhantes, essas Ouvidorias têm estabelecido como missão a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos contra atos e omissões ilegais ou injustos cometidos pelo Poder Judiciário. A Ouvidoria do Poder Judiciário do Distrito Federal e Territórios, por exemplo, estabelece o seguinte âmbito de competência:

“I – receber as reclamações ou denúncias que lhe forem dirigidas e encaminhá-las ao presidente do Tribunal de Justiça ou ao Corregedor-Geral da Justiça, com vistas a correções e, quando cabível, para a

¹⁰² LYRA, ob. cit. p. 80.

instauração de sindicâncias, inquéritos administrativos e de auditorias;

II – sugerir medidas de aprimoramento da prestação de serviços jurisdicionais, com base nas reclamações, denúncias e sugestões recebidas, visando a garantir que os problemas detectados não se tornem objeto de repetições contínuas;

III – recomendar a anulação ou correção de atos contrários à lei ou às regras da boa administração, representando, quando necessário, aos órgãos superiores competentes [...]”¹⁰³

Além dessas atribuições, é comum o estabelecimento de outras voltadas para a divulgação dos direitos dos cidadãos e dos serviços da Ouvidoria (art. 3º, incs. IV e segs.).

Como instrumento de controle interno do Poder Judiciário, tem-se levantado a coincidência de funções entre essas Ouvidorias e a Corregedoria. Entretanto, na prática, o perfil que essas Ouvidorias têm assumido vem demonstrando não só substantivas diferenças entre tais órgãos como a possibilidade de uma perfeita complementariedade no processo de aprimoramento do Poder

¹⁰³ Art. 3º da Resolução n.º 03, de 27 de março de 2000.

Judiciário brasileiro.¹⁰⁴

11. Ouvidorias Públicas e Reforma do Estado

Para melhor compreensão das Ouvidorias Públicas instituídas (ou a serem instituídas) pelo Governo Federal, a partir de meados da década de noventa, é preciso situá-las no ambiente do que se convencionou chamar Reforma do Aparelho do Estado e Programa Nacional de Desestatização.

As reformas brasileiras implementadas nesse período tiveram como paradigma o gerencialismo inglês, iniciado nos primeiros anos da década de oitenta. BRESSER PEREIRA reconheceu essa filiação em recente artigo escrito para a Revista Iberoamericana de Administración Pública:

“después de evaluar la grave influencia de la Administración pública brasileña, se desarrolla el marco teórico de la reforma, que se inspira en las reformas de gestión que están teniendo lugar desde la década de 1980 em algunos países de la OCDE,

¹⁰⁴ Ainda no âmbito jurídico, cabe registrar a iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Paraná, em instituir uma Ouvidoria Geral, *“como órgão independente da Diretoria e do Conselho Seccional”* (art. 51, do Regimento Interno), com a atribuição de *“acompanhar a atuação da Seção e das Subseções, apresentar críticas e sugestões para o aprimoramento da administração, com poderes para requisitar informações, receber reclamações e mandar processá-las, bem como determinar a instauração de inquéritos e sindicâncias”* (art. 51, do Regimento Interno). Nos termos do referido regimento, o Ouvidor é de escolha do Conselho Seccional, para um mandato de um ano, devendo recair em advogado com mais de dez anos de exercício profissional e reputação ilibada (art. 51, § 1º, redação dada pela Res. n.º 06/98).

especialmente Gran Bretaña".¹⁰⁵

Na dicção do mesmo autor, *"la reforma brasileña de la gestión pública se definió originalmente en el* Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado".¹⁰⁶ Esse documento, editado e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado¹⁰⁷ – órgão subordinado à Presidência da República –, em 1995, estabelece alguns parâmetros conceituais que devem ser, desde já, considerados:

*"A reforma do Estado é um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania [...] focaliza sua atenção na administração pública federal, mas muitas das suas diretrizes e propostas podem também ser aplicadas a nível estadual e municipal."*¹⁰⁸

¹⁰⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reflexiones de un reformador: la reforma de la constitución en el Brasil democrático. *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, Madrid, n. 3, p. 107-131, jul.-dec., 1999. p.108-109.

¹⁰⁶ *Idem.* p. 108.

¹⁰⁷ Órgão governamental responsável pela aprovação, acompanhamento e avaliação do conjunto de projetos da Reforma do Estado, subordinado diretamente à Presidência da República, a ele compete a gerência político-estratégica da aprovação desses projetos, na forma de emendas constitucionais ou leis (ordinárias ou complementares), junto ao Congresso Nacional. O Conselho da Reforma do Estado, distintamente, estava subordinado ao Ministério de Administração e Reforma do Estado. Com natureza consultiva, competia-lhe, fundamentalmente, a articulação dos projetos do MARE perante a sociedade civil. Na prática, ambos os conselhos tiveram reduzida influência no processo global das reformas para as quais foram instituídos.

¹⁰⁸ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Câmara da Reforma do Estado, ob. cit. p. 17.

Nesse sentido, o projeto de reforma do Estado se constitui em um gênero que abrange diversas reformas, entre as quais a previdenciária, a tributária, a eleitoral, a partidária, do Poder Judiciário e do aparelho do Estado.

A própria noção de aparelho do Estado, formulada pelos protagonistas da reforma, esclarece:

“Entende-se por aparelho do Estado a administração pública em sentido amplo, ou seja, a estrutura organizacional do Estado, em seus três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e três níveis (União, Estados-membros e Municípios). O Aparelho do Estado é constituído pelo governo, isto é, pela cúpula dirigente nos três Poderes, por um corpo de funcionários, e pela força militar.”¹⁰⁹

Com essa noção, e considerando o princípio federativo consagrado pela ordem constitucional (art. 1º CF), o projeto de reforma do aparelho do Estado alcança exclusivamente os órgãos e poderes da União.¹¹⁰

O importante, todavia, é a compreensão de que – ainda que medianamente articulada com os demais projetos – a reforma do aparelho do Estado tem como objeto exclusivo implementar

¹⁰⁹ *Idem.* p. 16.

¹¹⁰ Tal fato evidentemente não elide a possibilidade de os demais entes da federação (Distrito Federal, Estados-membros e Municípios) adotarem, integral ou parcialmente, as propostas do Governo Federal. Entretanto, em vista de sua autonomia, deverão fazê-lo pelos meios e procedimentos próprios, à luz das Constituições Estaduais ou das Leis Orgânicas dos diferentes Municípios.

transformações de natureza estrutural e funcional na Administração Pública Federal.

Para entender essa proposta de reestruturação administrativa, deve-se ter em conta que seus formuladores partem da *“existência de quatro setores dentro do Estado: (1) núcleo estratégico do Estado; (2) atividades exclusivas do Estado; (3) os serviços não exclusivos ou competitivos; e (4) a produção de bens e serviços para o mercado”*.¹¹¹

O núcleo estratégico seria o *locus* de definição das leis e das políticas públicas. De dimensão relativamente pequena, esse espaço de decisões estratégicas é ocupado, no nível federal, pela Presidência da República, cúpula dos Ministérios, Justiças federais, Tribunais superiores, Ministério Público Federal e Poder Legislativo.

As atividades exclusivas seriam aquelas cuja realização caberia exclusivamente ao Poder Público, como, por exemplo, as pertinentes à regulação, ao fomento e à tributação. Nesse elenco encontram-se, entre outros, a polícia, as Forças Armadas, os órgãos de controle, fiscalização e de transferência de recursos (como o Sistema Único de Saúde, o sistema de auxílio ao desemprego, a previdência social básica etc.).

Os serviços não-exclusivos ou competitivos seriam aqueles que, para serem exercidos, não envolvem o “poder de Estado”, nada obstando sejam realizados por particulares. Segundo os protagonistas da reforma, nesse âmbito, o Poder Público compete com a iniciativa privada, sendo que a presença do Estado só se justifica em razão

¹¹¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo: Ed. 34, 1996. p. 283.

de tais serviços, em regra, envolverem direitos fundamentais (como educação e saúde) ou produzirem bens que não podem ser objetos de atividade mercantil como, *v. g.*, as universidades,¹¹² museus, centros de pesquisa e hospitais.

A produção de bens e serviços para o mercado envolveria o setor público que está no mercado em absoluta igualdade de condições com as entidades privadas. Tratam-se de atividades econômicas vocacionadas ao lucro, só se justificando a presença do Estado neste setor em razão de (1) serem atividades naturalmente monopolistas ou (2) pela falta de capital do setor privado para desenvolvê-las. Este é o caso, por exemplo, da presença do Estado nas atividades portuárias ou rodoviárias.

Pautado nessa classificação – que, como se vê, funda-se no chamado princípio da subsidiariedade¹¹³ – a proposta modificaria substancialmente a estrutura da Administração Pública brasileira instituída pelo Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, cuja arquitetura institucional compreende a Administração Direta (*“serviços*

¹¹² As universidades federais, dada a resistência apresentada pela comunidade científica, foram excluídas do projeto de reforma do aparelho de Estado, para serem objeto de uma legislação específica (cf. BENAKOUCHE, Rabah. A autonomia universitária no contexto da reforma do aparelho do Estado. *Universidade e Sociedade*, Brasília, v. 9, n. 19, p. 28-36, maio-ago., 1999).

¹¹³ Vale aqui lembrar a lição de BARACHO: *“O princípio de subsidiariedade nem sempre encontra-se inscrito em texto, nem os governantes reclamam que ele não possa ser levado em consideração. Trata-se de noção, na maioria das vezes, de ordem doutrinária. Não se pode esquecer, entretanto, que o princípio conduz a problemas essenciais de descentralização. As análises das reformas descentralizantes, em épocas anteriores, mostram que, freqüentemente, os debates verificam os aspectos de detalhe, perdendo a visão de conjunto [...] na perspectiva do princípio de subsidiariedade, os problemas de descentralização são, essencialmente, questões de poderes e de competências”* (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 31).

integrados na estrutura administrativa da Presidência e dos Ministérios)¹¹⁴ e Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações).¹¹⁵

O recorte patrocinado pela reforma tem como pressuposto a existência de três segmentos: a) espaço público estatal; b) o espaço público não-estatal, e c) o mercado.

Com regime jurídico de Direito Público, o espaço público estatal seria composto pelo núcleo estratégico (compreendendo o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, a Procuradoria da República, e alguns órgãos da Administração Direta como a Presidência da República, Ministérios e Secretarias Especiais) e pelas Agências Reguladoras e Executivas, instituídas por lei específica, na forma de autarquias especiais.

Com regime jurídico de direito privado, o espaço público não-estatal seria constituído, especialmente, pelas Organizações

¹¹⁴ Art. 4º do Decreto-Lei n.º 200/67.

¹¹⁵ Essas (fundações públicas) foram previstas no Decreto-Lei n.º 200 apenas em 1987. por força da Lei n.º 7.5965/87.

Sociais¹¹⁶ e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público,¹¹⁷ reguladas, respectivamente, pelas Leis n.º 9.637/98 e n.º 9.790/99.

Ao mercado seriam transferidas as atividades realizadas por alguns órgãos da Administração Direta, e por algumas entidades da Administração Indireta, especialmente as sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas. O principal processo dessas transferências, não incluído no âmbito da Reforma do Aparelho do Estado, é regulado pelo Programa Nacional de Desestatização, criado pela Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, objeto de diversas normas

¹¹⁶ A doutrina construiu um conceito de organizações sociais: *“pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Público, criadas [...] segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado”* (MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil*. II Congresso Interamericano sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública. Ilha de Margarita, Venezuela: CLAD – Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 1977, p. 2). A Lei n.º 9.637/98 não fornece uma definição de organizações sociais, limitando-se a determinar que *“o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei”*. Segundo Juarez Freitas, *“além de lacunosa, esta definição se arrima, bem de ver, na incompreensão de fundo do próprio regime misto e na excessiva discricionariedade no tocante à habilitação, somente menos grave do que aquela destinada à desqualificação”* (FREITAS, Juarez. Regime peculiar das organizações sociais e indispensável aperfeiçoamento do modelo federal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 214, p. 99-106, out.-dez. 1998). O importante, todavia, é perceber que as Organizações Sociais se constituem a partir da extinção de órgãos e entidades públicas que desempenham as atividades indicadas na referida lei. Nesse sentido, *“a idéia é de que sejam instituídas pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos que executem essas atividades, contando com os bens, os servidores e os recursos cedidos do órgão ou entidade para tanto extintos. Dirigidas por um conselho híbrido, formado por representantes do Poder Público e da sociedade civil, sua administração seria regulada por um contrato de gestão, o qual condicionaria o repasse de recurso ao atingimento de metas fixadas pelo governo”* (GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes. *Espaço público não-estatal*. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 25 de fevereiro de 2000. Caderno I. p. 12).

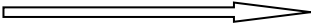
modificadoras.

O quadro abaixo resume os termos dessa reestruturação:

QUADRO 2
REFORMA DO APARELHO DO ESTADO

Poder Legislativo, Judiciário, Procuradoria da República e alguns órgãos da Administração Pública Direta, como a Presidência da República e Ministérios.	NÚCLEO ESTRATÉGICO	<i>REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO</i>
Atividades Exclusivas do Estado (segurança pública, controle, fiscalização, subsídios, seguridade social básica etc.).	AGÊNCIAS EXECUTIVAS	<i>REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO</i>
Serviços Não Exclusivos do Estado (saúde, cultura, meio ambiente, desenvolvimento	ORGANIZAÇÕES SOCIAIS e ORGANIZAÇÕES DA	<i>REGIME JURÍDICO DE DIREITO PRIVADO</i>

¹¹⁷ As organizações da sociedade civil de interesse público, contrariamente às organizações sociais, não surgem a partir do Estado, mas da própria sociedade. *“Trata-se de entidades filantrópicas, constituídas pela comunidade na forma de associação ou fundação, que recebem a qualificação de Interesse Público. Nessa condição, tornam-se habilitadas a firmar termos de parceria com a União, para prestarem – além dos serviços destinados às organizações sociais –, os de combate à pobreza, proteção de minorias, segurança alimentar, promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia, alternativas de produção e desenvolvimento social, econômico e tecnológico” (idem, ibidem). “Apesar de privadas, possuem uma lógica de funcionamento extramercantil (objetivos públicos, sem fins lucrativos, serviços sem contraprestação econômica, excedentes financeiros não apropriados por seus integrantes); apesar de atuarem em favor da coletividade, são regidas pelo Direito Privado (contratação de pessoal, compra de bens etc.). Assim, ainda que públicas, não se confundem com o Estado; ainda que privadas, não pertencem ao Mercado” (id., ibidem).*

tecnológico, pesquisa científica e ensino).	SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO	
Serviços Tipicamente Privados (especialmente empresas públicas e sociedades de economia mista)		Privatização

No Direito Administrativo, CHIRILLO postula a incorreção de situar a categoria “desestatização” no que convencionou chamar de *“conceito amplo de privatização”* – um traço característico do pensamento anglo-saxão adotado por administrativistas espanhóis como GERRERO & GÓMEZ – , o qual englobaria, além da transferência da titularidade de bens e serviços para o setor privado, *“las medidas de reforma que procuran la eficiencia de la empresa pública, como la adopción de formas jurídico-privadas y el sometimiento a regímenes de Derecho privado”*.¹¹⁸

DROMI & MENEN afirmam que *“el término privatización debe ser entendido en su alcance amplio”*. Abarcando *“no sólo la privatización en sí misma como una de las herramientas para el cambio, sino que comprende a las otras herramientas para la transformación, concesión total o parcial, cooperativización etc.”*¹¹⁹

¹¹⁸ Para GUERRERO, *“la privatización es un conjunto de fenómenos articulados ligados bajo un factor común: la retracción del Estado”*; para GÓMEZ BAENA, *“la privatización abarca una amplia gama de medios alternativos que pueden emplearse para hacer que las empresas estatales sean más sensibles a las tendencias del mercado [...] no siempre implica el traspaso o retorno al dominio del sector privado”* (apud CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. *Privatización de la empresa pública y postprivatización*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p. 84).

¹¹⁹ DROMI, Roberto & MENEM, Carlos. *Reforma del Estado y transformación nacional*. Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 1990. p. 84.

Nesse diapasão, os professores argentinos, com base na Lei n.º 23.696, sobre Reforma do Estado na Argentina, enumeram os instrumentos insertos no conceito de privatização: repasse de titularidade (privatização em sentido estrito); concessão por iniciativa estatal e por iniciativa privada; licença e permissão; estadualização; municipalização; propriedade participada; cooperatização; transferência de administração.¹²⁰

Distintamente, CHIRILLO, ao conceituar privatização como *“la transferencia de la titularidad de los medios de producción o de la competencia para ejercer determinada actividad del sector público ao sector privado”*,¹²¹ exclui do conceito as seguintes estratégias, consideradas por muitos autores como medidas de privatização: incorporação de capital privado (financiamento privado, certificados de inversão, emissão de títulos etc.); repasse de encargos aos usuários (extinção de preços políticos custeados por políticas de incentivo fiscal e subsídio); ajustes de rentabilização (racionalização de serviços, redução de custos, saneamento financeiro, melhora da gestão, revisão de contratos etc.); gerenciamento ou execução privada (contratação para gerenciamento ou gestão); adoção de formas e regimes jurídico-privados (conversão ou flexibilização das normas de direito público, incidentes sobre a gestão administrativa); transferências minoritárias de capital ou transferência de capital como retenção de poderes exorbitantes (via legal ou estatutária); liberalização de atividades (desregulação e desmonopolização da atividade, antes pública ou super regulada, viabilizando a competitividade).

Em face da restrição do conceito adotado pelo

¹²⁰ *Idem.* p. 90.

¹²¹ *Idem.* p. 88.

mencionado autor, caberia também contemplar nesse rol de exclusões as concessões e permissões de serviços e obras públicas, vez que, em suas próprias palavras, *“la concesión de servicios no privatiza la titularidad, puesto que la misma constituye el título jurídico habilitante para dicho ejercicio [e] la privatización de servicios es la despublificación de la actividad”*.¹²²

No Brasil, a doutrina tem se posicionado pela adoção da noção de privatização tomada em seu sentido amplo, sob o pressuposto de que

“o conceito amplo tem a vantagem de abarcar todas as técnicas possíveis, já aplicadas ou ainda a serem criadas, com o objetivo de reduzir a atuação e prestigiar a iniciativa privada, a liberdade de competição e os modos privados das atividades sociais e das atividades econômicas a cargo do Estado”.¹²³

Nesse sentido, DI PIETRO entende

“correto afirmar que a concessão de serviços e de obras públicas e os vários modos de parceria com o setor privado constituem formas de privatizar; e que a própria desburocratização proposta para algumas atividades da Administração Pública também

¹²² *Idem.* p. 93.

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 13-14.

*constitui instrumento de privatização”.*¹²⁴

Daí incluir entre as técnicas de privatização as de: desregulação; desmonopolização; desnacionalização ou desestatização (entendida como a venda de empresas estatais ao setor privado); concessão de serviços públicos; *contracting out*¹²⁵ (aí incluída a terceirização) e substituição dos impostos por preços e tarifas.

Ainda que esse posicionamento tenha a vantagem de incluir os diferentes mecanismos utilizados no âmbito do processo de reforma do Estado, encobre diferenças substantivas quanto ao grau de participação do setor privado nas atividades antes de responsabilidade do Estado, além de não proporcionar a visão de importantes distinções do ponto de vista do regime jurídico aplicável a essas técnicas.

Nesse sentido, caberia separá-las em dois grandes grupos, cujas naturezas são absolutamente distintas. Um, que poderia ser nomeado de *desestatização*, apresenta uma natureza estrutural, pertinente à retração física do Estado em relação ao mercado e, neste sentido, com percussão direta sobre as fronteiras da espacialidade estatal. Outro, que se poderia indicar pelo nome de *despublicização*, possui uma natureza funcional, com incidência direta no âmbito interno do aparelho do Estado, tendo como referência especialmente as técnicas de inserção

¹²⁴ *Idem.* p. 14.

¹²⁵ Entendido por DI PIETRO como “a forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços” (*idem.* p. 11-12).

de mecanismos privados no modelo de gestão do Estado.¹²⁶

Tomada aqui no sentido estrito indicado por CHIRILLO (*“la transferencia de la titularidad de los medios de producción o de la competencia para ejercer determinada actividad del sector público ao sector privado”*),¹²⁷ a privatização ocorre em todas as hipóteses de transferência da influência dominante do setor público, como é o caso da comercialização do controle acionário nas sociedades de economia mista.

No Brasil, o marco inicial do processo de privatização se deu no início da década de oitenta, com a edição do Decreto-Lei n.º 86.215, de 15 de julho de 1981, o qual regulamentava a transformação, transferência e desativação de pequenas empresas controladas pelo Governo Federal. Cuidava-se, especialmente, de empresas que haviam sido estatizadas em decorrência de inadimplências junto às entidades públicas ou que se encontravam em processo falimentar.

No final do governo Sarney, o processo de privatização no Brasil toma novo fôlego, pela edição do Decreto n.º 91.991, de 28 de novembro de 1985, englobando privatizações parciais de empresas sob o controle da União e o encerramento de diversas empresas.

Na década de oitenta, mais precisamente entre 1981 e 1989, os resultados são bastante modestos, atingindo cerca de

¹²⁶ Operando com esta disjuntiva, poder-se-ia estabelecer um quadro taxiológico nos seguintes termos: a) desestatização, compreendendo as técnicas de: a1) privatização; a2) descentralização (concessão e permissão); a3) desmonopolização; a4) terceirização; a5) desregulação; a6) “dessubsidiação”; b) despublicização, compreendendo as técnicas de: b1) flexibilização; b2) gerencialização; b3) desconcentração; b4) desburocratização; b5) regulação, e b6) “eficientização”.

¹²⁷ CHIRILLO, ob. cit. p. 86.

US\$ 735 milhões, referentes à transferência de 39 empresas.¹²⁸

O Programa Nacional de Desestatização (PND), elaborado nos primeiros meses de 1988 pelo Executivo Federal, seria institucionalizado em fevereiro de 1990, pela Lei n.º 8.031. Nos termos do art. 2º desse diploma poderiam ser privatizadas: as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, e instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; e as criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União. Sob a égide dessa lei, apenas em 1991-1992 as privatizações atingiram o montante de US\$ 5,371 bilhões, envolvendo cerca de 18 empresas, especialmente dos setores siderúrgico, petroquímico e de fertilizantes.

No biênio subsequente (1993/1994), os resultados são ainda maiores, alcançando US\$ 6,503 bilhões, referentes à transferência de 15 empresas. Nesse período, ocorre uma profunda alteração no regime institucional das privatizações, com ênfase na ampliação dos créditos contra o Tesouro, por meio das chamadas “moedas podres”, além da eliminação das restrições sobre o capital estrangeiro.

Em 1994, com a edição do Decreto n.º 1.068, de 02 de março, incluem-se no processo de privatização as participações minoritárias de que são titulares as fundações, autarquias, empresas públicas e outras entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Com a edição da MP n.º 970, de 12 de abril de 1995, ampliam-se as hipóteses contempladas no art. 2º da Lei n.º 8.031/90, abarcando os serviços públicos objeto de concessão, permissão ou

¹²⁸ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL [*on line*]. www.bndes.gov.br/pndnew/period.htm [disponível em 25.maio.2000].

autorização (inciso III) e as instituições financeiras públicas e estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-Lei n.º 2.321, de fevereiro de 1987.¹²⁹

Alcançando, além das empresas do setor siderúrgico, petroquímico, de fertilizantes, os segmentos empresariais das áreas ferroviária, química, elétrica e de serviços, o biênio 1995/1996 não apresenta melhor resolubilidade, atingindo, com a transferência de 19 empresas, cerca de US\$ 6,375 bilhões.

Em setembro de 1997, com a edição da Lei n.º 9.461, introduz-se a possibilidade de utilização dos recursos do FGTS pelos trabalhadores para aquisição de valores mobiliários no âmbito do PND. Nesse ano ocorreu a privatização de 4 empresas (entre as quais a Companhia Vale do Rio Doce), alcançando o montante de US\$ 7,826 bilhões. Saliente-se que neste período a privatização das empresas dos Estados, que em 1996 alcançara US\$ 679 milhões, tem seu maior influxo, atingindo a impressionante cifra de US\$ 13,617 bilhões.

Nos anos subseqüentes, conforme dados veiculados pelo BNDES, os números são menos expressivos: em 1998 o PND alcançou o montante de US\$ 2,737 bilhões; em 1999, US\$ 133 milhões; e, até março de 2000, US\$ 2 milhões.

11.1 Ouvidoria Nacional de Defesa do Usuário de Serviço Público

Certamente, por força do impacto da transferência de serviços públicos para o setor privado, a Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, modificando a redação do já comentado art. 37, §

¹²⁹ *Idem.*

3º, da Constituição Federal, estabeleceu:

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

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

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

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

A mesma Emenda, em seu artigo 27, previu uma lei de defesa do usuário de serviços públicos, deferindo prazo de 120 (cento e vinte) dias para sua edição pelo Congresso Nacional.¹³⁰

Com vistas à regulamentação do art. 37, § 3º e de outros novos dispositivos contemplados pela referida Emenda, o Poder Executivo baixou diversos decretos instituindo comissões de juristas para a apresentação de projetos. Para a matéria contida no referido dispositivo, foram nomeados os Professores Ary Oswaldo de MATTOS FILHO (FGV), Manoel Eduardo Alves Camargo e GOMES (UFPR), Paulo

¹³⁰ “Art. 27 – O Congresso Nacional, dentro de 120 (cento e vinte) dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos”.

Eduardo Garrido MODESTO (UFBA), Nelson NERY JÚNIOR (PUC-SP) e José Joaquim Camon de PASSOS (UFBA), sendo o primeiro presidente e o segundo relator.

No capítulo VIII, o anteprojeto propõe a criação de uma Ouvidoria Nacional de Defesa do Usuário como órgão vinculado ao Conselho Nacional de Serviço de Público.¹³¹

O titular do órgão, pela proposta, seria indicado pelo Conselho Nacional de Serviço Público¹³² e nomeado pelo Presidente da República, após arguição e aprovação pelo Senado Federal, com mandato de dois anos, permitida uma recondução (art. 17 do anteprojeto).

As competências atribuídas ao Ouvidor Geral são amplas e, em muitos aspectos, assemelhadas às estabelecidas para o instituto do *ombudsman*. Senão, veja-se:

“Art. 18 – [...]

I – atuar, de ofício ou por provocação, na defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos dos usuários dos serviços públicos contra atos e

¹³¹ Nos termos do referido anteprojeto, o Conselho Nacional de Serviço terá natureza de órgão consultivo, com a finalidade de formular e fiscalizar as políticas gerais e setoriais de prestação dos serviços públicos (art. 11), sendo constituído paritariamente por prestadores de serviços públicos e usuários (art. 11, § 1º), com a competência de *“I – opinar sobre a política nacional de serviço público, especialmente no que se refere à defesa dos direitos e interesses do usuário; II – propor critérios para a delegação de serviços públicos; III – estabelecer diretrizes de prestação, avaliação e aprimoramento desses serviços; IV – indicar um Ouvidor para a defesa do usuário, observadas as disposições desta lei; V – publicar, anualmente, em meio oficial ou em jornal de grande circulação, relatório circunstanciado de suas atividades”* (art. 11, § 2º).

¹³² Esse Conselho foi previsto com uma composição isonômica entre o segmento dos prestadores privados de serviço público (25%), Poder Público (25%) e entidades associativas de usuários de serviços públicos (50%).

omissões ilegais ou manifestamente injustos praticados pelos prestadores de serviço;

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

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

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

V – difundir amplamente os direitos dos usuários;

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

O mesmo artigo (§ 1º) veda a apreciação de questões judiciais e administrativas pendentes de decisão, além de estabelecer que o recebimento de reclamações ou denúncias pelo Ouvidor não suspende ou interrompe os prazos administrativos (§ 2º).

Ao titular da Ouvidoria são dados poderes de requisição e amplo acesso a todos os documentos referentes à prestação de serviço (art. 19). Mais: além desses, ao Ouvidor é conferido o direito de requisitar informações em prazo certo, implicando crime de desobediência o silêncio do responsável pela prestação de serviço público (art. 20).

Com a imposição das mesmas vedações constitucionais estabelecidas para os altos cargos públicos (art. 21), o

anteprojeto enumera as hipóteses de destituição (art. 22, parágrafo único), assegurando ao titular do cargo, obviamente, o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Qualquer pessoa física ou jurídica que direta ou indiretamente utilize ou possa vir a utilizar serviços públicos terá acesso ao Ouvidor (art. 1º, parágrafo único), podendo, inclusive, contra ele representar (art. 22, *caput*).

Até junho de 2000, o referido anteprojeto encontrava-se na Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, da Câmara dos Deputados, tendo como relator o Deputado Marcos AFONSO, do Partido dos Trabalhadores do Acre.¹³³ Ainda que seja objeto de alterações, muito provavelmente o Brasil acabará acatando a tendência mundial¹³⁴ de ampliação dos instrumentos de controle tradicionalmente postos às mãos dos usuários.

Além desse, encontram-se em apreciação na mesma Comissão da Câmara dos Deputados dois outros projetos de lei: o de autoria do Deputado Paulo OCTÁVIO (PL n.º 1.678/99) e o de autoria do Deputado Luiz BITTENCOURT (PL n.º 1.896/99), ambos prevendo a

¹³³ Cabe mencionar que antes de sua remessa ao Legislativo, onde seria apresentado pelo Deputado Celso RUSSOMANO, o referido anteprojeto foi submetido a uma Audiência Pública, realizada no dia 10 de novembro de 1998, nas instalações da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, com ampla participação do segmento dos usuários, prestadores públicos e prestadores privados de serviços públicos.

¹³⁴ Nesse sentido, apenas como exemplos, citem-se: a *Carta de Usuários de Serviços Públicos* da Bélgica (1992), Austrália e França (ambas de 1993), a *Carta do Cidadão* do Reino Unido (1991), a *Carta de Qualidade de Serviços Públicos* de Portugal, as cartas da Suécia, Finlândia e Itália, além do extraordinário projeto de *Carta Européia de Serviços Públicos* (versão de 14. fev.1994).

criação de Ouvidorias de defesa de usuários,¹³⁵ conferindo aos seus titulares independência funcional e mandato de dois anos.

11.2 Ouvidoria das Agências Reguladoras

Muito embora a reforma do Estado, implementada na década de noventa, tivesse como um de seus objetivos centrais fomentar a economia de mercado utilizando a estratégia da desregulação, o ampliado processo de deslocamento de serviços e bens públicos para a iniciativa privada acabou – tal como ocorreu em relação à defesa dos usuários – sobrepesando a função reguladora do Estado, prevista no art. 174 da Constituição Federal.¹³⁶

Assim, além do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Secretaria de Direito Econômico e a Secretaria de Acompanhamento Econômico, que ao lado do Banco Central exercem a fiscalização do mercado, conceberam-se agências reguladoras sob a *“inspiração das novas formas de controle já adotadas nos Estados Unidos e em recente implantação na Europa”*.¹³⁷

¹³⁵ Vale menção que, nos termos do Projeto de autoria do Deputado Luiz BITTENCOURT, ao Ouvidor caberia, entre outras atribuições, a de determinar *“a aplicação de pena pecuniária sobre o responsável pelo dano causado ao usuário, bem como a determinação do ressarcimento administrativo desse dano, estipulado em moeda corrente, sem prejuízo do direito regressivo contra o responsável pelo dano em caso de dolo ou culpa, atribuindo-se, em qualquer caso, valor de título executivo extrajudicial à decisão, para fins de execução forçada por parte do denunciante”*. Assim aprovado, estar-se-ia, inusitadamente, implementando no Brasil um modelo de Ouvidor com poderes decisórios, sujeitos obviamente ao controle administrativo e judicial.

¹³⁶ *“Art. 174 – Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”*.

¹³⁷ FONSECA, João Bosco L. da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 271.

No Brasil, as diferentes leis que instituíram as Agências Reguladoras¹³⁸ preocuparam-se detidamente com a defesa dos usuários dos serviços prestados na área de sua atuação. A Lei Geral de Telecomunicações, por exemplo – seguindo o sentido da chamada Lei de Concessão de Serviço Público (Lei n.º 9897/95) –, ao consignar detalhadamente o amplo rol de direitos dos usuários,¹³⁹ de conferir natureza pública às sessões deliberativas do Conselho Diretor,¹⁴⁰ de fixar obrigatoriamente no contrato de concessão os direitos, garantias e as obrigações dos usuários (art. 93, inciso IX), acabou por viabilizar a criação de um Comitê de Defesa dos Usuários de Serviços de Telecomunicações (instituído pela Resolução n.º 107/99). Esse Comitê, composto por 14 (catorze) membros, conta com a participação permanente de sete

¹³⁸ Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL); Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997 (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL); Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Agência Nacional do Petróleo – ANP); Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, com as modificações introduzidas pela MP n.º 1.814, de 26 de fevereiro de 1999 (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA).

¹³⁹ O Art. 3º dispõe: *“O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: I – de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional; II – à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço; III – de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço; IV – à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços; V – à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas; VI – à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso; VII – à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais; VIII – ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço; IX – ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora de serviço; X – de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço; XI – de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor; XII – à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos”*.

¹⁴⁰ Nos termos do art. 19, § 2º, *“As sessões deliberativas do Conselho Diretor que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços de telecomunicação serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurando aos interessados o direito de delas obter transcrições”*.

representantes de usuários dos diversos segmentos de telecomunicação.¹⁴¹

Com atribuições voltadas precipuamente para a avaliação e fiscalização dos serviços da própria Agência e dos concessionários, o mencionado Comitê possui natureza de órgão de defesa intra e extraorgânica, podendo, nesta condição, propor *“recomendações com respeito ao estabelecimento de restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais privados”* (art. 3º, inciso IV, do Anexo B, da Resolução 107/99).

Em relação à área de petróleo e gás, conforme comunicado oficial,

“A Agência Nacional de Petróleo – ANP – estará disponibilizando, ainda no mês de junho de 2000, um serviço de atendimento aos consumidores e agentes econômicos do setor de petróleo e gás; [...] o Centro de Relações com o Consumidor – CRC – terá como principais atividades receber, ouvir e analisar as demandas dos consumidores, orientá-los, identificar tendências do mercado, contribuir para focalizar as ações de fiscalização e desenvolver estudos e

¹⁴¹ Nos termos do art. 5º do Regimento Interno do referido Comitê (Anexo à Resolução n.º 107, de 26 de fevereiro de 1999), com um representante do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, um representante de usuários do serviço telefônico fixo comutado (STFC de uso individual), um representante de usuários do serviço telefônico fixo comutado (STFC de uso coletivo), um representante de usuários de serviços móveis, um representante de usuários de serviços de comunicação de massa, um representante de usuários de outros serviços de telecomunicações e um representante de entidades de classe prestadoras de serviços de telecomunicações.

pesquisas”.¹⁴²

Não obstante o avanço de tais medidas, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL –, em primeiro lugar, e, mais recentemente, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA –, viriam a institucionalizar ouvidorias propriamente ditas. No caso da ANEEL, o fundamento jurídico da instituição de uma Ouvidoria encontra-se na própria Lei n.º 9.427/96 que, em seu art. 4º, § 1º, instituiu a função de Ouvidor, atribuindo-a a um dos diretores da autarquia, a quem compete, *“na qualidade de Ouvidor, zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários”*.¹⁴³

Entre as atribuições do Diretor-Ouvidor encontra-se a de apurar e solucionar as reclamações dos consumidores, sugerir mudanças na legislação, intervir para resolução de conflitos entre consumidor e concessionário, além do fortalecimento da cidadania.

Por sua vez, a Ouvidoria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, apesar de estar em fase de estruturação,¹⁴⁴ certamente se constituirá no modelo mais próximo do instituto do *ombudsman*.

Com autonomia expressamente estabelecida, sem qualquer vinculação hierárquica à Diretoria, Conselho Consultivo ou qualquer órgão da Agência (art. 25 do Decreto n.º 3029, de 16 de abril de

¹⁴² AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO [*on line*]. www.anp.gov.br/central.asp [s/d].

¹⁴³ O Decreto n.º 2.335, de 06 de outubro de 1996, ao regulamentar tal dispositivo, dispôs que “[...] ao diretor incumbido da área de atendimento de reclamações de agentes e consumidores competirá a função de Ouvidor, sendo-lhe atribuída a responsabilidade final pela cobrança da correta aplicação de medidas pelos agentes no atendimento das reclamações” (art. 8º, § 1º).

¹⁴⁴ Desde fevereiro de 2000.

1999), o Ouvidor – nomeado pelo Presidente da República a partir da indicação do Ministro de Estado da Saúde – é detentor de mandato próprio (de dois anos, permitida uma recondução), possuindo diversas prerrogativas, entre as quais a de manter sigilo da fonte e a proteção do denunciante. Suas atribuições são, basicamente, as definidas no art. 27 do referido Decreto:

“Art. 27 – [...]

I – ouvir as reclamações de qualquer cidadão, relativas a infringências de normas da vigilância sanitária;

II – receber denúncias de quaisquer violações de direitos individuais ou coletivos de atos legais, nele incluídos todos os contrários à saúde pública, bem como qualquer ato de improbidade administrativa, praticados por agentes ou servidores públicos de qualquer natureza, vinculados direta ou indiretamente ao Sistema Nacional de Vigilância Sanitária;

III – promover as ações necessárias à apuração da veracidade das reclamações e denúncias e, sendo o caso, tomar as providências necessárias ao saneamento das irregularidade e ilegalidades constatadas;

IV – produzir, semestralmente, ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as à Diretoria Colegiada, ao Conselho Consultivo e ao Ministério da Saúde”.

Como se pode notar, ambas as Ouvidorias, instituídas como órgãos das Agências Reguladoras acima referidas, encerram algumas modificações que alteram substancialmente a natureza do instituto em estudo.

Acompanhando todo o sentido da reforma do aparelho do Estado, essas Ouvidorias passam a possuir uma competência que extrapola a espacialidade pública estatal, para alcançar agentes privados prestadores de serviços públicos. Uma modalidade atípica de controle extra-orgânico, implementada pelo próprio Estado em face de empresas privadas (consubstanciada ao lado do próprio controle interno sobre os órgãos da agência na qual se localiza).

Nesse diapasão, o objeto de controle é definido pela natureza do serviço controlado e não por sua localização na estrutura administrativa do Estado. Isso patrocina uma substantiva transformação no âmbito da sujeição do controle, pela vez primeira, atuante sobre servidores públicos e pessoas jurídicas de direito privado. No pólo ativo, substitui-se o cidadão pelo usuário que, nesta condição, é tutelado em seus direitos e interesses, como visto anteriormente.

Essas modificações conformam um modelo ideal-típico, dentro do qual poderiam ser incluídas, ainda que parcialmente, as recentes Ouvidorias criadas no Estado de São Paulo, por força da Lei n.º 10.294, de abril de 1999.

O regime jurídico desse novo modelo, bem assim dos consubstanciados antes da Reforma do Aparelho do Estado, será objeto de análise do próximo capítulo.

CAPÍTULO V

REGIME JURÍDICO DAS

OUVIDORIAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

Como visto, o conjunto de experiências institucionais de implantação de Ouvidorias Públicas no Brasil compõe um mosaico de difícil sistematização, tão complexo quanto heterogêneo. Acresça-se a essa dificuldade a inexistência de qualquer trabalho científico, conceitual ou taxionômico, produzido pela doutrina, que envolva esse conjunto de experiências.

Tendo como referente de pesquisa a categoria “regime jurídico”, entendida nos termos em que foi estabelecido no Capítulo I, os critérios preferenciais de análise neste Capítulo serão os pertinentes à estrutura, função e racionalidade, buscando adequá-los significativamente à espacialidade jurídica e estatal em que se situam.

O procedimento adotado neste Capítulo observará rigorosamente o disposto no Capítulo I. Procurando facilitar, em primeiro lugar serão analisados os aspectos estruturo-funcionais, com o delineamento do campo jurídico e estatal de onde exsurgiram a plausibilidade e a adequação da criação das Ouvidorias Públicas brasileiras (item 1), tanto em uma perspectiva funcional (aqui entendida como instrumento de controle – item 1.2), quanto em uma perspectiva estrutural (aqui entendida como espaço institucional de controle – item 1.3).

Em segundo lugar, de maneira sucinta, será

indicada a racionalidade incidente sobre os diferentes modelos de Ouvidorias Públicas (item 2).

Com esses referenciais compõe-se a parte final do Capítulo (item 3), reservada à fixação dos modelos típico-ideais das Ouvidorias Públicas em funcionamento no Brasil.

1. Perspectiva estruturo-funcional

Como ventilado acima, este item volta-se às perspectivas estruturais e funcionais das Ouvidorias Públicas. Em primeiro lugar será analisada a adequação significativa da exsurgência dessa experiência institucional brasileira, no quadro das estruturas e funções do Estado. Em seguida, cuidar-se-á das Ouvidorias enquanto instrumento de controle (perspectiva funcional) e como espaço institucional de controle (perspectiva estrutural).

No âmbito da Teoria Geral do Estado, HELLER localiza a estrutura básica do Estado no conceito científico-real de Constituição (conceito sociológico em sentido estrito), que, a partir de um ponto de vista histórico-político, destaca os elementos fundamentais e relativamente permanentes da unidade estatal.¹

A esse conceito faz corresponder, na Ciência do Direito, o de *“constituição material em sentido estrito”, “que extrai da ordenação jurídica total do Estado um conteúdo parcial valorizado como ordenação fundamental”*.² Segundo HELLER, tal conceito é histórica e concretamente irrealizável, vez que pressupõe uma Constituição como

¹ HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 323.

² *Id., ibidem*.

um sistema fechado, lógico e sustentado em alguns axiomas supra-históricos.³

Desse modo, esse autor formata o conceito de constituição formal como sendo *“a totalidade dos preceitos jurídicos fixados por escrito no texto constitucional”*,⁴ informando que a valoração do conjunto normativo que deve ser incluído na Constituição – merecendo a garantia de permanência – depende, unicamente, do legislador. Não obstante, e considerando as dificuldades de uma análise a partir desse conceito sociológico, HELLER encontra precisamente no texto constitucional escrito o local de investigação da estrutura básica do Estado:

“em um documento semelhante não podiam figurar todos os preceitos jurídicos da organização estatal, mas só alguns fundamentais e supremos sobre a estrutura básica do Estado, a respeito dos quais todas as outras normas jurídicas deviam ter tão-somente uma importância subordinada e juridicamente derivada”.⁵

Neste sentido, GORDILLO é ainda mais enfático, ao lecionar que: *“não somente a personalidade jurídica do Estado surge*

³ *Idem.* p. 324. No mesmo sentido, CANOTILHO, em especial quando afirma que a Constituição necessariamente se constitui como *“um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções da verdade e da justiça”* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 171 e segs.).

⁴ *Idem.* p. 318-319.

⁵ *Id., ibidem.*

*dentro do regime criado pela Constituição, com as características por esta determinadas, mas também sua estrutura interna é coativamente regulada”.*⁶

No âmbito do Direito Constitucional, deve-se acatar o disposto por CANOTILHO, segundo quem *“a compreensão [...] só ganha sentido útil, teórico e prático, quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país”.*⁷

No contexto da ordem constitucional brasileira, José A. da SILVA, baseando-se na tipologia de CANOTILHO, elenca os seguintes elementos estruturais do Estado brasileiro: a) república; b) federação; c) democracia; d) Estado de Direito; e) soberania; f) separação dos poderes; g) liberdade de organização; h) convivência justa; i) solidariedade; j) pluralismo; l) cidadania; m) dignidade da pessoa; n) soberania popular; o) representação e participação popular direta; p) independência; q) desenvolvimento nacional; r) justiça social, e s) não discriminação.⁸

Não obstante HELLER⁹ indicar a Constituição escrita como *locus* de investigação dos elementos estruturais do Estado, como já visto, adverte que o critério de valoração determinante da inclusão dos

⁶ GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais do Direito Público*. Trad. Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 101.

⁷ CANOTILHO, ob. cit. p. 80.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 84.

⁹ HELLER, ob. cit. p. 318-319.

preceitos em seu corpo é, unicamente, a vontade do legislador.¹⁰

Essa advertência, acompanhada da eleição do conceito operacional de estrutura elaborado no Capítulo I, autoriza a depuração do elenco formulado por José A. da SILVA, com vistas a um levantamento que, efetivamente, seja compatível com os estudos até aqui realizados.

O *caput* do art. 1º da Constituição Federal combinado como o § 4º do art. 60 e com o *caput* do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias consubstancia, claramente, manifestações dos constituintes de 1988 caracterizadas pela essencialidade e inalterabilidade, na medida em que estão adstritas aos limites do poder reformador: a) república (após a opção plebiscitária – art. 2º ADCT); b) presidencialismo (*idem*); c) federação (art. 1º *caput*); d) democracia (art. 1º); e) Estado de Direito (art. 1º); f) voto direto, secreto, universal e periódico (art. 60, § 4º, II); g) separação dos poderes (art. 2º e art. 60, § 4º, III); h) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

¹⁰ Às noções de invariância e estabilidade como elementos nucleares da acepção de “estrutura” contrapõe-se a dinâmica imanente à noção de função ressaltado por HELLER em oportuna apropriação de GOETHE: “a função é a existência pensada em atividade” (HELLER, ob. cit. p. 244), ou, como diria SOUZA, “contribuição que uma atividade parcial oferece à atividade total, da qual é parte” (SOUZA, Daniel. *Introdução à Sociologia*. Lisboa: Livros Horizonte, 1977. p. 122), ou, ainda, como a define a Grande Larousse Encyclopédique, “Categoria de atos jurídicos de mesma natureza, por meio dos quais o Estado cumpre suas obrigações” (tradução livre). (GRAND LAROUSSE ENCYCLOPÉDIQUE. T. 5. Paris: Librairie Larousse, 1992. p. 94).

Igualmente patente em HELLER: “A função do Estado consiste, pois, na organização e ativação autônomas da cooperação social-territorial, fundada na necessidade histórica de um status vivendi comum que harmonize todas as oposições de interesse dentro de uma zona geográfica, a qual, enquanto não exista um Estado mundial, aparece delimitada por outros grupos territoriais de dominação de natureza semelhante” (HELLER, ob. cit. p. 244).

Em que pese todos esses dispositivos conformarem-se às noções de essencialidade e estabilidade, nem todos podem ser concebidos como estruturais, vez que carecem da noção de internalidade. É o caso das disposições pertinentes à república, à democracia e ao presidencialismo, sufrágio direto, secreto, universal e periódico e aos direitos e garantias individuais.

Assim, revelam-se como elementos estruturais básicos: a) federação (estruturação vertical do Estado); b) separação dos poderes (estruturação horizontal do Estado) e c) Estado de Direito (aqui entendido como a conformação jurídica do Estado).

No caso brasileiro, a ordem constitucional ampliou¹¹ de tal modo as funções estatais que uma modificação estrutural (necessariamente empírica e eventualmente formal) foi impositiva.

Sob esse aspecto, também aqui os instrumentais teóricos mostram-se insuficientes para estabelecer uma diferenciação estrutural entre a ordem constitucional anterior e a posterior. Essa insuficiência, todavia, não importa em reconhecer a inexistência de uma estrutura correspondente às novas funções recepcionadas pelo Estado.

Para a percepção dessa transformação estrutural, o exame das funções parece oferecer algumas indicações relevantes.

Para tanto, deve-se ter presentes as reflexões elaboradas nos Capítulos I e III, que oferecem algumas indicações para a análise das novas funções estabelecidas na Carta de 1988: (a) há

¹¹ Entre as principais ampliações devem ser registradas as seguintes: construir uma sociedade livre, justa e solidária – art. 3º, I; garantir o desenvolvimento nacional – art. 3º, II; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais regionais – art. 3º, III; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – art. 3º, IV; garantir os direitos individuais, sociais, econômicos e políticos – art. 60, § 4º, IV.

referências à manifestação exterior do Estado (exterioridade), (b) à dinâmica (alterabilidade) e possui (c) interconexão com a estrutura do Estado, que é (d) desvelada no âmbito do poder do Estado, e (e) seu conteúdo é resultante do entrelaço da necessidade de acumulação capitalista e da necessidade de legitimação (ambas informadas por determinantes subjetivos e objetivos).

Não se pode olvidar, todavia, de que esse entrelaço ocorre no interior do Estado¹² e de que o Estado possui relativa autonomia¹³, na consecução dos interesses comuns de uma sociedade capitalista de classes.¹⁴ Isso implica admitir que essas demandas contraditórias, ao serem recepcionadas e mediatizadas na espacialidade estatal, são conformadas com relativa autonomia em face da estrutura do Estado.¹⁵

Mas não é somente a estrutura que atua sobre o conteúdo da função. A natureza dialética dessa relação, logicamente, indica que a própria estrutura é afetada pelo impacto dessas diferentes demandas.¹⁶ Como visto no Capítulo I, trata-se de uma dupla conformação: ao mesmo tempo que a estrutura conforma a função é por ela conformada.

¹² *Apud* CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. Trad. equipe de tradução da PUCCAMP. Campinas: Papyrus, 1986. p. 160.

¹³ MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 91; HIRSCH, Joachim *et alii*. *A teoria do Estado*. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 100; ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três Economias Políticas do *Welfare State*. *Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. p. 91.

¹⁴ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 123.

¹⁵ Como visto no Capítulo I, trata-se de uma relação de interconexão (PARSONS, HIRSCH) dialética (OFFE): a estrutura do Estado atua sobre o próprio conteúdo da função social.

¹⁶ HIRSCH, ob. cit. p. 150.

A se considerar procedente a ilação anterior, tem-se desde já que a estrutura do Estado brasileiro, ainda que em grau indefinido, é dialeticamente conformada a um conteúdo composto por duas forças contraditórias, as quais foram denominadas por OFFE¹⁷ de *“regras do jogo democrático”* e *“requisitos reprodutores de acumulação capitalista”*; por MACPHERSON,¹⁸ de *“reivindicações do eleitorado”* e *“receita cada vez maior para financiar o capital e o próprio eleitorado”*, e por HIRSCH,¹⁹ de *“garantia das condições gerais de reprodução do capital”*, de um lado e, de outro, *“interesses de capitais particulares”*, *“grupos de capital”* e *“interesses emancipatórios da classe dos trabalhadores em geral”*.²⁰

A essas duas correntes de forças contraditórias soma-se uma espécie de reserva estrutural ditada pela relativa autonomia do

¹⁷ OFFE, ob. cit. p. 125.

¹⁸ MACPHERSON, ob. cit. p. 94.

¹⁹ HIRSCH, ob. cit. p. 150.

²⁰ *“Durante a década de 70, o processo de financiamento do investimento seguiu o padrão clássico dos primeiros estágios de desenvolvimento. O investimento total era, nesse período, função do endividamento externo e do investimento social. [...] Além de investir diretamente, ou por meios das empresas estatais, o Estado subsidiou pesadamente o investimento”* (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo: Ed. 34, 1996. p. 84-85). É necessário perceber que a partir de 1979 o Estado brasileiro acumulou, entre outros, dois tipos de problemas: um baixo índice de poupança e uma dívida externa que aumentava continuamente. Em meados da década de oitenta, com a Nova República e a redemocratização, os gastos do Estado foram direcionados às áreas sociais, menosprezadas durante o período autoritário. Por outro lado, o nível de investimentos oficiais em infra-estrutura e econômicos permaneciam constantes. Essa atuação foi realizada a despeito tanto da redução da capacidade estatal em realizar poupança forçada quanto da redução dos investimentos externos. O resultado desse processo foi o endividamento cada vez maior e mais dificilmente financiável. Esses problemas, é óbvio, impediram drasticamente o encaminhamento normal das grandes questões nacionais, levando-se em consideração, especialmente, que a principal dificuldade econômica do Brasil na segunda metade dos anos 1980 e a na primeira metade dos 1990 foi a inflação.

Estado: “a não-identidade formal da posição administrativa e da pertença a classes”;²¹ que, para MACPHERSON, possui “notável grau de autonomia”.²²

O próprio HELLER parece ter percebido este fato, quando pontifica que o poder do Estado não é nem a soma nem a mera multiplicação das forças particulares compreendidas, mas a resultante de todas as ações e reações politicamente relevantes, internas e externas.²³

Posta a questão nesses termos, é possível concluir que a estrutura do Estado – mais além dos elementos acima indicados – representa um equilíbrio precário de três tendências:²⁴ a) duas forças contraditórias (o processo de acumulação capitalista *versus* a legitimação política), e b) uma força mediatizadora relativamente autônoma (a burocracia).

O equilíbrio dessas forças no interior do Estado, ainda que precário, só ocorre em uma estrutura que as ordene seletivamente²⁵ por meio de regras e procedimentos²⁶ capazes de garantir minimamente as funções de legitimação e acumulação

²¹ HIRSCH, ob. cit. p. 150.

²² MACPHERSON, ob. cit. p. 91. Esses fatos revelam claramente a procedência da eleição do “equilíbrio precário” entre os elementos caracterizadores do termo-conceito estrutura.

²³ HELLER, ob. cit. p. 285.

²⁴ Ainda que se concorde com a noção de “*unidade da ação e decisão*”, preconizada por HELLER, parece inegável, como já se afirmou, ser esta unidade resultante de um precário equilíbrio entre forças contraditórias (HELLER, ob. cit. p. 273).

²⁵ OFFE, ob. cit. p. 147 e segs.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 18.

capitalista,²⁷ as quais, a um só tempo e dentro de certos limites, podem desvelar a contradição e conflitualidade entre produção social e apropriação privada, além de permitir a constituição de um interesse de classe sistêmico superior em racionalidade aos interesses individuais.²⁸

Reconhecer que as estruturas do Estado contemporâneo reproduzem, em alguma medida, a estrutura formal da democracia não significa admitir a democracia enquanto regime de governo. Nessa condição, como visto, a democracia não possui a característica estrutural de internalidade. Ao contrário, como de princípio organizador do Estado,²⁹ está diretamente referida à forma de estruturação (interna) do Estado.

São sentidos distintos: *“democracia, de um lado, como padrão de organização interna das atividades estatais [...]; de outro, como modelo de relacionamento [...] no terreno da implementação da política de Estado”*.³⁰ Aqui, determina o regime do governo; ali, informa o tipo de estrutura político-administrativa do Estado, imprimindo-lhe internamente traços caracterizadores.

É o caso da expressão “Estado Democrático”,

²⁷ Cf. OFFE, ob. cit. p. 174; HIRSCH, ob. cit. p. 150.

²⁸ OFFE, ob. cit. p. 174. OFFE, embora afirme que *“as estruturas formais da democracia burguesa [...] são indispensáveis, devido à sua importância para as relações de produção”* (id., ibidem.), ressalta *“que o Estado não pode viver com estas formas”* (id., ibidem.), em virtude de *“as contradições entre as funções econômicas e legitimadoras do Estado Capitalista indicarem uma politização irreversível da luta de classe, capaz de desvelar o mecanismo ideológico que sustenta esta estrutura”* (id., ibidem.).

²⁹ CANOTILHO, ob. cit. p. 422.

³⁰ SAES, Décio. *Democracia*. São Paulo: Ática, 1987. p. 22-23. Ou, como quer PATEMAN: *“a democracia vincula-se a um método político ou uma série de arranjos institucionais a nível nacional”* (PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 25).

contida no art. 1º, *caput*, da Constituição brasileira. Neste caso, como diz José A. da SILVA, “o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado”.³¹

A percepção da democracia como elemento informador – e, segundo MEDAUAR,³² caracterizador – da estrutura do Estado contemporâneo, permite o reconhecimento da influência de outros princípios, os denominados subprincípios da democracia, elencados por CANOTILHO³³ na seguinte ordem: 1. princípio da soberania popular; 2. princípio da representação popular; 3. princípio da democracia semidireta; 4. princípio da participação.

É fora de dúvida que esses princípios exercem pressão conformadora sobre a estrutura do Estado contemporâneo.

Além da demonstração no plano constitucional,³⁴ há a demonstração – assinalada no Capítulo III – no âmbito da Teoria Política (OFFE³⁵ e HIRSCH³⁶) da imprescindibilidade da conformação estrutural do Estado aos princípios democráticos em vista de um interesse de classe

³¹ SILVA, ob. cit. p. 105. O mesmo não ocorre com a Constituição portuguesa, que qualifica e exige o Direito como sendo democrático: “*O Estado de Direito Democrático*”.

³² MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 105.

³³ CANOTILHO, ob. cit. respectivamente p. 422, 423, 427 e 430.

³⁴ *V. g.*, a Constituição brasileira contempla-os expressamente no art. 1º, I e em seu parágrafo único como princípio fundamental do Estado. Ver nesse sentido PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do Estado contemporâneo*. 2.ed. Florianópolis: Estudantil, 1988. p. 43, item *b*, e p. 44, item *c*.

³⁵ OFFE, ob. cit. p. 174.

³⁶ HIRSCH, ob. cit. p. 150.

sistêmico.

Assim, e em resumo: (1) as funções do Estado brasileiro contemporâneo ao mesmo tempo que são conformadas à estrutura, conformam-na; (2) forças contraditórias e mediatizadoras, das quais a função social do Estado é resultante, moldam a estrutura do Estado; (3) o impacto e a conformação do entrelaço dessas forças determinam uma estrutura estatal que contempla as estruturas formais da democracia; (4) os princípios norteadores da democracia que exercem pressão sobre a estrutura do Estado brasileiro são: soberania popular; representação popular; democracia semidireta e participação.

Não obstante a abertura semântica de seus termos, essas indicações demonstram claramente o potencial estrutural de novos espaços institucionais que abriguem uma racionalidade, adequada significativamente às novas funções encartadas na Constituição de 1988. Novos espaços capazes de receber e processar o impacto do entrelaço das diferentes demandas, como também, e principalmente, de atuar positivamente sobre elas.³⁷ Por meio deles constituir-se-ia um aparelhamento jurídico-administrativo que teria como resultante maior plausibilidade para a recepção das demandas sociais,³⁸ que cada vez mais manifestavam-se no período da instalação das Ouvidorias Públicas.

Saliente-se que esse potencial, e eventualmente sua realização, não importa na inversão da racionalidade pública que concebe o Estado contemporâneo como Estado capitalista ou como Estado capitalista de classes – o que operaria uma insustentável disjunção entre

³⁷ No sentido mencionado por CANOTILHO, de *“direitos exercitáveis através do Estado”* (CANOTILHO, ob. cit. p. 48).

³⁸ Dentro dos limites garantidos pelas estruturas democráticas.

sistema econômico e sistema político que comprometeria a reprodução do capital social (OFFE³⁹ e MACPHERSON⁴⁰) e, conseqüentemente, a própria capacidade estatal de responder aos déficits sociais que elevam o custo de sua legitimação política.

É imperioso reconhecer que o nível de acumulação privada é determinante para a produção do capital social apropriável (1) pelo Estado na forma de tributos e (2) pela sociedade, por meio da regulamentação estatal de capitais privados ou da distribuição de “benefícios sociais” concretizados pelo excedente produtivo ou tributário do Estado.

Assim, esse potencial estrutural tem como limite a capacidade de reprodução do capital, condição para a sobrevivência do Estado e para a concretização das funções que lhe são cometidas.

Saliente-se, todavia, que isso não significa caminhar para o outro extremo, ou seja, para o atendimento exclusivo das demandas capitalistas setoriais. Aqui, igualmente, colocar-se-ia em risco a reprodução do sistema capitalista. Neste caso, mediante a apropriação privada do capital, inviabilizar-se-ia o atendimento do capital global.

Por outro lado, cabe frisar que as demandas sociais majoritárias classificadas na função de legitimação política do Estado (populares, universais etc.) apenas tendencialmente correspondem à concretização das novas funções do Estado brasileiro. Duas situações, nesse particular, podem favorecer desvios funcionais: a) um déficit social que extrapole os limites do capital social disponível;⁴¹ b) o

³⁹ OFFE, ob. cit. p. 378.

⁴⁰ MACPHERSON, ob. cit. p. 87 e segs.

⁴¹ Sobre o caso da América Latina, ver: KLIKSBER, Bernardo. *Como transformar o Estado*. Trad. Filorino Villa-Alvarez e Helena Ferreira. Brasília: ENAP, 1992. Sobre o

atrelamento corporativo de segmentos sociais ao Estado, na defesa de interesses exclusivamente setoriais e particularistas.⁴²

Com tais limites, esse potencial de rearranjo estrutural acaba por apresentar plausibilidade jurídica objetiva, em uma conjuntura social de elevado nível de “expectativas normativas” de ampliação do âmbito de atuação positiva do Estado.⁴³

A conflitualidade, a contraditoriedade e a radicalidade das forças que informam esses limites somam-se à possibilidade de tais espaços apresentarem como resultante o agravamento da crise fiscal, da crise de legitimação e da crise de

caso do Brasil, cf. SANTOS, Wanderley Guilherme dos (coord.) *Que Brasil é este? Manual de indicadores políticos e sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990; DEMO, Pedro. *Cidadania menor. Algumas indicações quantitativas de nossa pobreza política*. Petrópolis: Vozes, 1992.

⁴² Segundo DINIZ, o corporativismo, como canal fundamental de representação dos interesses no seio do Estado, precedeu as regras de competição política e esvaziou o papel dos partidos como canais de representação política e de coordenação de interesses e formulação de propostas universalizantes que pudessem ser traduzidas em políticas públicas (DINIZ, Eli. *Crise, reforma do Estado e governabilidade. Brasil, 1985-95*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997. p. 18 e segs.).

⁴³ Embora o Brasil não tenha se constituído propriamente como um *Welfare State*, princípios gerais de regulação e a existência de certos programas e benefícios sociais permitem a percepção de uma forma específica desse tipo de Estado. Ou como um Estado de Bem-Estar Social de pequenas proporções, estabelecido durante o decorrer deste século que finda, e sobretudo consolidado e avançado na progressista Carta constitucional de 1988, como quer Francisco de OLIVEIRA (OLIVEIRA, Francisco de. Quem tem medo da governabilidade? *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n.º 41, p. 61-77, mar. 1995), ou como uma forma caracteristicamente terciomundista desses Estados Sociais – o Estado desenvolvimentista – baseada no controle estrito das massas pelas elites governantes, que promoveram e promovem contínuos processos de modernizações conservadoras, como quer PEREIRA (PEREIRA, ob. cit). Em todo caso, o que se percebe é que, sob as diferenças de tipologia e caracterização, e mesmo sobre o grau de desenvolvimento de um suposto Estado de Bem-Estar Social ideal-típico, as crises próprias ao *Welfare State* indicadas por OFFE verificam-se também no Brasil.

governabilidade,⁴⁴ representando uma sobrecarga negativa ao universo de demandas (capitalistas, populares e burocrático-políticas) que pressionam o Estado. Assim, o sentido desses espaços assume a condição de controle de tais forças. Nesse caso, à voracidade dos interesses burocrático-corporativos e ao que DEMO denominou “controle oculto”,⁴⁵ realizado pelos segmentos capitalistas hegemônicos, ou ao que OFFE denominou de “*controle pelo não-realizado pelos interesses de acumulação capitalista*”.⁴⁶

Nesse diapasão, as Ouvidorias Públicas brasileiras – adequadas ao ambiente jurídico e estatal – exsurgem, (a) funcionalmente, como instrumentos de controle da ação administrativa, e (b) estruturalmente, como espaços institucionais de controle.

1.2 Ouvidorias Públicas: instrumento de controle

Na perspectiva funcional, a análise da natureza das

⁴⁴ Nesse sentido, temos, com DINIZ, que a redemocratização recebeu um legado de ampla crise de governabilidade. Segundo a autora, “*a Nova República herdou da ordem anterior [...] um Estado sobredimensionado, porém débil. Forte no sentido do poder decisório que concentrava, o Estado revelou-se débil quanto à sua eficácia na obtenção de conformidade e aquiescência às suas decisões. [...] A incapacidade de arrecadar impostos, exigir o cumprimento da lei, punir fraudes e sonegações, combater a corrupção e produzir políticas sociais efetivas representou a outra face da insularidade do Estado*” (DINIZ, ob. cit. p. 26). Por outro lado, “*A contrapartida da centralização burocrática das decisões foi, porém, uma frágil capacidade de implementação de políticas. Tal debilidade pode ser associada ao padrão de expansão do Estado que se tornou dominante. O crescimento desordenado, sob forte pressão clientelista, levou à proliferação de agências, à superposição de jurisdições, acarretando dispersão do poder e fragmentação da autoridade estatal, gerando formas selváticas de competição interburocrática*” (DINIZ, ob. cit. p. 17).

⁴⁵ DEMO, Pedro. Estado inevitável e necessário. Contornos de uma polêmica relevante. *Cadernos do CEAN*, Brasília, n. 1, p. 06-63, 1988. p. 15.

⁴⁶ OFFE, ob. cit. p. 384.

Ouvidorias Públicas brasileiras como instrumento de controle encontra fundamento na Teoria do Controle da Administração Pública, amplamente desenvolvida pela doutrina administrativa nacional e estrangeira.

Em virtude disso, é possível a seleção de um conceito produzido no Direito Administrativo. Saliente-se que, nesse particular, não há qualquer prejuízo ao escopo desta tese, vez que o ponto focal do exercício do controle por parte das Ouvidorias Públicas brasileiras é, precisamente, a Administração Pública.

Na doutrina administrativa o conceito que tem merecido maior atenção – inclusive com o recente reforço do Prof. Luciano FERRAZ⁴⁷ – é o formulado pelo Prof. Hely Lopes MEIRELLES, posto do seguinte modo: *“controle, em termos de administração pública, é a faculdade de vigilância que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”*.⁴⁸

⁴⁷ No seu importante livro: FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 14.ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 565. Esse conceito não difere substancialmente dos demais conceitos elaborados pela doutrina nacional. Senão, veja-se: a) o formulado pela Prof.^a Maria S. Zanella DI PIETRO: *“poder de fiscalização e correção que sobre ela [Administração Pública] exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”* (DI PIETRO, Maria S. Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 417); b) o construído por GASPARINI: *“é a atribuição de vigilância, orientação e correção de certo órgão ou agente público sobre a atuação de outro ou de sua própria atuação, visando confirmá-la ou desfazê-la, conforme seja ou não legal, conveniente, oportuna e eficiente”* (GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Lê, 1991. p. 375); c) o mais recentemente elaborado por MEDAUAR: *“controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado”* (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 22); d) ainda, o de DROMI: *“Comprende el ‘autocontrol’ (de ofício o a instancia de parte), realizado internamente por los órganos*

Em que pese a autoridade do Professor MEIRELLES e de outros administrativistas que o acompanham, como se verá na seqüência, esse contorno conceitual padece de insuficiência no que diz respeito ao controle exercido pelas Ouvidorias Públicas brasileiras sobre a Administração Pública.

1.2.1 Natureza

A natureza do controle exercido pelas Ouvidorias Públicas não pode prescindir do âmbito de sua atuação. Os elementos que oferecem essa informação são os sujeitos que executam o controle, à medida que – situando-se nos extremos da relação – determinam sua extensão.

O conceito formulado pelo saudoso Prof. MEIRELLES oferece essa possibilidade, quando circunscreve a ação de controle a um universo relacional compreendido, de um lado, pelos Poderes, órgãos e autoridades do Estado (sujeição ativa), e, de outro, à Administração Pública (sujeição passiva).

Assim estabelecido, o referido Professor exclui todo plexo de relações de controle levadas a efeito por pessoas físicas e jurídicas que não se localizam no interior do próprio Estado, excluindo, por exemplo, a competência das Ouvidorias das Agências Reguladoras sobre prestadores privados de serviços públicos (sujeição passiva) e a competência do Conselho da Ouvidoria Municipal de Santo André, composto pelos representantes da sociedade civil (sujeição ativa).

públicos en ejercicio de la función administrativa. Todo órgano de la Administración (superior o inferior, jerarca o subordinado) ejerce poderes y competencias de revisión de la conveniencia u oportunidad y de la legalidad de sus propios actos” (DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994. p. 46).

Note-se que não se trata apenas de controle interno a ser exercido pela Administração sobre ela mesma. Ao utilizar a expressão “poder”, o mencionado autor alarga a ação de controle aos outros Poderes do Estado, fazendo que a realidade descrita pelo conceito abranja o controle interno da Administração sobre seus atos e o controle exercido desde fora da Administração pelo Poder Judiciário e Legislativo.⁴⁹

Nesse caso trata-se de uma relação intra e interorgânica entre Poderes, fundada precisamente no pensamento de MONTESQUIEU, para quem *“apenas o Poder poderia deter o Poder”*.⁵⁰

Com esse pano de fundo, pode-se avaliar a compatibilidade desse universo subjetivo com a natureza do controle, definida pelo Prof. MEIRELLES como “faculdade de”.

Ora, toda atividade pública desempenhada pelos Ouvidores Públicos, discricionária ou vinculada, sofre a pressão conformadora do ordenamento jurídico através de comandos contidos nos decretos e leis que regulam suas funções. Nesse sentido, a ação de controle por eles exercida – na condição de agentes políticos ou administrativos – constitui um exercício regrado que lhes são atribuídos por força de lei.⁵¹

⁴⁹ Certamente esse não é o caso das competências deferidas aos Ouvidores do Poder Judiciário, vez que estes estão adstritos à internalidade do próprio Poder a que se vinculam e onde se situam.

⁵⁰ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. S/trad. Coleção “Os pensadores”, v. XXI. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 156.

⁵¹ Assim, quando a Constituição Federal fixa entre as competências exclusivas do Congresso Nacional *“sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”* (art. 49, inciso V) ou *“fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”* (art. 49, inciso X), por evidente, não

Carece, portanto, de adequação jurídica o termo “faculdade”, para definir a natureza das ações de controle realizadas pelos Ouvidores. Cuida-se, é claro, de um dever a eles atribuído, os quais têm todas as suas ações circunscritas aos comandos normativos.

Mas a natureza dessas ações não se resume apenas a um dever; trata-se, também, de um poder, vez que os Ouvidores, como todo agente público, estão investidos de uma parcela, por mais reduzida que seja, do Poder Público. A lei ou o decreto, ao conferir competências institucionais, em rigor, confere-lhes poder para agir e decidir no desempenho das atribuições definidas pelo ordenamento.

O próprio MEIRELLES, ao enfocar a Administração Pública, sustenta:

“O poder-dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo”.⁵²

Desse modo, concebendo-se o controle da Administração como a ação de agir de um “Poder, órgão ou autoridade” – sem a inclusão dos segmentos sociais que não pertencem ao Estado – a atividade dos Ouvidores Públicos tem natureza de poder-dever.⁵³

se está atribuindo uma faculdade, mas um dever: o dever de controlar sob pena de responsabilidade.

⁵² MEIRELLES, ob. cit. p. 67.

⁵³ Conveniente, nesse sentido, o magistério de DROMI, quando sublinha que: *“El poder jurídico de control viene a ser un poder-dever, considerando la obligatoriedad que implica su ejercicio y dada su naturaleza integradora a una función estatal, de contenido jurídico. Es un poder-dever estructurado sobre la idea-fin de tutela,*

Se, como visto, não resta dúvida de que as atribuições consignadas aos Ouvidores Públicos têm a natureza de poder-dever, o mesmo não se diga em relação ao exercido pelos cidadãos que recorrem aos seus serviços, por meio de reclamações, queixas ou sugestões.

Nesse caso, cuida-se de um direito público subjetivo, aqui entendido como o poder, conferido pela ordem jurídica, de um particular impor obrigação a uma pessoa administrativa.⁵⁴

Segundo LIMBERGER, sob esse prisma, “o fundamento do direito subjetivo provém [...] do Princípio Democrático, expressado através do poder do Estado e da participação popular, qual seja: a aptidão do indivíduo para governar”.⁵⁵

Em resumo: na perspectiva funcional, o controle exercido pelas Ouvidorias Públicas brasileiras possui natureza de poder-dever, quando exercitado pelo Ouvidor ou seus prepostos. Quando exercido por cidadãos, individual ou coletivamente considerados, cuida-se de um direito público subjetivo.

Na ampla pesquisa realizada pela Prof.^a MEDAUAR, sobre a taxionomia dos controles da Administração – analisando a tipologia de CENSIO, BRAIBANT, QUESTIAUX, WIENER, GIANNINI,

cuidado y salvaguarda del orden jurídico, que adquiere una importancia fundamental dentro del Estado de derecho que el constitucionalismo ha delineado”(DROMI, ob. cit. p. 35).

⁵⁴ Conceito extraído de LIMA (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Sulina, 1964. p. 56). Com a amplitude desse conceito, segundo LIMBERGER, “podem ser titulares de direitos públicos objetivos tanto o cidadão – quanto as pessoas jurídicas de direito interno ou internacional” (LIMBERGER, Têmis. *Atos da Administração lesivos ao patrimônio público. Os princípios constitucionais da legalidade e moralidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 91).

⁵⁵ LIMBERGER, ob. cit. p. 90.

CRETELLA JÚNIOR, CAIO TÁCITO, SEABRA FAGUNDES e do próprio Prof. MEIRELLES – não se encontra nenhuma classificação tendo como critério a natureza dos mecanismos institucionais de controle.⁵⁶ Consigne-se que mesmo a tipologia elaborada pela referida Professora igualmente não apresenta a *natureza* do controle como critério classificatório.

De fato, essa ausência se justifica: não haveria qualquer percussão empírica na tentativa de classificar as Ouvidorias Públicas, em relação às eventuais diferenças de manifestação deste poder-dever, fundamento do exercício das atribuições dos Ouvidores Públicos.

1.2.2 Sujeição passiva

Ainda que as perspectivas funcional e estrutural possam confluir em relação à sujeição passiva do controle, não se pode concordar com a posição do Prof. MEIRELLES, acompanhado da grande maioria da doutrina nacional, quando indica apenas a Administração Pública como sujeito passivo do controle.

O termo-conceito “Administração Pública”, absolutamente consagrado no Direito Administrativo, é, parafraseando ADORNO e HORKHEIMER, uma expressão “aberta” ou “ocasional” que, como se disse, não passa de um lugar vazio que se enche de diferentes significados segundo o contexto de cada ocasião.⁵⁷

Para contornar esse problema de abertura semântica,

⁵⁶ MEDAUAR, ob. cit. p. 22 e segs.

⁵⁷ HORKHEIMER, Max & ADORNO, Theodor W. *Temas básicos de Sociologia*. 2.ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 61.

a doutrina tem se valido dos mais diversos critérios para definir os parâmetros de significação do termo-conceito. Desse conjunto de tentativas, sobressai aquele que confere sentido subjetivo (também chamado de orgânico ou formal) e objetivo (material ou funcional) à Administração Pública. Aqui, significando os órgãos estatais que possuem atribuição administrativa; ali, a função administrativa do Estado (Administração Pública, enquanto função administrativa).

DI PIETRO⁵⁸ acresce a essa classificação os complementos vernaculares “amplo” e “estrito”. Aquele para significar – em seu sentido subjetivo – o conjunto de todos os órgãos e entidades estatais, compreendendo tanto os órgãos governamentais (constitucionais) quanto os órgãos estritamente administrativos. Objetivamente considerada, a expressão englobaria não só a função propriamente administrativa, como também as funções políticas ou de governo.

Já Administração Pública em sentido estrito seria, sob o enfoque objetivo, exclusivamente a função desempenhada pelo Estado e, sob o enfoque subjetivo, os órgãos estatais responsáveis pelo exercício da função.

Não resta qualquer dúvida, quer do ponto de vista doutrinário, quer do ponto de vista normativo, de que, ao se referir ao controle da Administração Pública, está a se delimitar a sujeição passiva à totalidade dos órgãos estatais que possuam como atribuição legal o exercício da função administrativa.

Isso se deve ao fato de o regime constitucional brasileiro adotar o princípio da especialização das funções estatais,

⁵⁸ DI PIETRO, ob. cit. p. 43.

relativizando o princípio da separação dos poderes. É o que se extrai do disposto no art. 2º da Constituição Federal, que não preconiza separação, mas sim harmonia e independência entre os poderes.

Decorre daí a propriedade do critério negativo utilizado por GORDILLO, ao definir função administrativa como *“toda atividade que realizam os órgãos administrativos, e a atividade que realizam os órgãos legislativos e jurisdicionais, excluídos, respectivamente, os fatos e atos materialmente legislativos e jurisdicionais”*.⁵⁹

Ora, se a função administrativa pode ser exercida pelos outros Poderes, o entendimento segundo o qual o sujeito passivo do controle seria a Administração Pública é insuficiente para abranger a função administrativa do Estado.⁶⁰

Ademais, ao que parece, a intenção do legislador constituinte, quando consagrou os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência,⁶¹ foi precisamente estendê-los às atividades administrativas levadas a efeito pelos demais Poderes, da mesma forma que expressamente o fez no art. 74. Senão, veja-se:

“Art. 37 – A administração pública direta e indireta

⁵⁹ GORDILLO, ob. cit. p. 124.

⁶⁰ Estaria equivocado, portanto, o entendimento segundo o qual a expressão *“controle da Administração Pública”* abarcaria tão-somente os atos praticados pelo Poder Executivo, como parece sugerir Toshio MUKAI ao criticar a inclusão da expressão “poderes” no art. 37 da Constituição: *“[...] verifica-se que a disposição contém, em parte, alguma impropriedade. Em primeiro lugar, como vimos, Administração Pública é sinônimo de Poder Executivo e a norma abrange na expressão outros poderes, tais o Legislativo e o Judiciário”* (MUKAI, Toshio. *Administração Pública e Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 47-48).

⁶¹ O princípio da eficiência foi incluído recentemente por força da Emenda Constitucional n.º 19/98.

de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios [...]"

"Art. 74 – Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno".

Não obstante, as Ouvidorias Públicas brasileiras, mesmo a do Município de Santos e a de Santo André, não alcançam a função administrativa realizada pelos demais Poderes, restringindo-se, exclusivamente, à desempenhada no âmbito da Administração Pública.

Cabe ressaltar, ademais, que a Carta constitucional de 1988 revela uma constante preocupação em conter os conhecidos descaminhos do agir público. Essa preocupação pode ser analisada a partir de três aspectos presentes na Constituição, ao tempo de sua edição: a) ampliação da sujeição passiva do controle; b) contenção do âmbito de atuação política do Poder Executivo; c) ampliação dos mecanismos jurídicos de controle da Administração Pública.

A ampliação da sujeição passiva consagrada pela Carta de 1988 colocou sob o mesmo regime jurídico de controle, além dos órgãos e agentes dos três Poderes no exercício de sua função administrativa, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, autarquias e fundações públicas, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, *caput*).

Além desse dilargamento, (1) a extensão da responsabilidade objetiva para as pessoas prestadoras de serviços públicos, (2) o regime de prestação de contas de recursos públicos e

(3) o regime atípico para concessionárias e permissionárias de serviços públicos – contidos, respectivamente, no § 6º do art. 37, no art. 70 e nos incisos II e IV do parágrafo único do art. 175 –, acabam por abranger no mesmo ou em semelhante regime de controle pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos.⁶²

É sob o manto desse elastério do âmbito da sujeição passiva, em alguns casos já antecipados pela jurisprudência, que se deve conceber a atribuição conferida a algumas Ouvidorias Públicas – como é o caso das Ouvidorias das Agências Reguladoras e mesmo da Ouvidoria Nacional de Defesa do Usuário de Serviço Público, em discussão no Congresso Nacional – de incluir entre suas atribuições o controle sobre qualquer pessoa física ou jurídica prestadora de serviços de natureza pública.

Ao lado dessa ampliação, a Constituição Federal claramente volta-se para a contenção do âmbito de atuação do Poder Executivo, com vistas a minimizar os efeitos decorrentes da concentração de poderes no Executivo, consagrada pela Carta de 1967, emendada em 1969.

Nesse sentido, operou-se um extraordinário movimento de deslocamento de competências do Poder Executivo para o Legislativo, no que diz respeito à nomeação de agentes (*v. g.* art. 52, inciso

⁶² Por força da Lei n.º 9.790/99 e n.º 9.638/98, que regulam, respectivamente as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e as Organizações Sociais. As entidades assim qualificadas também encontram-se ao abrigo dessa ampliação. Registre-se que a reforma do art. 241 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n.º 19, estabelecendo regime diferenciado para os consórcios públicos e convênios de cooperação, não deverá atingir o regime de controle previsto na Constituição Federal.

III), à exoneração do Procurador Geral da República (art. 52, inciso XI), às concessões de serviços de rádio e televisão (art. 49, inciso XII), à autorização para exploração de recursos minerais e hídricos em terras indígenas (art. 49, inciso XVI), à alteração ou supressão de espaços territoriais como proteções ambientais (mesmo os instituídos pelo próprio Poder Executivo – art. 225, § 1º, inciso III), à não possibilidade de renovação das concessões e permissões para os serviços de radiodifusão (art. 223, § 2º), à criação de sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias e fundações públicas, bem como de subsidiárias (art. 37, inciso XIX),⁶³ às atividades nucleares levadas a efeito pelo Poder Executivo (art. 49, inciso XIV), entre outros.

Reforçando esse movimento, o novo texto constitucional, ao mesmo tempo que amplia a legitimação para iniciativa legislativa (art. 61, *caput*), restaura a competência do Legislativo, ao a) reduzir o acervo de competências privativas do Executivo às alíneas do § 1º do art. 61; b) alargar o poder de emenda do Legislativo em matérias de grande interesse como, *v. g.*, orçamento anual, créditos adicionais, planos plurianuais (art. 166); c) retirar do ordenamento constitucional a figura do decurso de prazo; d) remodelar o processo legislativo, extinguindo o Decreto-Lei,⁶⁴ e e) prever, no art. 49, inciso V, a

⁶³ Enquanto o texto original exigia lei específica para criar qualquer entidade da Administração Indireta, a nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19 determina: *“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”*.

⁶⁴ Ainda que a Constituição tenha consagrado o instituto das medidas provisórias, utilizado abusivamente pelo Executivo, não se pode olvidar de que durante um período de 21 anos foram editados três mil Decretos-leis, conforme aponta BORGES (BORGES, Alice González. Administração Pública e Organização do Poder Executivo na Nova Constituição da República. *Revista de Ciência Jurídica*, Salvador, Ciências Jurídicas, n. 32, p. 7-25, mar.-abr. 1990. p. 9).

possibilidade de o Legislativo sustar atos normativos do Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa.

Além desses aspectos, ressalte-se, por fim, a substancial ampliação dos mecanismos de controle postos à mão do Poder Legislativo (arts. 49, inciso V e X, art. 50, art. 58, inciso III, VI e § 3º, art. 72 e 166, entre outros), do Poder Judiciário (art. 5º, incisos LXXIII, inciso LXX, inciso LXXII, entre outros), do Ministério Público (art. 127 e segs.) e mesmo de entidades não governamentais (art. 5º, inciso LXX, alínea *b*) e cidadãos (art. 37, § 3º, art. 58, inciso IV, art. 74, § 2º, entre outros).

A ampliação da sujeição passiva, dos mecanismos de controle, a contenção da atuação do Poder Executivo, conjugados com os princípios norteadores da atividade administrativa acabam por legitimar a atuação dos Ouvidores sobre importantes esferas – inclusive discricionárias – da ação administrativa.

Desse modo, de qualquer perspectiva que se mire, o conceito tradicionalmente adotado de controle da Administração não logra delinear com a desejável precisão os reais parâmetros da sujeição passiva do controle exercido pelas Ouvidorias Públicas brasileiras.

Talvez o ponto de partida para uma maior aproximação da realidade, especialmente no que se refere às Ouvidorias vinculadas ao primeiro escalão de governo – como a Ouvidoria-Geral do Ceará, cujo titular, vinculado à Governadoria, tem prerrogativa de Secretário de Estado – seria a opção pela expressão “

”, já consagrada em outros países, especialmente a Inglaterra e Estados Unidos.

Não obstante a consagração da expressão “políticas

públicas” no léxico de diversas áreas da Ciência,⁶⁵ o Direito tem resistido à sua recepção. Muito provavelmente em face de a mesma contemplar uma complexidade – certamente mais próxima da realidade – que extrapola o enclausuramento disciplinar no qual o Direito ainda se encontra.

Como diz SUBIRATS, citando BLONDEL,

*“La investigación orientada en torno a las políticas públicas es una necesidad no sólo para detectar las ineficiencias de la actuación pública y reducirlas en el futuro, sino para conseguir una mejor inyección de principios normativos en el desarrollo diario de tales políticas. Las consecuencias y ventajas de este giro son importantes. Es posible llegar al problema planteado desde una perspectiva interdisciplinar. Se concede una necesaria centralidad a los actores de todo tipo implicados”.*⁶⁶

Efetivamente, a noção de política pública não tem como epicentro apenas a burocracia estatal pois, como ensina a mesma autora, ela permite ultrapassar *“la lógica de una decisión-un decisor”*, vez que

“El proceso de elaboración de toda política pública implica decisiones e interacciones entre individuos,

⁶⁵ Como a Ciência da Administração, a Ciência Política, a Sociologia e a Economia.

⁶⁶ SUBIRATS, Joan. *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1994. p. 207.

*grupos e instituciones, decisiones e interacciones influenciadas sin duda por las conductas, las disposiciones del conjunto de individuos, grupos y organizaciones afectadas”.*⁶⁷

Ademais, como pontuam MENY e TRHOENING, a expressão política pública abarca todo

*“un conjunto de prácticas y de normas que emanan de uno o de varios actores públicos [...] estas prácticas se pueden señalar concretamente: formas de intervención, reglamentación, provisión de prestaciones, represión, etc. También pueden ser más inmateriales, a veces simbólicas [...] Al mismo tiempo, estas prácticas se refieren o son referibles a finalidades, a valoraciones explicitadas por la autoridad pública o implícitas”.*⁶⁸

Saliente-se ainda que esse marco conceitual comporta não só ações positivas, como também *“una política pública puede consistir en no hacer nada”*,⁶⁹ com reflexos igualmente relevantes na prática. Como diz CANOTILHO, *“Uma política de não decisão, isto é, a não tomada de decisões pelo Estado, é uma atitude tão política como a*

⁶⁷ *Idem.* p. 41.

⁶⁸ MENY, Ives & TRHOENING, Jean-Claude. *Las políticas públicas*. Versão espanhola de Francisco Morata. Barcelona: Ariel, 1992, p. 89-90.

⁶⁹ Como informa SUBIRATS, *“este tipo de no decisión resulta extremadamente relevante en la formación de las agendas o programas de actuación públicos”* (SUBIRATS, ob. cit. p. 41).

tomada de decisões”.⁷⁰

Nesse sentido, é inegável que o conjunto de reclamações, queixas e especialmente as sugestões – deduzidas ao Ouvidor Geral e encaminhadas aos centros decisórios – atua decisivamente no processo de formulação das políticas governamentais.

A já mencionada reforma do art. 37, § 3º da Constituição Federal, ao consagrar o direito de *“avaliação periódica, externa e interna” da qualidade (e, note-se, não da legalidade ou moralidade) dos serviços públicos, tem em vista, precisamente, o direcionamento de tais serviços ao que se convencionou chamar de “satisfação do usuário”*. É o que, com todas as letras, pontua um dos “objetivos globais” da Reforma do Aparelho do Estado: *“Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos”*.⁷¹

BRESSER PEREIRA, nesse sentido, reconhece explicitamente esse entendimento: *“O cidadão-cliente [...] que é o objeto dos serviços públicos e também seu sujeito, na medida em que se torna partícipe na formação das políticas públicas e na avaliação dos resultados”*.⁷²

⁷⁰ Nessa passagem CANOTILHO indica sua apropriação do pensamento político dos politólogos americanos BACHRACH & BARATZ (CANOTILHO, ob. cit. p. 33).

⁷¹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Câmara da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho de Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração e da Reforma do Estado, 1995. p. 56.

⁷² PEREIRA, ob. cit. p. 118. OSBORNE & GAEBLER, ambos com forte influência no modelo de reforma adotado no Brasil, indicam exemplos de conselhos de clientes voltados para avaliar as políticas governamentais: *“diversas autoridades municipales, incluídas las de Louis-ville, emplean consejos de residentes para mantener el contacto con sus clientes. El Michigan Modernization Service empea un consejo de clientes para obtener retroalimentación, particularmente sobre ideas*

Centrando-se, pois, a sujeição passiva em todos os agentes de formulação e execução da **política pública, ter-se-ia uma maior adequação à realidade** das novas Ouvidorias Públicas. Neste âmbito, estariam incluídos não só agentes e órgãos da Administração Pública, mas todo o conjunto de pessoas físicas e jurídicas envolvidas no processo de formulação e execução das políticas governamentais, aí incluídas as pessoas privadas prestadoras de serviços públicos.⁷³

Postas essas considerações, poder-se-iam classificar as Ouvidorias Públicas, em relação à sujeição passiva, entre aquelas cujo controle recaem exclusivamente sobre os órgãos e agentes da Administração Pública na qual se situam (como as Ouvidorias Públicas Setoriais, Estaduais e a maioria das Municipais, incluída a do Município de Santo André), e as cujo controle extrapolam a espacialidade administrativa, para alcançar os prestadores privados de serviço público (como as Ouvidorias das Agências Reguladoras e as recentes Ouvidorias do Estado de São Paulo, criadas sob o amparo da Lei n.º 10.294/99⁷⁴).

Registre-se, por derradeiro, que no caso das

nuevas” (OSBORNE, David & GAEBLER, Ted. *La reinvencción del gobierno: la influencia del espíritu empresarial en el sector público*. Trad. Marco Aurélio Galmarini e Fernando Pardo Gella. Buenos Aires: Paidós-Ibérica, 1995. p. 255).

⁷³ O Estado, no Brasil, não é o único formulador de políticas públicas. Notem-se, *v. g.*, as Conferências (Nacional, Estaduais e Municipais) de Saúde, cuja competência legal envolve, também, a formulação da política de saúde da respectiva esfera de governo para a qual se realiza.

⁷⁴ A referida Lei estabelece em seu art. 1º, § 1º: “*As normas desta lei visam à tutela dos direitos do usuário e aplicam-se aos serviços prestados: a) pela Administração Pública direta, indireta e fundacional; b) pelos órgãos do Ministério Público, quando no desempenho de função administrativa; c) por particular, mediante concessão, permissão, autorização ou qualquer outra forma de delegação por ato administrativo, contrato ou convênio*”. Além desse dispositivo, convém mencionar o art. 8º, § 1º: “*Para assegurar o direito a que se refere este artigo, serão instituídas em todos os órgãos e entidades prestadores de serviço públicos de São Paulo: a) Ouvidorias [...]*”.

Ouvidorias Públicas, constituídas, vinculadas e localizadas no próprio órgão sujeito ao controle, a sujeição ativa alcança não apenas os atos de gestão e os atos vinculados, mas os discricionários – entre os quais o de formulação das políticas públicas – praticados por todos os agentes e unidades do referido órgão.

1.2.3 Objeto

O conceito de MEIRELLES circunscreve o objeto do controle da Administração Pública, à *“conduta funcional de um poder, órgão ou autoridade”*. Deste modo, há o pressuposto de um vínculo laboral – e, portanto, marcado pela pessoalidade – do sujeito passivo de controle com o Poder Público.

Conduta funcional é o exercício de uma ação ou omissão em sede de uma função pública. Em outras palavras, toda conduta funcional pressupõe um vínculo de trabalho (estatutário ou contratual), vez que ligada ao exercício de uma função pública, definida pelo próprio tratadista como

“[...] a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais [...]”⁷⁵

A Prof.^a MEDAUAR é mais clara:

⁷⁵ MEIRELLES, ob. cit. p. 361.

“Para o desempenho da função pública pode ser atribuído à pessoa um cargo público [...] A função pública pode ainda ser exercida sem estar revestida da conotação de cargo. Sob esse aspecto, o sentido da expressão se especifica para significar o tipo de vínculo de trabalho em que as atividades são exercidas por pessoas que não ocupam cargo, pois somente detêm funções.”⁷⁶

Em que pese a autoridade do Prof. Meirelles no tema,⁷⁷ não se pode concordar com a possibilidade de se tornar imune ao controle o conjunto – cada vez maior – de pessoas físicas e jurídicas que exercem por meio de delegação parcelas de poder público.

Saliente-se, ademais, que o conceito formulado pelo referido Professor encerra uma contradição lógica: de um lado, restringe a sujeição passiva do controle à Administração Pública; de outro, dilarga seu objeto para os demais Poderes.⁷⁸

A possibilidade de inclusão dessas atividades do Estado no espaço delimitado para o controle da Administração Pública (e não para o controle do poder), retira inteiramente a aptidão daquela

⁷⁶ MEDAUAR, ob. cit. p. 287-288.

⁷⁷ Não obstante o renomado professor entender, em outro texto, como função todos os “*encargos atribuídos aos órgãos, cargos e agentes*”⁷⁷, estabelecendo, portanto, um raio de abrangência que alcança além dos agentes públicos, órgãos e Poderes do Estado, não poderia utilizar essa definição de função quem restringe a sujeição passiva do controle exclusivamente ao Poder Executivo.

⁷⁸ Isso porque “conduta funcional” pode ser entendida, sem com isso incorrer em erro, como a atividade jurisdicional dos magistrados, bem como a atividade legiferante dos parlamentares.

expressão como termo conceitual. Tanto a atividade jurisdicional quanto a legislativa possuem regimes jurídicos de controle próprios, que não se confundem com o regime jurídico regulador do controle da Administração, exercido pelas Ouvidorias Públicas brasileiras.

Essa distinção resta evidenciada não só pelo ordenamento positivo que, ao instituir mecanismos de controle específicos para cada função estatal, acaba estabelecendo um regime jurídico diferenciado, como também pela doutrina, que, ao definir função administrativa, distingue-a das funções jurisdicionais e legislativas do Estado. Neste sentido, já a definição de Otto MAYER, formulada no fim do século XIX, constitui um precioso instrumento didático. Esse insigne administrativista alemão, ao definir a função administrativa como “*a atividade do Estado para realizar seus fins, debaixo da ordem jurídica*”,⁷⁹ ensinava que a função legislativa produz-se “sobre” o ordenamento jurídico, e a função judiciária manifesta-se “para a manutenção” desta ordem jurídica.

Observa-se, desse modo, que esse tratadista não reserva a função administrativa exclusivamente ao Poder Executivo, mas aos outros Poderes em suas manifestações que não sejam materialmente legislativa ou jurisdicional.

Mesmo utilizando-se de outros critérios para a diferenciação dessas funções, é uníssona a voz da doutrina a respeito, uma vez que falar em Direito Administrativo é, necessariamente, falar em função administrativa.

O primeiro corolário decorrente dessa assertiva diz respeito ao próprio significante da expressão “função”, oportunamente

⁷⁹ Apud SANTOS, Aricê M. Amaral. Função Administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 89, p. 165-185, jan.-mar. 1989. p. 169.

lembrado por Bandeira de MELLO:

*“A palavra função – reconheça-se – é utilizada em mais de um sentido. Seu sentido nuclear, entretanto, é o de que a função é o exercício, no interesse de terceiro, de um poder que se dispõe exclusivamente para os efeitos de cumprir o dever de atender determinada finalidade legalmente estabelecida”.*⁸⁰

Do exposto, portanto, poder-se-ia indicar a função administrativa como objeto do controle das Ouvidorias Públicas, descartando-se a expressão conduta funcional.

Entretanto, ainda esse entendimento é insuficiente. Como visto, o objeto do controle de algumas Ouvidorias Públicas alcança o âmbito em que situam os particulares que, mediante concessão, permissão, autorização ou outra forma de delegação por ato administrativo, contrato, termo de parceria ou convênio, prestam serviços de natureza pública.

Como diz – contraditoriamente à sua formulação conceitual – o próprio Prof. MEIRELLES, *“Não é, pois, a natureza de órgão ou da pessoa que a obriga a prestar contas; é a origem pública do bem administrado ou do dinheiro gerido que acarreta para o gestor o dever de comprovar o seu zelo e o bom emprego”*.⁸¹

Ainda que tratando do controle de contas, não suscita qualquer dúvida a intenção constitucional em ir mais além do

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 21.

⁸¹ MEIRELLES, ob. cit. p. 601.

controle da função administrativa ou dos que mantêm vínculo funcional com a Administração, pelo menos em relação ao controle externo, conforme pode ser notado, entre outros dispositivos, no Art. 70, parágrafo único da Constituição Federal.

A esse propósito, note-se que praticamente todos os serviços sociais antes prestados pelo Estado – como os de ensino, pesquisa, desenvolvimento tecnológico, proteção ao meio ambiente, cultura, saúde⁸² –, nos termos da Reforma do Aparelho do Estado, serão realizados mediante contratos de gestão ou termos de parceria, por pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, também em relação ao objeto, seria mais adequada a utilização da categoria “serviço público”, ou “política pública”, gizando o controle levado a efeito pelas Ouvidorias Públicas brasileiras no amplo raio em que se colocam a sua formulação e a sua execução. Desse modo, todas as condutas (omissivas ou comissivas) que, de qualquer modo, atuem no processo de formulação ou de execução de uma política pública ou de serviço público, estariam incluídas como objeto do controle dos Ouvidores Públicos.

Adotando o entendimento do Prof. Eros GRAU – para quem *“a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”*⁸³ –, poder-se-ia dizer que a referida expressão envolve todas as atuações prestadas direta ou indiretamente pelo Estado, cobrindo toda a

⁸² Serviços indicados no art. 1º da Lei n.º 9.637/98, que regula a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por Organizações Sociais.

⁸³ GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e Direito pressuposto*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 22.

intervenção de natureza pública na vida social.

Nesse sentido, tanto a lei paulista acima indicada quanto o Anteprojeto de Lei sobre Defesa e Participação de Usuários de Serviços Públicos, analisado no Capítulo anterior, para fugir da polêmica doutrinária sobre o conceito de serviço público, adotam a Teoria da *Publicatio* – sustentada pela maior parte da doutrina espanhola, a partir da década de cinquenta, segundo CASSAGNE⁸⁴ – considerando-se serviços públicos os indicados expressamente pelo Poder Público. É o que se conclui do art. 2º da Lei n.º 10.294/99, de São Paulo: *“Art. 2º – Periodicamente o Poder Executivo publicará e divulgará quadro geral dos serviços públicos prestados pelo Estado de São Paulo, especificando os órgãos ou entidades por sua realização”*.⁸⁵

Adotando aqui o festejado conceito de serviço público elaborado por BANDEIRA DE MELLO, segundo o qual

“serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público [...] instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do

⁸⁴ Conforme CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 140, p. 95-111, mayo-agosto. 1996. p. 102. Segundo esse autor, *“la publicatio [...] traduce la incorporación de una actividad al sistema del Derecho público y tan sólo expresa la decisión estatal de que una determinada actividad se sujete a las potestades administrativas mediante un régimen especial”* (ob. cit. p. 103).

⁸⁵ O anteprojeto federal acima indicado, por sua vez, estabelece: *“Art. 2º – No início de cada ano civil, o Poder Público publicará o quadro geral dos serviços públicos [...]”*.

sistema normativo”,⁸⁶

poder-se-ia afirmar que o objeto do controle exercido pelas Ouvidorias Públicas brasileiras atinge os serviços públicos e os demais atos administrativos, aí incluídos os referentes à formulação de política pública, praticados em sede de uma relação funcional ou contratual com o Poder Público.

Entre todas as tipologias analisadas por MEDAUAR,⁸⁷ a única que apresenta o objeto do controle como meio de classificação é a formulada por Jorge Silva CENSIO,⁸⁸ tendo como critério o seu objeto, de duas formas: a primeira, estabelecendo a diferenciação entre controle de (1) legalidade, de (2) conveniência e de (3) legalidade e de conveniência; a segunda, gizando a diferença entre (1) controle sobre pessoas e (2) controle sobre a atividade administrativa.

Quanto à segunda classificação, não haveria qualquer utilidade prática em relação ao controle exercido pelas Ouvidorias Públicas, vez que certamente as ações de controle voltam-se sobre as pessoas e atividades, como demonstrado acima.

O mesmo não se diga em relação à primeira diferenciação indicada pelo professor uruguaio. De fato, o objeto de controle da Ouvidoria Municipal de Santos, bem assim das Ouvidorias das Agências Reguladoras, em relação aos prestadores privados de serviço público, restringe-se ao suporte legal ou contratual, não alcançando a conveniência. Ainda que, em se tratando de sugestão, nada

⁸⁶ MELLO, ob. cit. p. 306

⁸⁷ MEDAUAR, ob. cit. p. 26.

⁸⁸ *Apud* MEDAUAR, em artigo publicado na *Revista de Direito Público*, n.ºs 39/40.

obstaria que o Ouvidor tivesse como objeto a esfera dos juízos de oportunidade e conveniência.

1.2.4 Sujeição ativa

É o momento de analisar o último e talvez o mais relevante elemento constitutivo da ação de controle exercido pelas Ouvidorias Públicas brasileiras.

Pelos termos do conceito do Prof. MEIRELLES, estariam legitimados para o exercício do controle da Administração Pública apenas *“os órgãos, autoridades ou Poderes do Estado”*. Essa concepção também encontra sua sustentação teórica em MONTESQUIEU, para quem, como já se disse, apenas ao Poder cabia o controle do Poder.

É inteiramente injustificada a reiteração desse fundamento teórico nos dias de hoje, especialmente porque os pressupostos que o informaram, foram completamente modificados no decurso da história.⁸⁹

⁸⁹ Como sabido, MONTESQUIEU utilizou como suporte fático uma realidade social considerada a partir de três forças políticas: a realeza, a burguesia e a nobreza. Em sua teoria não relevou a existência, enquanto força política, da grande massa de trabalhadores que sustentava não só o sistema político, mas também o sistema social e econômico sobre o qual se erguia o Estado Liberal. Como diz ALTHUSSER, *“ora é aqui que intervém uma outra potência diferente daquela que Montesquieu faz figurar na divisão do poder; uma outra potência, diferente das que recebiam as honras da teoria política: a potência da massa do povo sobre que se exercia esta exploração feudal que o aparelho de Estado da monarquia absoluta tinha justamente por função manter e perpetuar”* (ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a política e a história*. Trad. Luz Cary e Luisa Costa. 2.ed. Lisboa: Presença, 1977. p. 153).

Mesmo levando-se em conta as palavras do Prof. Pedro DEMO de que hoje, como no tempo de MONTESQUIEU, “*é facilmente visível que as elites organizadas estão no Estado, ou deles se servem sem restrições maiores. Elas de fato controlam o Estado, mesmo que não estejam direta ou formalmente no Poder*”,⁹⁰ o processo de autonomização da burocracia em relação às forças sociais e a crescente recepção de demandas populares em face do déficit de legitimação política do Estado contemporâneo alteraram substancialmente o suporte empírico sobre o qual se construiu a idéia de suficiência do controle do Estado pelo próprio Estado.⁹¹

Em face desse delineamento, a reiteração persistente do postulado do autocontrole do poder, sem qualquer lastro na realidade empírica, denuncia sua utilização ideológica. Essa reinserção nos enunciados cognoscitivos da Ciência do Direito, deixando a decisão política como resultado de uma relação entre burocracia e elite econômica, não entroniza qualquer entrechoque de interesses capaz de, eficaz e efetivamente, controlar as decisões e ações públicas.⁹²

O próprio Banco Mundial, historicamente beneficiário da cumplicidade entre elite econômica e burocracia estatal, em recente pesquisa realizada em 39 (trinta e nove) países, acabou reconhecendo que

“Acumulam-se indicações de que os programas

⁹⁰ DEMO, Pedro. *Estado inevitável*, ob. cit. p. 15.

⁹¹ Conforme analisado acima.

⁹² A eventualidade de qualquer conflito entre interesse burocrático e elite econômica pode ser resolvida, por exemplo, a partir do agravamento das políticas sociais. Assim, o aumento do custo da folha de pagamento do funcionalismo público, antes de representar elevação da carga tributária do setor produtivo, pode gerar a redução de um benefício social que por seu caráter difuso pode ser irrelevante do ponto de vista do custo político (legitimação).

governamentais funcionam melhor quando buscam a participação dos usuários [controle extra-orgânico]. Os benefícios se traduzem em implementação mais escorreitas, maior sustentabilidade e melhor feedback para órgãos do governo. Nos países bem-sucedidos, as políticas são formuladas mediante processos de consulta que dão oportunidades de participação e supervisão à sociedade civil, aos sindicatos e às empresas”.⁹³

O alijamento da sociedade e do próprio cidadão como sujeitos ativos do controle da Administração Pública, por força da limitação contida no conceito formulado pelo Prof. MEIRELLES, também não encontra suporte na realidade normativa brasileira.

A Constituição Federal de 1988 previu diversas espécies de controle a serem exercidos por sujeitos que se encontram fora da esfera estatal. Um desses sujeitos, constitucionalmente reconhecido e legitimado para o exercício do controle, são as associações representativas.⁹⁴

Além de conferir às associações *status* de sujeito ativo do controle, a Constituição consagrou a chamada legitimação extraordinária, prevista no art. 5º, inciso XXI, por meio da qual essas entidades poderão, quando expressamente autorizadas, representar seus

⁹³ BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial*. s/trad. Washington: Banco Mundial, 1997. p.11.

⁹⁴ Entre as diversas hipóteses normatizadas, veja-se a contida no art. 29: “Art. 29 – O Município reger-se-á por lei orgânica [...] atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal”.

associados judicial e extrajudicialmente.⁹⁵

A Carta Constitucional legitima e reconhece também certas categorias de cidadãos como sujeitos de controle. Este é o caso, *v. g.*, dos contribuintes,⁹⁶ dos trabalhadores e empregados dos órgãos públicos,⁹⁷ e usuários, conforme já assinalado, previsto no art. 37, § 3º.

Não é só. A Constituição também contempla sujeitos ativos coletivos, sem personalidade jurídica, caracterizados precisamente por não se situarem no âmbito da espacialidade estatal. É o caso da legitimação da sociedade e da comunidade, consagrada nos arts. 194 e 198, inciso III.⁹⁸

Todo esse alargamento do universo subjetivo de controle de Administração Pública, realizado pelo legislador constituinte, tem seu esteio exatamente em um amplo plexo de normas, por meio das quais se legitima o exercício do controle para além da esfera estatal – tal

⁹⁵ Aduza-se a esse fato a preocupação constituinte em garantir a incolumidade das associações em face da Administração Pública, materializada nos incisos XVIII, XIX e XX do art. 5º da Constituição, os quais, respectivamente, impedem a interferência estatal na liberdade associativa, na criação e na dissolução destas entidades.

⁹⁶ Art. 31, § 3º – *“As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”*.

⁹⁷ Art. 10 – *“É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”*.

⁹⁸ Art. 194 – *“A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência”*.

Art. 198 – *“As ações e serviços da saúde [...] constituem um sistema único, organizado com as seguintes diretrizes: [...] III – participação da comunidade”*. Esse tipo de legitimação é repetido em diversos momentos pelo texto constitucional, entre os quais merecem citação as previsões contidas nas áreas de seguridade (art. 194, VII), educação (art. 206, VI), cultura (art. 216, § 1º), meio ambiente (art. 225) e da família (art. 227).

como ocorre, por exemplo, com as Ouvidorias das Agências Reguladoras e das Ouvidorias Públicas do Estado de São Paulo.

Em se tratando de sujeição ativa, entretanto, tais Ouvidorias não servem como paradigma. Nesse caso, trata-se da legitimidade para o exercício de práticas de controle, e essas Ouvidorias exercem suas atribuições exclusivamente por meio de agentes pertencentes ao Estado.

A ampliação da legitimação operada pela Constituição de 1988 implementa uma nova modalidade de controle, denominada pela doutrina estrangeira de extra-orgânica,⁹⁹ qualificada como tal em face de ser implementada por segmentos não pertencentes à

⁹⁹ Ainda que não se tenha encontrado um conceito na doutrina nacional que tenha recepcionado expressamente o controle de tipo extra-orgânico, deve-se mencionar a existência de diversos autores brasileiros que têm preconizado a participação dos cidadãos na Administração Pública. Entre eles, citem-se: BORGES, ob. cit.; PEREIRA JR., Jessé Torres. O controle da Administração Pública na nova Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 103, p. 27-46, jul.-set., 1989; SOUZA, Luciano B. Alves. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, F.G.V., n. 175, p. 36-46, jan.-mar., 1989; CAMPILONGO, Celso F. Direito de participação no Governo e na oposição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 105, p. 181-202, jan.-mar. 1990; CLÈVE, Clémerson Merlin. O cidadão, a Administração Pública e a nova Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 106, p. 81-98, abr.-jun., 1990; MURCY, Marília. Cidadania, participação e controle do Estado. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 88, p. 108-115, out.-dez., 1988; SAULE JR., Nelson. A participação dos cidadãos no controle da Administração Pública. *Revista de Direito*, São Paulo, Universidade Ibirapuera, n. 1, p. 199-239, out., 1998; CARVALHO, Maria do Carmo A. A. *Participação social no Brasil hoje*. São Paulo: Pólis, 1998; LYRA, Rubens Pinto (org.). *A nova esfera pública da cidadania*. João Pessoa: Ed. Universidade Federal da Paraíba, 1996; LYRA, Rubens Pinto. *As vicissitudes da democracia participativa no Brasil*. João Pessoa: mimeo.; DEMO, Pedro. *Participação é conquista*. São Paulo: Cortez/Autores Associados, 1988; WEFFORT, Francisco C. Dilemas da legitimidade política. *Lua Nova*, São Paulo, n. 15, p. 07-30, jul.-set., 1988; JACOB, Pedro. Descentralização municipal e participação dos cidadãos. Apontamentos para o debate. *Lua Nova*, São Paulo, n. 20, p. 121-143, maio, 1990; MOISÉS, José Álvaro. *Os brasileiros e a democracia*. São Paulo: Ática, 1995; GENRO, Tarso. *O futuro por armar: democracia e socialismo na era globalitária*. Petrópolis: Vozes, 1999.

esfera estatal.

Nesse sentido, guardado o respeito pelos profundos estudos realizados pela Prof.^a MEDAUAR, não é possível concordar que os controles realizados pelo *“povo, partidos políticos, imprensa etc.”* sejam *“desprovido[s] de um ou mais elementos caracterizados do verdadeiro controle, podendo-se cogitar de [...]quase-controle”*.¹⁰⁰

Aliás, em face da previsão constitucional de realização de *“avaliações externas periódicas”*, previstas no art. 37, § 3º, nada obstará que, mediante o devido procedimento licitatório, fossem legitimadas pessoas jurídicas de direito privado para realizarem o controle da execução de um determinado tipo de serviço público prestado por um órgão ou unidade da Administração Direta ou Indireta, especialmente em relação aos serviços previstos na Lei n.º 9.790/99 e n.º 9.637/98. Nesses casos, tratar-se-ia de modalidade de controle extra-organico com fundamento contratual, um tanto similar ao controle que as Ouvidorias Públicas das Agências Reguladoras exercem, por exemplo, sobre os concessionários de serviços públicos.

Na hipótese de aprovação do referido Anteprojeto de Lei de Defesa do Usuário do Serviço Público, as Comissões de Avaliação, compostas *“por cinquenta por cento de membros indicados ou eleitos pelas entidades associativas de defesa do usuário”* (art. 15, inciso I, alínea b), teriam precisamente como atribuições exercer o controle sobre a *“qualidade dos serviços e a observância dos princípios estabelecidos nesta lei”* (art. 15, caput).¹⁰¹

¹⁰⁰ MEDAUAR, ob. cit. p. 32.

¹⁰¹ Esse, aliás, é o caso de diversas modalidades de controle, integral ou parcialmente extra-organicas, como os Conselhos deliberativos, compostos por representantes da sociedade civil e representantes do Poder Público, como é o caso do Conselho de Saúde (instituído pela Lei n.º 8.142/90), Conselho de Comunicação Social (instituído pela Lei n.º 8.389/91), Conselho Monetário Nacional (instituído pela Lei n.º 8.646/93), Conselho

De qualquer modo, não se conhece nenhuma Ouvidoria Pública com essas características, não obstante a notável experiência institucional do município paulista de Santo André. É que, embora conte com um conselho de representantes da sociedade civil para eleger e destituir o titular do cargo, tal conselho tem seu poder limitado ao controle das atividades do próprio Ouvidor.

Mencione-se, ainda em relação à sujeição ativa, as diferenças – consignadas no conjunto de legislação indicada no Capítulo anterior – em relação ao titular do exercício de controle, ou seja, os Ouvidores-Gerais. Sob esse particular, as Ouvidorias Públicas podem ser classificadas em Ouvidorias cujos titulares são:

- a) nomeados para ocupar cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração (ex.: Ouvidoria Geral do Estado do Paraná);
- b) nomeados para ocupar cargo em comissão – entretanto, exclusivamente entre servidores de carreira do órgão controlado (ex.: algumas Ouvidorias Setoriais);
- c) nomeados para ocupar cargo em comissão, por um período determinado (ex.: Ouvidorias Setoriais do Estado de São Paulo e Ouvidorias do Poder Judiciário);
- d) eleitos pelo Poder Legislativo (Ouvidoria do Município de Curitiba, nos termos previstos no § 2º do art. 63 da Lei Orgânica do Município,

Nacional do Idoso (instituído pela Lei n.º 8.842/94), Conselho Nacional da Seguridade Social (instituído pela Lei n.º 8.212/91), o Conselho Nacional de Informática e Automação (instituído pela Lei n.º 8.741/93), Conselho Nacional de Recursos Hídricos (instituído pela Lei n.º 9.433/97), Conselho Nacional de Educação (instituído pela Lei n.º 9.131/95), Conselho do Fundo Nacional de Meio Ambiente (instituído pela Lei n.º 8.490/92), e do Instituto do Orçamento Participativo, exitosamente implementado em diversas prefeituras municipais, das quais a do Município de Porto Alegre tem sido o exemplo mais significativo.

ainda não implantada) ou por um colégio de representantes da sociedade civil (ex.: Ouvidoria do Município de Santo André), detendo mandato certo;

- e) eleitos entre os servidores do órgão controlado por um colegiado superior (ex.: Ouvidoria da Universidade Federal da Paraíba).

Postas essas considerações realizadas a partir de uma perspectiva funcional, pela qual as Ouvidorias Públicas brasileiras são concebidas como instrumento de controle, cabe uma reflexão vinculada a uma perspectiva estrutural na qual as Ouvidorias apresentam-se como espaço institucional de controle.

1.3 Ouvidoria Pública: espaço de controle

Não obstante a doutrina do Direito Administrativo não ter produzido reflexões que demonstrem a plausibilidade de uma perspectiva estrutural na tratativa do controle da Administração – como diz Sabino CASSESE, *“la ciencia del Derecho administrativo se interesó, en los sujetos, no en la organización”*¹⁰² –, é possível compreender esse fenômeno com a noção de estrutura, indicada no primeiro Capítulo desta tese.

Tanto quanto a expressão “separação dos poderes” comporta dois sentidos semânticos (ação de separar e modo de configuração estrutural do Estado), a expressão “controle do poder” pode denotar a ação de controlar (perspectiva funcional) e o modo de conformação estrutural, na forma de espaços institucionais de controle.

¹⁰² Leciona ainda CASSESE: *“este Derecho se interesó, antes que sobre cualquier otra cosa, en la relación entre los individuos y el Estado, en el intento de establecer garantías a los primeros respecto el segundo”* (CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Trad. Luis Ortega. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1994. p. 129).

Assim também, tal como é possível entender a separação dos poderes como função estatal (jurisdicional, administrativa e legislativa) e organização institucional (Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo), é possível compreender controle do poder como meios jurisdicionais, legislativos e administrativos (de controle ou verificação) ou como organização institucional interna (espaços de controle nas diferentes estruturas do Estado).

Nessa perspectiva, a natureza do controle do poder seria a de *espaço institucional*.

Aqui a noção de espaço institucional é tomada em acepção semelhante à que BOAVENTURA confere ao que denominou “espaço da cidadania”: *O espaço da cidadania é construído pelas relações sociais da esfera pública entre cidadãos e Estado*.¹⁰³

Para esse autor,

*“Cada espaço estrutural é um fenômeno complexo constituído por cinco componentes elementares: uma unidade de prática social, uma forma institucional privilegiada, um mecanismo de poder, uma forma de direito e um modo de racionalidade.”*¹⁰⁴

Tais elementos parecem confundir-se logica-mente,

¹⁰³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1996. p. 126.

¹⁰⁴ *Idem*. p. 125. A esses componentes o autor atribui as seguintes indicações: 1) a unidade prática seria o indivíduo (coletiva ou individualmente considerado); 2) a forma institucional, o Estado; c) o mecanismo de poder, a dominação; 3) a forma de juridicidade, o Direito, e 4) o modo de racionalidade, a maximização da lealdade. Ainda que o autor concorde em ser cada espaço composto por esses elementos, não concorda com as indicações acima formuladas.

gerando certa intransparência quando analisados mais detidamente,¹⁰⁵ vez que o Direito, a um só tempo, constitui-se como “forma institucional”, “mecanismo de poder” e “modo de racionalidade”.

Assim, mantendo-se a idéia inspirada em BOAVENTURA, segundo a qual a noção de espaço institucional contemplaria as *“relações sociais da esfera pública entre cidadãos e Estado”*,¹⁰⁶ seria aconselhável a adoção do entendimento que MILTON SANTOS confere à categoria “espaço”: *“Propomos que o espaço seja definido como um conjunto indissociável de sistemas de objetos e sistemas de ações”*.¹⁰⁷

Um ‘lugar material da possibilidade dos eventos’¹⁰⁸ formado pelo *“conjunto indissociável de sistemas de objetos naturais ou fabricados e de sistemas de ações, deliberadas ou não”*.¹⁰⁹

Assim, os objetos poderiam ser comparados – como reconhece o próprio Prof. Milton SANTOS – ao que DURKHEIM chamou de “fatos sociais”: *“toda maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer*

¹⁰⁵ “Intransparência” aqui é utilizado no sentido dado por Carlos Alberto M. NOVAES à expressão “*unuebersichtlichkeit*”: *“para preservar sua riqueza de significações e ao mesmo tempo não perder a referência ao tema do fetichismo, optei pela travacão de sentido dada pelo emprego de duas palavras: imperspicuidade e ininteligibilidade [...] um termo caro ao léxico habermasiano”* (apud 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. 103.)

¹⁰⁶ SANTOS, Boaventura, ob. cit. p. 125.

¹⁰⁷ SANTOS, Milton. *A natureza do espaço. Técnica e tempo, razão e emoção*. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 18.

¹⁰⁸ *Idem*. p. 41.

¹⁰⁹ SANTOS, Milton. *Técnica, espaço, tempo: globalização e meio técnico-científico informacional*. 2. ed. São Paulo: Hucitec/ABDR, 1996. p. 49. Os objetos seriam *“tudo o que existe na superfície da Terra, toda herança da história natural e todo resultado da ação humana que se objetivou. Os objetos são esse extenso, essa objetividade, isso que se cria fora do homem e se torna instrumento material de sua vida, em ambos os casos exterioridade”* (*idem*. p. 59).

*sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter”.*¹¹⁰

Um lugar onde produções humanas como normas, costumes, modelos de relações, racionalidades – coercitiva, objetiva e exteriormente – impõem-se aos indivíduos. Não na forma de pontos descoordenados, mas como uma unidade sistematizada e racionalizada.

Por outro lado, ao tratar da noção de “ação”, ainda que se utilize de autores contemporâneos, o referido geógrafo não se distancia do que WEBER chamava de “ação social”: conduta humana dotada de sentido. *In casu*, um sentido dialogicamente determinado pelo sujeito e pelo sistema de objetos.

Essa permanente referência entre sujeito e objeto – ou, para utilizar a expressão cunhada por SANTOS, entre “sistema de ação” e “sistema de objeto” –, conforma uma unidade sistêmica: *“a ação não se dá sem que haja um objeto; e, quando exercida, acaba por se redefinir como ação e por redefinir o objeto”.*¹¹¹

Nesse diapasão,

“O espaço é a síntese, sempre provisória, entre o conteúdo social e as formas espaciais [...] Quando a sociedade age sobre o espaço, ela não o faz sobre os objetos como realidade física, mas como realidade

¹¹⁰ DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. Trad. Maria I. P. Queiroz. 8. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. p. 11.

¹¹¹ SANTOS, Milton, *A natureza do espaço*, ob. cit. p. 76.

social, formas-conteúdos, isto é, objetos sociais já valorizados aos quais ela (a sociedade) busca oferecer ou impor um novo valor”.¹¹²

Saliente-se ainda, e para concluir esta abordagem, que SANTOS atribui sentido ou intencionalidade não só à ação, como também aos objetos:

“A ação é tanto mais eficaz quanto os objetos são mais adequados. Então, à intencionalidade da ação se conjuga a intencionalidade dos objetos e ambas são, hoje, dependentes da respectiva carga de ciência e de técnica presente no território”.¹¹³

Nesse sentido, seria possível afirmar que o espaço de controle é constituído pelo sistema de ação e de objeto, cuja intencionalidade conforma eventos como resultantes de uma racionalidade típica, informada pela técnica e pela ciência.

Essa perspectiva escapou à Teoria dos Órgãos, desenvolvida em sede do Direito Administrativo. Talvez por essa razão, CASSESE a tenha classificado como “*prisionera de una espiral de contradicciones internas*”.¹¹⁴ De fato, não é bastante para caracterizar o espaço dizer que são unidades de ação que englobam um conjunto de pessoas e meios materiais.

Como se disse, o espaço institucional de controle, enquanto órgão, constitui-se como lugar material na estrutura

¹¹² *Idem.* p. 88.

¹¹³ *Idem.* p. 76.

¹¹⁴ CASSESE, ob. cit. p. 133.

administrativa do Estado onde ocorrem as possibilidades de eventos voltados para o controle do poder, cujo sentido é resultante da relação entre sistemas de ação e sistemas de objeto.

Partindo desse delineamento conceitual, é possível classificar as Ouvidorias Públicas em funcionamento no Brasil, nas seguintes espécies: a) espaços intra-orgânicos integrados exclusivamente por servidores públicos, com composição heterogênea e de entidades de controle (Agências Reguladoras); b) espaços extra-orgânicos, integrados por representante do Poder Legislativo e por representante da sociedade civil.

1.3.1 Espaços intra-orgânicos

a.1) Integrados por servidores públicos

A maioria das Ouvidorias Públicas brasileiras se constitui como órgão da própria Administração Pública, integrada exclusivamente por servidores públicos. Esse é o caso, por exemplo, da Ouvidoria Geral da República, das Ouvidorias Estaduais e de grande parte das Ouvidorias Municipais e Setoriais.

Nessa condição, tais Ouvidorias se conformam como um espaço intra-orgânico, com atribuição de exercer um controle de tipo interno. Como diz MEDAUAR, *“é a fiscalização que [a Administração Pública] exerce sobre os atos e atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe estão vinculadas”*.¹¹⁵

Fundado no princípio da autotutela dos Poderes do Estado, consignado no art. 74 da Constituição Federal e reafirmado na

¹¹⁵ MEDAUAR, ob. cit. p. 40

Súmula 473 do STF, o controle realizado pelas referidas Ouvidorias não suscita dúvida – ainda que, na dicção do Superior Tribunal de Justiça,

“A regra enunciada no verbete n.º 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do Direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência.”¹¹⁶

As Ouvidorias encartadas nessa espécie constituem-se como órgãos singulares – na medida em que as decisões são tomadas exclusivamente pelo titular do cargo de Ouvidor, o que se coaduna com o atributo da unipessoalidade – e subordinados, em face da sujeição a um órgão de direção superior (Secretaria de Estado, Gabinete do Governador, Governadoria etc.).

Diga-se, ao final, que em face da sua composição estar adstrita a servidores públicos, a racionalidade que informa o exercício de suas atribuições não se distingue da racionalidade estatal típica, classificada por HABERMAS como sistêmica.

a.2) Espaços intra-orgânicos com composição heterogênea

Como indicado no Capítulo anterior, algumas Ouvidorias de Polícias contam com conselhos consultivos, compostos por

¹¹⁶ *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, mimeo.

representantes da sociedade civil. No caso da Ouvidoria de Polícia do Estado de São Paulo, por exemplo, o conselho é composto por 11 (onze) membros, 9 (nove) dos quais representando a sociedade civil (art. 5º, da Lei Complementar n.º 826/77).

Note-se que aqui não se enquadram as Ouvidorias Universitárias, cujo titular do cargo é eleito e indicado pelo Conselho Universitário (que, aliás, também conta com representantes da sociedade civil). Na situação da referida Ouvidoria de Polícia, o conselho é parte integrante, atuando em todas as fases de seu funcionamento.

Ainda que as Ouvidorias encartadas nessa espécie possuam natureza de órgãos de controle interno da Administração Pública, a racionalidade que informa seu funcionamento pode ser de tipo não-sistêmica, contemplando ação e valores que representam interesses e demandas não-burocráticas.

Ademais, o fundamento constitucional dessa modalidade de espaço consubstancia-se mediante o princípio da participação e do controle externo, com suporte em diversos dispositivos da Constituição Federal, já indicados anteriormente, entre os quais o art. 74, § 2º, o art. 31, § 3º, e, com a edição da Emenda Constitucional n.º 19/98, o art. 37, § 3º.

Aponte-se, ao final, que a integração de um órgão colegiado nesse espaço não o destitui da condição de unidade subordinada, nem tampouco de órgão singular, vez que a esses conselhos são atribuídos apenas poderes consultivos, cabendo ao titular do cargo as decisões no âmbito das atribuições normativas que lhe foram conferidas.

a.3) Espaços intra-orgânicos de entidades de controle

Nessa espécie se incluem, exclusivamente, as Ouvidorias da Agência Nacional de Energia Elétrica e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ambas instituídas, como se viu, no contexto da Reforma do Aparelho do Estado.

Mantendo a competência de exercer o controle interno da Agência Reguladora na qual se situam como espaço institucional, ambas as Ouvidorias possuem entre suas atribuições o controle das pessoas jurídicas de direito privado, em geral concessionários de serviço público. Nesse caso, adquirem uma conformação atípica de órgão interno de controle extra-orgânico, que estende a atuação da Ouvidoria para além da espacialidade estatal.

Nessa condição, o fundamento constitucional está vincado no art. 174 da Constituição Federal, que autoriza o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, a exercer a fiscalização sobre o segmento privado.

As investigações, recomendações e sugestões proferidas pelo titular dessas Ouvidorias, nesse particular, têm fundamento não apenas legal, mas contratual, por meio de cláusulas permissivas constantes dos contratos que regulam a prestação dos serviços que estejam na jurisdição da Agência Reguladora.

No que se refere aos atos praticados no âmbito da própria entidade em que se situam, as observações anteriormente formuladas são também aplicáveis para essa espécie de espaço institucional.

1.3.2 Espaços extra-orgânicos

a.1) Compostos por representante do Poder Legislativo

Inclui-se nessa espécie o modelo adotado pela Lei Orgânica do Município de Curitiba, ainda carente de regulamentação.

Como visto, tais espaços institucionais caracterizam-se como órgãos do Poder Legislativo, voltados para o controle do Executivo, exercendo, portanto, um controle de tipo externo ou interorgânico, com fundamento no art. 49, inciso X, da Constituição Federal, que dispõe, entre as atribuições do Congresso Nacional, a de *“fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”*.¹¹⁷

As Ouvidorias Municipais adequadas a esse gênero têm como fundamento o mesmo princípio consagrado em suas respectivas Leis Orgânicas. No caso da Lei do Município de Curitiba, em seu art. 20, inciso X, reproduz fielmente o texto da Constituição Federal: *“fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta”*.

Saliente-se que, no caso, tratar-se-ia de um controle externo indireto, vez que não cuida do controle exercitado *“motu próprio pelo Poder Legislativo”*.¹¹⁸ Ao contrário das Ouvidorias localizadas no Executivo – cujo controle pode ser de tipo concomitante ou mesmo prévio –, na prática, às vinculadas à Administração, em geral, só é dada a possibilidade de exercício de controles subsequente ou *a posteriori*, pois que realizável após a conclusão do ato controlado.

¹¹⁷ No âmbito do controle externo, a Constituição contemplou diversos dispositivos, encartados especialmente no art. 71, que regula o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União.

¹¹⁸ FERRAZ, ob. cit. p. 78.

a.2) Espaços extra-orgânicos compostos por representantes da sociedade civil

A única experiência institucional de Ouvidoria composta por representante da sociedade civil em funcionamento no país é a da Ouvidoria do Município de Santo André.

Como visto, neste caso o titular do cargo de Ouvidor é eleito por um amplo colegiado composto por diversos segmentos da sociedade civil sem qualquer vínculo funcional com os órgãos do Estado.

Na dicção da Lei Municipal n.º 7.877/99, essa Ouvidoria se constitui como *“órgão independente, com autonomia administrativa e funcional, sem vínculo de subordinação a nenhum poder constituído”*.

Nesse sentido, esse espaço institucional não se situa na ambiência estatal, mas no que se convencionou chamar de “espaço público não-estatal”. Como diz VELÁSQUEZ,

“O público não é sinônimo de Estatal. O estatal é por definição público, mas o público não se reduz ao estatal porque a sociedade civil também delibera e decide em matérias de interesse coletivo e, além disso, porque o Estado e outras instâncias [...] nem sempre deliberam ou decidem com critérios de racionalidade coletiva, e sim em função de interesses particulares. Em consequência, pode-se

falar de um espaço público estatal e de um espaço público não-estatal”.¹¹⁹

Nessa condição, a Ouvidoria do Município de Santo André consubstancia o pressuposto dos protagonistas da Reforma do Estado, de constituição de um novo espaço de controle da gestão pública. Como afirma BRESSER PEREIRA,

“o setor público não-estatal é o espaço da democracia participativa ou direta, ou seja, é relativo à participação cidadã nos assuntos públicos [...] são organizações ou formas de controle públicas porque voltadas ao interesse geral; são não-estatais porque não fazem parte do aparato do Estado, seja por não utilizarem servidores públicos, seja por não coincidirem com os agentes políticos tradicionais”.¹²⁰

Nessa medida, a experiência de Santo André encontra fundamento no subprincípio democrático da participação, indicado na parte inicial deste Capítulo, constituindo-se em um espaço não só de controle, como também de participação social.

Revele-se que, não obstante sua natureza

¹¹⁹ VELÁSQUEZ, Fábio. A observância cidadã na Colômbia: em busca de novas relações entre o Estado e a sociedade civil. Trad. Noêmia A. Espíndola. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Núria Cunill (orgs.). *O público não-estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 263-266.

¹²⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Núria Cunill. *Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Núria Cunill (orgs.). *O público não-estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 16.

extraorgânica, a racionalidade que informa o exercício de suas atribuições de controle ultrapassa os limites da legalidade, alcançando a prestação irregular, defeituosa ou sem boa qualidade (art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei n.º 7.877/99) e a *“decisão, ato ou recomendação, que apesar de legal, seja injusto, arbitrário, discriminatório, negligente, abusivo ou opressivo”* (inciso IV, do mesmo dispositivo legal).

Saliente-se, por derradeiro, o fato de a previsão de um colégio de eleitores não retirar sua condição de órgão singular, vez que, ainda que a este colegiado deva prestar contas anualmente (art. 9º, do referido diploma), as decisões referentes às atribuições de controle são tomadas individualmente pelo titular do cargo.¹²¹

Feitas essas observações – vinculadas em uma perspectiva funcional (Ouvidorias como instrumento de controle) e estrutural (Ouvidorias como espaço institucional de controle), cabem algumas indicações acerca da racionalidade, formuladas a seguir.

2. Racionalidade Preponderante

O exame da racionalidade preponderante no âmbito dos espaços institucionais de controle, bem assim de seu funcionamento, pode ser apreendido a partir da reformas administrativas havidas no Brasil, em 1936, 1967, 1988 e 1998.

A primeira insere-se no âmbito do conjunto de transformações operadas por Getúlio Vargas, no período compreendido entre 1930 e 1945. Segundo Edson NUNES, essas iniciativas, que

¹²¹ A condição de órgão extra-orgânico em relação à espacialidade estatal confere à referida Ouvidoria uma condição atípica, do ponto de vista da racionalidade, conforme será analisado no item a seguir.

acabariam *“mudando para sempre a face do Brasil”*,¹²² fundavam-se, especialmente, nos seguintes pontos:

“a) intervenção estatal na economia, através da criação de agências e programas, políticas de proteção ao café e transferência de todas as decisões econômicas relevantes para a esfera do governo federal; b) centralização política, reforma administrativa, racionalização e modernização do aparelho de Estado; c) redefinição dos padrões de relacionamento entre oligarquias locais e estaduais, intensificação das trocas entre o governo federal e os grupos estaduais, com a simultânea centralização dos instrumentos para o exercício do clientelismo; d) incorporação do trabalho em moldes corporativos”.¹²³

A reforma administrativa a que se refere NUNES, tendo como principais protagonistas Maurício NABUCO e Luís Simões LOPES, tem sua origem na criação do Departamento Administrativo de Serviço Público – DASP, com a edição do Decreto-Lei n.º 579/38.

O DASP implementaria não só a centralização, mas especialmente o início do processo de racionalização da espacialidade estatal brasileira, até então informada pelo patrimonialismo e seus consectários. Nesse sentido, suas principais atuações recaíram sobre a

¹²² NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil*. Brasília: ENAP; Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 48.

¹²³ Id., *ibidem*.

administração de pessoal, de material e orçamentária.

Conforme a dicção do próprio Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a reestruturação implementada pelo DASP *“representou a tentativa de formação da burocracia nos moldes weberianos, baseada no princípio do mérito profissional”*,¹²⁴ o que pode ser notado pela instituição de concursos públicos, treinamento e profissionalização do quadro de servidores, hierarquização técnica da Administração, universalização de procedimentos etc.¹²⁵

Assim, o sentido imposto pela reforma, ao contrapor-se o clientelismo e o patrimonialismo, elegeu como pedra angular o princípio da legalidade, expressão maior da racionalização administrativa operada na época. Como diz NUNES,

“Corporativismo e insulamento burocrático caminharam lado a lado, com o processo de centralização e racionalização do Estado brasileiro. Este processo significou a transferência para o governo federal de quase todos os recursos para o exercício do clientelismo. Na verdade, uma das possíveis consequências não antecipadas da busca da racionalidade, da corporativização, do insulamento burocrático e do universalismo de

¹²⁴ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Câmara de Reforma do Estado, ob. cit. p. 25.

¹²⁵ PEREIRA, para demonstrar o apego da reforma aos princípios da racionalidade formal apontados por WEBER, menciona GRAHAM, nos seguintes termos: *“Graham, que realizou o mais abrangente e profundo estudo da Reforma Burocrática brasileira, observou que a tentativa de formar o serviço público brasileiro através do uso de uma política de pessoal baseada no sistema americano levou à criação de um sistema administrativo caracterizado por um alto grau de formalismo, no qual há considerável discrepância entre as normas e a realidade”* (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania*. Brasília: ENAP, 1998. p. 166).

procedimentos com a centralização”.¹²⁶

Nesse contexto, *“os controles administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre a priori [...] controles rígidos dos processos”,¹²⁷* voltados para a legalidade.

Talvez por esta razão José Nazaré Teixeira DIAS, um dos autores da Reforma de 1967, tenha apontado como anomalia da Reforma de 36, entre outros, o fato de que os *“meios têm gradativamente se sobreposto aos fins, o acessório ao principal, o burocratismo à ação”*.¹²⁸

A Reforma de 1967, implementada pelo Decreto-Lei n.º 200, surge como resultado da adoção de um modelo de Estado desenvolvimentista, condutor atuante de todo o processo de industrialização da década de sessenta.

Sob uma ordem constitucional nova que modificava grande parte do sistema de controle vigente – *v. g.* (1) sistema de fiscalização financeira e orçamentária (art. 13, V, art. 71, § 5º); (2) o sistema de controle interno, que, nos termos do art. 72, deveria criar condições para a efetivação do controle externo e avaliar os resultados e a execução dos contratos e programas; (3) o controle externo em geral, ao estabelecer que *“A lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal dos atos do Poder Executivo e da administração descentralizada”* (art. 48) – ainda que com diversas falhas conceituais e técnicas, o conteúdo do referido Decreto-Lei, no dizer de MEIRELLES, *“poderá conduzir à racionalização, simplificação e*

¹²⁶ NUNES, ob. cit. p. 54-55.

¹²⁷ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Câmara de Reforma do Estado, ob. cit. p. 21.

¹²⁸ *Apud* MEIRELLES, ob. cit. p. 628.

aperfeiçoamento da Administração".¹²⁹

Mesmo com ênfase na modernidade, do ponto de vista da racionalidade preponderante, o Decreto-Lei não inova, mantendo o privilégio dos controles formais, de procedimento e a prevalência exclusiva.

Essa mudança viria a ocorrer apenas com a Constituição de 1988, especialmente ao consagrar a aplicação do conjunto de princípios encartados no art. 37 – impessoalidade, moralidade, publicidade etc. – para a Administração Direta e Indireta. Deste modo, acaba por incluir, ao lado da racionalidade formal, uma racionalidade de tipo material, consignada por estes e outros valores extrajurídicos, como o da legitimidade e da economicidade, consagrados no art. 70 da nova Carta Constitucional.

Essa modificação ocorrida no espaço público estatal brasileiro reproduz em linhas gerais as indicadas nos Capítulos II e III desta tese, em que foi analisada a passagem da racionalidade formal para a material, respectivamente presentes no Estado Liberal e no de Bem-Estar Social.

A modificação que restou não comentada aconteceu a partir da adoção pelo Brasil de parte das iniciativas do gerencialismo inglês e da implementação da política neoliberal, consubstanciadas na Emenda Constitucional n.º 19/98 e outras normas infraconstitucionais.

Com a constitucionalização da eficiência no rol dos princípios diretores da Administração Pública (art. 37 da CF) – que, conforme PAREJO ALFONSO, *“no es neutro o indiferente juridicamente:*

¹²⁹ Id., ibidem.

*penetra en el estatuto jurídico de la Administración a través justamente del principio de eficacia y por la propia naturaleza de las cosas*¹³⁰ – somados ao aprofundamento do processo de reestruturação sistêmica do Estado, opera-se uma profunda transformação na lógica das estratégias de controle da gestão pública.¹³¹

Dois projetos governamentais representam 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 PEREIRA, é 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”*.¹³² O segundo volta-se para a implementação desse programa mais geral, no âmbito dos Ministérios, especialmente no que se refere à distribuição de funções entre as unidades federativas e as transformações organizacionais.

Em relação à lógica dos mecanismos de controle, o princípio da eficiência conduz à ênfase no resultado dos atos administrativos, agora regrados por uma metodologia de planejamento fundada nas práticas privadas, da qual sobressai a definição das missões, objetivos e metas, e na qual o controle *ex post* tende a substituir a tradicional preponderância dos controles de procedimento.

Daí porque, entre os objetivos da Reforma do

¹³⁰ ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficacia y administración: tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995. p.124.

¹³¹ 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 S. Paulo, 3 de jun.2000, p. A12).

¹³² PEREIRA, *Reforma do Estado para a Cidadania*, ob. cit. p. 220.

Aparelho do Estado constar textualmente: *“substituir a administração pública burocrática, rígida, voltada para o controle a priori dos processos, pela administração pública gerencial, baseada no controle a posteriori dos resultados e na competição da administração”*.¹³³

A estratégia de resultados, desenvolvida nos anos 1950 por Peter DRUCKER,¹³⁴ 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, em que 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. Como diz o próprio PEREIRA, *“é uma estratégia de gestão que envolve a definição da missão, das metas, e dos macro-processos [...]”*.¹³⁵

Ademais, 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 enquanto instrumento de concretização dos princípios constitucionais administrativos, para ser a adequação do serviço prestado, tal como previsto paradigmaticamente na Lei n.º 9.887/95 (art. 3º). Assim

¹³³ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Câmara de Reforma do Estado, ob. cit. p. 58.

¹³⁴ DRUCKER, Peter. *Sociedade pós-capitalista*. 3. ed. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo: Livraria Pioneira, 1994. p. 75.

¹³⁵ PEREIRA, Reforma do Estado para a cidadania, ob. cit. p. 148.

considerado, o *“serviço que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”*.¹³⁶

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 (por meio das Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público); e) a profissionalização e tecnificação dos órgãos de regulação (por meio de Agências Reguladoras), e f) adstrição do espaço político a um pequeno segmento do Estado (núcleo estratégico), responsável pela formulação de políticas públicas.

Assim, adstrita a uma racionalidade preponderantemente instrumental (*“gerencialização”* e *“eficientização”*, ambas voltadas para o atingimento de metas), a Emenda Constitucional n.º 19/98 acaba se diferenciando profundamente das Reformas de 1936/67 e de 1988, que, respectivamente, adotaram uma racionalidade substancialmente legal-formal e legal-material.

Adequadas significativamente a essas transformações, podem-se classificar as Ouvidorias Públicas brasileiras – implantadas, como visto, a partir de 1986 – como portadoras ou de

¹³⁶ 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).

uma racionalidade legal-material ou instrumental. Entre estas, especialmente as Ouvidorias das Agências Reguladoras e as Ouvidorias Setoriais do Estado de São Paulo, implantadas, a partir de 1999. As demais são informadas por uma racionalidade de tipo legal-material; em que pese a Ouvidoria de Santo André, do ponto de vista estrutural, possuir condições para implementar uma racionalidade de outro tipo, a que se poderia chamar – parafraseando MOREIRA NETO, que utiliza a expressão “consensualidade”¹³⁷ – de racionalidade consensual, não há suficientes elementos empíricos que autorizem essa classificação.

Em face da curta experiência de funcionamento – pouco mais de um semestre, com a edição de apenas um sucinto relatório¹³⁸ – o que se poderia afirmar é que, neste caso, trata-se de um espaço institucional que, por sua conformação, pode apresentar uma racionalidade não-sistêmica.

3. Modelos típico-ideais

A partir das reflexões formuladas nos três itens precedentes, é possível elaborar modelos típico-ideais do conjunto de Ouvidorias Públicas em funcionamento no país, todos adequados significativamente à racionalidade preponderante no espaço estatal e jurídico.

Saliente-se, com WEBER, que

¹³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 41.

¹³⁸ Publicado no *Diário do Grande ABC* em 09 de julho de 2000. Nesse relatório há apenas a indicação dos órgãos reclamados e a indicação do número de reclamações (266), dos processos instaurados (74) e das demandas resolvidas (31).

“Obtém-se um tipo ideal mediante a acentuação unilateral de um ou vários pontos de vista, e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isoladamente dados, difusos e discretos, que se podem dar em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo os pontos de vista unilateralmente acentuados, a fim de se formar um quadro homogêneo de pensamento. Torna-se impossível encontrar empiricamente na realidade esse quadro, na sua pureza conceitual, pois trata-se de uma utopia.”¹³⁹

Não obstante, essa distância que o modelo típico-ideal mantém em relação à realidade empírica, *“desde que cuidadosamente aplicado, [...] cumpre as funções específicas que dele se esperam, em benefício da investigação e da representação”*.¹⁴⁰

Com esse pressuposto, o **primeiro modelo**, presente na maioria das Ouvidorias Públicas brasileiras – entre as quais a Ouvidoria Geral da República, as Ouvidorias Estaduais, grande parte das Ouvidorias Municipais e Setoriais, poderia ser assim resumido:

1. **função teleológica ou manifesta:** controle da Administração Pública;
2. **função latente ou mecânica:** defesa dos administrados em face da

¹³⁹ WEBER, Max. Coleção “Os Grandes Cientistas Sociais”, n.º 13. Org. COHN, Gabriel. Coord. FERNANDES, Florestan. Trad. Amélia Cohn e Gabriel Cohn. São Paulo: Ática. 1979. p. 106.

¹⁴⁰ Ainda segundo WEBER, cabe à *“atividade historiográfica defrontar-se com a tarefa de determinar, em cada caso particular a proximidade ou afastamento entre a realidade e o quadro ideal”* (id., *ibidem*).

conduta (comissiva ou omissiva) da Administração Pública do órgão, entidade ou Poder em que se localiza;

3. **função derivada ou positiva:** legitimação política do Estado em face das novas funções sociais que lhe são atribuídas (estrutura constitucional positiva);
4. **tipo de racionalidade preponderante:** formal – material;
5. **princípios jurídicos básicos (ou estruturais):** moralidade, justiça, legitimidade, finalidade, interesse público, publicidade e informalidade;
6. **natureza:** instrumento de controle interno (ou intra-orgânico);
7. **previsão jurídica:** geralmente ato normativo do Poder Executivo (Decreto, Portaria e Resolução) ocorrendo situações de previsão legislativa;
8. **bem jurídico tutelado:** princípios constitucionais administrativos;
9. **localização institucional:** Poder Executivo (órgão ou entidade da Administração Direta ou Indireta), com a ocorrência de localização no Poder Judiciário;
10. **nível hierárquico:** segundo escalão (em geral cargo de assessoria);
11. **forma de seleção:** escolha e indicação do titular do Poder, órgão ou entidade controlada;
12. **requisitos do cargo:** confiança e lealdade ao governo ou administração superior;
13. **garantias do cargo:** livre nomeação e exoneração;
14. **poderes:** investigação;
15. **nível de autonomia:** restrito, em relação aos níveis superiores e amplo em relação aos níveis administrativos inferiores;
16. **competência objetiva:** serviços públicos, formulação e execução de

políticas públicas do Poder, órgão ou entidade controlada;

17. **competência em razão das pessoas:** exclusivamente o Poder, órgão ou entidade controlada;
18. **instrumentos de atuação:** sugestões e recomendações;
19. **modo de acesso do cidadão:** gratuito, universal, informal e direto.

O segundo modelo, aplicável às Ouvidorias das Agências Reguladoras e às Ouvidorias criadas no Estado de São Paulo, por força da Lei n.º 10.294/99, seria constituído pelos seguintes elementos identificadores:

1. **função teleológica ou manifesta:** controle da Administração Pública e das pessoas físicas e jurídicas prestadoras de serviço público;
2. **função latente ou mecânica:** defesa dos usuários dos serviços públicos;
3. **função derivada ou positiva:** legitimação política do Estado em face, especialmente das transferências da execução de serviços públicos para a esfera do mercado e dos espaços públicos não-estatais;
4. **tipo de racionalidade preponderante:** formal-instrumental;
5. **princípios jurídicos básicos (ou estruturais):** serviço adequado, envolvendo, entre outros, o princípio da eficiência, regularidade, continuidade, segurança, atualidade, modicidade de tarifas, generalidade e cortesia;
6. **natureza:** instrumento de controle interno (ou intra-orgânico);
7. **previsão jurídica:** geralmente ato normativo do Poder Executivo (Decreto, Portaria ou Resolução), havendo situações de previsão legislativa;
8. **bem jurídico tutelado:** satisfação do usuário de serviço público;
9. **localização institucional:** órgão ou entidade em que se situa;
10. **nível hierárquico:** segundo escalão (em geral cargo de assessoria);

11. **forma de seleção:** escolha e indicação do titular do órgão ou entidade controlada;
12. **requisitos do cargo:** confiança e lealdade à direção do órgão ou entidade em que se situa;
13. **garantias do cargo:** livre nomeação e exoneração, havendo casos de fixação de período de estabilidade funcional extraordinária;
14. **poderes:** investigação;
15. **nível de autonomia:** restrito, em relação aos níveis administrativos superiores e amplo em relação aos níveis administrativos inferiores;
16. **competência objetiva:** serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que mantêm vinculação legal ou contratual com o órgão ou entidade em que se situa;
17. **competência em razão das pessoas:** prestadores privados de serviços privados que possuam vínculo contratual com o órgão ou entidade em que se situa, bem assim o próprio órgão ou entidade em que se localiza;
18. **instrumentos de atuação:** sugestões e recomendações;
19. **modo de acesso do cidadão:** gratuito, informal e direto de usuários de serviços públicos.

O terceiro modelo típico-ideal – que teria como exemplo o previsto na Lei Orgânica do Município de Curitiba –, ainda que não implantado, merece indicação em face de ser o modelo brasileiro mais assemelhado ao instituto do *ombudsman*:

1. **função teleológica ou manifesta:** controle da Administração Pública;
2. **função latente ou mecânica:** defesa dos direitos e legítimos interesses dos cidadãos em face de atos praticados pela Administração Pública;
3. **função derivada ou positiva:** legitimação política do Estado;

4. **tipo de racionalidade preponderante:** formal-material;
5. **princípios jurídicos básicos (ou estruturais):** princípios administrativos constitucionais;
6. **natureza:** instrumento de controle extra-organico da Administração Pública;
7. **previsão jurídica:** Constituição ou Lei Orgânica;
8. **bem jurídico tutelado:** direitos e legítimos interesses do cidadão em face da Administração Pública ou legalidade e moralidade administrativa;
9. **localização institucional:** Poder Legislativo;
10. **nível hierárquico:** superior;
11. **forma de seleção:** eleição pelo Poder Legislativo;
12. **requisitos do cargo:** reconhecida idoneidade, ilibada reputação e, eventualmente, conhecimento jurídico;
13. **garantias do cargo:** mandato;
14. **poderes:** investigação;
15. **nível de autonomia:** amplo, em geral com independência funcional, política, administrativa e financeira;
16. **competência objetiva:** atos praticados pela Administração Pública Direta e Indireta;
17. **competência em razão das pessoas:** Poder, órgão ou autoridade investida de poder público;
18. **instrumentos de atuação:** sugestões e recomendações;
19. **modo de acesso do cidadão:** gratuito, universal, informal e direto.

Por fim, o último modelo típico-ideal, tendo como referência a Ouvidoria Municipal de Santo André, a qual, apesar de se constituir em uma experiência solitária na realidade institucional brasileira, ostenta, como visto, elevado potencial estruturo-funcional de vir

a representar um novo paradigma de gestão:

1. **função teleológica ou manifesta:** controle da Administração Pública;
2. **função latente ou mecânica:** defesa e participação dos cidadãos;
3. **função derivada ou positiva:** legitimação política do Estado, com potencial de relevantes percussões em termos de governabilidade e de fortalecimento da democracia;
4. **tipo de racionalidade preponderante:** formal-material, podendo vir a ser informada preponderantemente por uma racionalidade de tipo não-sistêmica;
5. **princípios jurídicos básicos (ou estruturais):** princípios administrativos constitucionais, inclusive os subprincípios democráticos indicados neste capítulo;
6. **natureza:** instrumento de controle extra-orgânico da Administração Pública;
7. **previsão jurídica:** legislação ordinária;
8. **bem jurídico tutelado:** direito e legítimos interesses do cidadão em face da Administração Pública, neles incluídos os de participação;
9. **localização institucional:** espaço público estatal ou não-estatal;
10. **nível hierárquico:** superior;
11. **forma de seleção:** eleição por um colegiado composto de representantes da sociedade civil;
12. **requisitos do cargo:** idoneidade, reputação e forte vínculo representativo de base extraparlamentar;
13. **garantias do cargo:** mandato;
14. **poderes:** investigação;
15. **nível de autonomia:** amplo, com independência funcional, política, administrativa e financeira;
16. **competência objetiva:** atos praticados pela Administração Pública

Direta e Indireta;

- 17. **competência em razão das pessoas:** Poder, órgão ou autoridade investida de poder público;
- 18. **instrumentos de atuação:** sugestões e recomendações;
- 19. **modo de acesso do cidadão:** gratuito, universal, informal e direto.

CONCLUSÃO

A discussão sobre o conceito de racionalidade em WEBER e nos pensadores da Escola de Frankfurt, como indicado no Capítulo I, restou circunscrita à condição de instrumental, vez que limitada ao âmbito da relação sujeito-objeto.

Segundo NETTO, essa racionalidade – responsável pela cisão do mundo em duas esferas – entrou em crise *“porque não pode dar conta nem da complexidade da contemporaneidade, nem de uma defesa solidamente fundada na razão”*.¹ Como diz HABERMAS, *“[...] ainda não temos alternativas racionais para as formas de vida da modernidade. O que nos resta então a não ser procurar ao menos melhoramentos práticos no interior destas formas de vida?”*²

Na busca de tais “melhoramentos práticos” é que HABERMAS acaba por sugerir um novo paradigma consubstanciado na Teoria da Ação Comunicativa,³ fundado não na relação sujeito-objeto,

¹ NETTO, José Paulo. Nótula à Teoria da Ação Comunicativa de Habermas. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant (org.) *Teorias da Ação em debate*. São Paulo: Cortez; Instituto de Estudos Especiais; PUC-SP, 1993. p. 55.

² HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n. 94. Série Estudos Alemães. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 102.

³ “Habermas explicita em sua grande obra, ‘Teoria da Ação Comunicativa’ que existem quatro categorias da ação: a ação teleológica, na qual ‘o ator realiza um fim ou faz com que se produza o estado de coisas desejado elegendo, numa situação dada, os meios mais congruentes e aplicando-os de maneira mais adequada’; ela se converte em ação estratégica quando, ‘no cálculo que o agente faz de seu êxito, intervém a expectativa de decisões de ao menos outro agente, que também atua com vistas à generalização dos seus próprios propósitos’; a ação regulada por normas, própria do comportamento dos ‘membros de um grupo social que orientam sua ação por valores comuns’; a ação dramatúrgica, ‘pertinente a participantes numa interação em que

mas em processos de relação interpessoal, *“por meio de normas linguisticamente articuladas, e cujo objetivo é o entendimento mútuo”*.⁴

Para tanto, *HABERMAS parte do pressuposto de uma realidade formada por dois tipos de racionalidade: a “sistêmica” (cognitivo-instrumental) e a do “mundo da vida” (comunicativa)*, as quais, para NETTO, não se distanciariam das que WEBER denominou de formal e material.⁵

Segundo INGRAM,⁶ os três elementos estruturais do “mundo da vida” (o cultural, o social e o subsistema da personalidade) seriam regulados por mecanismos de integração social (controle social, socialização e aprendizado), por meio da ação comunicativa, gerando uma racionalidade não-instrumental.

Em relação à racionalidade sistêmica, COHN comenta que essa teria

“a ver com o lado mais ‘impessoal’ da vida social, com a direção e articulação de processos que não

constituem, uns para os outros, o público ante o qual se põe a si mesmos em cena’; a ação comunicativa ‘que se refere a interação de pelo menos dois sujeitos capazes de linguagem e de ação que através dos meios verbais e extraverbais estabelecem uma relação interpessoal’ ”(NETTO, ob. cit. p. 55).

⁴ HABERMAS, ob. cit. p. 13.

⁵ Segundo esse autor, *“Habermas começa por indicar que uma racionalidade cognitivo-instrumental ‘capacidade de manipular informadamente e de adaptar-se inteligentemente às condições de um meio ambiente contingente’ [...] é menos inclusiva que uma racionalidade comunicativa, cujas conotações remetem ‘à experiência central da capacidade de unificar sem coação e de gerar consenso que possui uma fala argumentativa em que diversos participantes superam a subjetividade inicial dos seus respectivos pontos de vista e, graças a uma comunidade de convicções racionalmente motivada, assegura-se ao mesmo tempo da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade do contexto em que se desenvolvem suas vidas’ ”(NETTO, ob. cit. p. 54).*

⁶ INGRAM, D. *Habermas e a Dialética da Razão*. 2.ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: EdUnB, 1994. p. 155.

passam por consensos intersubjetivos nem por orientações normativas. Está[ria] mais ligado ao poder e a ao controle do que à sociabilidade. Em consequência, tem mais a ver com a ação estratégica do que com a comunicativa".⁷

Complementar ao “mundo da vida”, caberia a essa racionalidade sistêmica assegurar – a partir de ações instrumentais e estratégicas – a reprodução material e institucional da sociedade, ou seja, a economia e o Estado, tendo como mecanismos auto-reguladores, respectivamente, o dinheiro e o poder.

Em face dessa complementariedade adviriam, no dizer de HABERMAS, pela voz autorizada de AVRITZER, inúmeras “diferenciações”:

“na modernidade ocidental, ocorreu um processo primário de diferenciação das estruturas da racionalidade que dissociou o processo de complexificação das estruturas sistêmicas do processo de racionalização comunicativa das estruturas do mundo da vida. O resultado deste processo não consistiu numa dupla forma de diferenciação entre Estado e Sociedade, mas sim numa forma múltipla de diferenciação. De um lado surgiram estruturas sistêmicas econômicas e administrativas que não só se diferenciam do mundo da vida, mas se diferenciam entre si. O subsistema econômico se organiza em torno da

⁷ COHN, Gabriel. A Teoria da Ação em Habermas. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant. *Teorias da Ação em debate*. São Paulo: Cortez, 1993. p. 73

lógica estratégica do intercâmbio que permite a comunicação através do código positivo da recompensa. O subsistema administrativo se organiza em torno da lógica estratégica do poder, que permite a comunicação através do código negativo de sanção. Ao longo das estruturas sistêmicas e estabelecendo uma relação distinta com cada uma delas, situa-se o campo da interação social organizado em torno da idéia de um consenso normativo gerado a partir das estruturas da ação comunicativa.”⁸

Nesse mesmo sentido, VIEIRA afirma que

“É importante assinalar que tanto o sistema quanto o mundo da vida são atravessados pelas dimensões do público e do privado. No sistema, o público é o Estado, o privado é a economia. No mundo da vida, o público é a participação política dos cidadãos, e o privado é a família.”⁹

Nesse diapasão, ambas racionalidades gerariam dois princípios societários distintos: *“lógica estratégica do sistema que organiza o mercado e o Estado e a lógica da racionalidade comunicativa que leva à organização da solidariedade e da identidade no interior do mundo da vida”*.¹⁰

⁸ AVRITZER, Leonardo. Além da dicotomia Estado/mercado. *Novos Estudos*, CEBRAP. n. 36, jul. 1993, p. 213-222. p. 215-216.

⁹ VIERA, Lizt. *Cidadania e globalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 56.

¹⁰ AVRITZER, ob. cit. p. 214.

Para HABERMAS, tais lógicas estariam em constante conflito, o qual se constituiria na *“disputa política fundamental das sociedades contemporâneas”*. Um conflito cuja resultante tem sido, na contemporaneidade, a “colonização” do “mundo da vida” pelo sistema. Como afirma ROUANET, existe *“uma intensificação sem precedentes da racionalidade instrumental, radicada na esfera sistêmica [...] vivemos, atualmente, uma fase em que a racionalidade sistêmica se torna cada vez mais imperialista, procurando anexar segmentos cada vez mais extensos do mundo vivido e seus imperativos funcionais”*.¹¹

Essa “colonização” – entendida como penetração da racionalidade instrumental no “mundo vivido” – enquanto reduz os espaços de liberdade individual por força da burocratização produzida pelas esferas da economia e da política, gera a produção de problemas de orientação na esfera privada e de legitimação na esfera pública.¹²

A proposta apresentada pelo pensador alemão, em relação ao problema de orientação, seria a instauração de procedimentos comunicativos,¹³ calcados na razão dialógica,¹⁴ os quais validariam as ações

¹¹ ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 340.

¹² SOUZA, Jessé. *Patologias da Modernidade*. Um diálogo entre Habermas e Weber. São Paulo: Annablume, 1997. p. 106

¹³ *“Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade”*. (HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antônio de Almeida. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n. 84. Série Estudos Alemães. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 79.).

¹⁴ Apesar da colonização do “mundo da vida” pelo sistema, o agir comunicativo, ao contrário do agir estratégico próprio da razão sistêmica, concebe que cada indivíduo é *“motivado racionalmente pelo outro para uma ação de adesão”* superando o primeiro problema, já que este agir comunicativo não é meramente uma possibilidade

sociais pelo critério democrático.¹⁵

Em relação ao problema referente à legitimação, seriam necessárias a constituição e a ampliação de espaços onde se poderia exercer a racionalidade comunicativa, por meio de procedimento democrático, ao qual caberia reverter o processo de “colonização” do “mundo da vida”. HABERMAS, a propósito, leciona:

“Onde se funda a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político? Esta pergunta torna-se angustiante em sociedades pluralistas, nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegraram e onde a moral pós-

de escolha e sim uma necessidade. Na dicção de HABERMAS: “Em primeiro lugar, eu não afirmo que as pessoas gostariam de agir comunicativamente, mas que elas são obrigadas a agir assim. [...] Quando os indivíduos e os grupos querem cooperar entre si, isto é, viver pacificamente com o mínimo de emprego da força são obrigados a agir comunicativamente. [...] Em nossos mundos da vida, compartilhados intersubjetivamente e que se sobrepõem uns aos outros, está instalado um amplo pano de fundo consensual, sem o qual a prática cotidiana não poderia funcionar de forma nenhuma” (HABERMAS, ob. cit. p.105.).

¹⁵ “A especificidade da ação comunicativa consiste no alvo que persegue: o entendimento entre os parceiros da interação. Sendo voltada para o entendimento mútuo [...], toda ação comunicativa envolve, implicitamente, reivindicações de validade do que está sendo comunicado nela. Decisivo, aqui, é o termo ‘reivindicações’. Ele remete a uma idéia central: a de que a validade das posições assumidas pelos parceiros da interação é contestável em princípio. Se é contestável, numa interação que busca o entendimento, é também defensável. Isso significa que, no âmbito da ação comunicativa, qualquer obstáculo ao entendimento mútuo se traduz inicialmente no questionamento de reivindicações de validade. Isso obriga à explicitação das reivindicações em causa, o que envolve uma dimensão reflexiva da ação. Obriga também a sua defesa, o que envolve a apresentação de razões para a posição assumida, mediante argumentos. Quando bem-sucedido, este processo [...] conduz ao consenso bem fundado, porque fundado em razões que resistem ao exame; a um consenso racional, portanto. Observe-se como essa vinculação da racionalidade à constituição de consensos bem fundados [...] implica em pensá-lo como processo, como algo em ato, e não como um atributo de alguma coisa dada” (COHN, Gabriel. ob. cit. p. 68).

tradicional da consciência, que entrou em seu lugar, não oferece mais uma base capaz de substituir o Direito natural, antes fundado na religião e na metafísica. Ora, o processo democrático de criação do Direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade. No entanto, é preciso saber de onde ele tira sua força legitimadora”,¹⁶

pois a *“legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental”*.¹⁷

Essa racionalidade procedimental, entretanto, estaria a depender da capacidade dialógica e de condições sociais nas quais – em vista da legitimação¹⁸ – *“[...] os indivíduos são, ao mesmo tempo, súditos e autores das leis que os regem. Por esta razão, o uso público da razão, juridicamente institucionalizado no processo democrático, é a chave para a garantia das liberdades iguais. Autonomia privada e autonomia pública são processos mutuamente complementares”*.¹⁹

Assim, a legitimação dependeria de uma “situação ideal de discurso” pela qual *“a tentativa racionalmente motivada de chegar a um acordo está protegida da repressão interna e externa, e*

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia II*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n.º 102. Série de Estudos Alemães. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 308.

¹⁷ *Idem*. p. 203.

¹⁸ *Idem*. p. 310.

¹⁹ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. O debate acerca da fundamentação de uma teoria da justiça: Rawls e Habermas. In: FELIPE, Sônia (org.) *Justiça como equidade*. Florianópolis: Insular, 1998. p.102.

todos têm a mesma possibilidade de apresentar argumentos e de rebatê-los”.²⁰

Esta “situação ideal de discurso” – foco das críticas que se têm formulado contra HABERMAS – é possível num espaço público que: *“de um lado, desenvolve processos de formação democrática da opinião pública e da vontade política coletiva; de outro, vincula-se a um processo de práxis democrática radical, onde a sociedade civil se torna instância deliberativa e legitimadora do poder político, onde os cidadãos são capazes de exercer seus direitos subjetivos públicos”.²¹*

Para que isso ocorra, são necessários dois pressupostos:

“De um lado, da capacidade da esfera pública para reduzir ao mínimo o conflito estrutural entre a pluralidade de interesses que sua ampliação propiciou, o qual dificulta a emergência de um consenso fundamentado em critérios gerais. De outro, a possibilidade efetiva de reduzir o poder da burocracia no interior das organizações sociais, cujas decisões não são submetidas ao controle social, o que debilita, dessa forma, o caráter público destas organizações”.²²

Mais além dessa mudança estrutural, seria preciso

²⁰ INGRAM, ob. cit. p. 43.

²¹ VIEIRA, Liszt. Cidadania e Controle Social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 228.

²² RAICHELIS, Raquel. *Esfera Pública e Conselhos de Assistência Social – Caminhos de construção democrática*. São Paulo: Cortez, 1998. p. 54.

um comprometimento social dos cidadãos, para que *“assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência”*.²³

Em face desse conjunto de condições, HALLER, no início da década de noventa, propôs a seguinte questão a HABERMAS: *“Que tendências o senhor tem em mente quando pretende demonstrar que esse processo de emancipação também existe em nossa época?”* Ao que HABERMAS respondeu: *“Eu penso na liberdade individual, na segurança social e na co-gestão política, existentes nas regiões mais minadas de nosso planeta, que conquistaram para a vida do indivíduo um valor maior, uma maior consideração”*.²⁴

Na perspectiva desta tese, as Reformas do Estado brasileiro efetivadas na última década – especialmente a realizada pela Emenda Constitucional n.º 19/98 – alteraram substancialmente a racionalidade preponderante no espaço estatal e no conjunto dos mecanismos de controle da Administração Pública. O impacto dessa alteração tem percussão sobre a conformação estruturo-funcional das Ouvidorias Públicas brasileiras, instaurando, fundamentalmente (causalidade de sentido), possibilidade de duas alternativas.

A primeira consubstanciar-se-ia na adequação significativa das Ouvidorias Públicas à estruturação racional-intencional do Estado brasileiro em face da adoção de uma política administrativa informada pelos princípios do gerencialismo e do neoliberalismo. A segunda, ao conjunto de medidas legislativas – como a Lei de Procedimentos Administrativos, o Código de Ética da Administração

²³ HABERMAS. *Direito e democracia II*. ob. cit. p. 323.

²⁴ HABERMAS. *Passado como futuro*. ob. cit. p. 101.

Pública, a Lei das Organizações Sociais, as Leis das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, o Anteprojeto de Lei de Defesa e a Participação do Usuário do Serviço Público etc. – informadas por uma racionalidade de tipo não-sistêmica.

Na primeira hipótese, as Ouvidorias Públicas se constituiriam na forma de (1) um instrumento e de um espaço de controle (2) intra-orgânico, (3) localizado na espacialidade estatal, com (4) competência intra (pessoas jurídicas de direito público) e (5) extra-orgânica (pessoas físicas e jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público), (6) tendo no pólo de legitimação ativa o usuário de serviço público, individual ou coletivamente considerado, com (7) atuação informada por uma racionalidade de tipo instrumental, (8) voltada para o controle *ex post* e de resultados, (9) avaliados a partir de sua adequação (princípio do serviço adequado) e eficiência em relação ao atingimento das metas e à satisfação do usuário, com (10) fundamento em um vínculo de natureza legal ou contratual, neste caso por meio de, especialmente, contratos de tipo programa ou gestão, com (11) o titular ocupando cargo de livre nomeação e exoneração.

Na segunda hipótese, as Ouvidorias Públicas seriam constituídas como (1) espaço e instrumento de controle extra-orgânico, (2) localizado na espacialidade pública (estatal ou não-estatal), com (3) competência extra-orgânica (sobre pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviço público e formuladoras de políticas públicas), (4) tendo no pólo de legitimação ativa o cidadão individual ou coletivamente considerado, (5) com atuação informada por uma racionalidade de tipo não-sistêmica, (6) voltada para o controle especialmente dos procedimentos (anteriores ou concomitantes), (7) avaliados a partir dos princípios administrativos constitucionalizados

pela Carta de 1988, (8) com vínculo de natureza preponderantemente legal, (9) sendo seu titular portador de mandato, (10) escolhido especialmente por colégios eleitorais extraparlamentares.

Certamente, as Ouvidorias Públicas adstritas a um regime jurídico fundado na primeira alternativa concorrerão para o fortalecimento da racionalidade sistêmica na esfera pública estatal e não-estatal; contrariamente, as com o regime estabelecido na segunda alternativa poderão concorrer para a inserção de uma racionalidade não-sistêmica na espacialidade pública.

A adoção desta última alternativa poderia consubstanciar, parafraseando HABERMAS, uma “região minada” no interior do Estado, tornando possível a instauração de práticas dialógicas em “situações ideais de discurso”, informadas por procedimentos democráticos de recepção e processamento do entrechoque dos interesses que ocorrem na espacialidade estatal.

Ainda que a experiência institucional brasileira não apresente nenhuma Ouvidoria Pública que contemple tais condições, é possível supor, logicamente, sua plausibilidade.

Essa possibilidade se fez perceber no Brasil, embora a evidente opção do Estado brasileiro pela adoção do que OFFE denominou uma “estrutura racional-intencional” por meio da qual *“os aparelhos governamentais, em seus procedimentos internos se assemelhariam às estruturas privadas de produção”*.²⁵ Uma análise detida do processo de Reforma do Aparelho do Estado no país revela a produção – na forma de *trade off* ou não – de diversas instâncias de racionalidade não-sistêmica, no interior do próprio processo de implantação das estruturas “racionalis-

²⁵ CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. 4. ed. Trad. Equipe de tradutores da PUCCAMP. Campinas: Papyrus, 1994. p. 178.

intencionais”.

Como já mencionado, o exemplo mais significativo desse fato é a institucionalização no Brasil de um espaço público não-estatal, composto fundamentalmente por entidades associativas qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Some-se a isso uma ampla produção legislativa voltada para a criação de instâncias extra-orgânicas de controle do poder, como a consignada na própria Emenda Constitucional n.º 19/98, art. 37, § 3º, diversas vezes mencionada ao longo desta tese.

Recentemente a doutrina do Direito Administrativo, pela voz de MOREIRA NETO, parece dar os primeiros passos no reconhecimento desse fato, ao preconizar o que denominou de “Administração Pública Consensual”, defendendo *“a consensualidade como uma alternativa preferível à imperatividade [...] o que vai se tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional”*.²⁶

A partir de uma perspectiva empírica, um primeiro passo, ainda que modesto, parece ter sido dado com a recente criação da Ouvidoria Geral do Município de Santo André. Conforme analisado, a recepção de um amplo colégio eleitoral com uma consistente base representativa não-parlamentar (responsável pela escolha e destituição do Ouvidor Geral, bem assim da avaliação do desempenho de suas atribuições, analisadas a partir de relatórios circunstanciados e periódicos), revela um potencial de práticas dialógicas, informadas por uma racionalidade de tipo não-sistêmica.

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 41.

Ainda que essa recente iniciativa não concretize esse potencial, resta a possibilidade da criação de outras Ouvidorias Públicas vinculadas em um paradigma radicalmente democrático.

Como restou comprovado ao longo desta tese, a instituição das Ouvidorias Públicas no cenário institucional brasileiro, ao contrário do que tem sido asseverado pela doutrina, não comporta apenas um modelo. A experiência nacional demonstra um conjunto altamente heterogêneo de regimes jurídicos, todos com significativas diferenças em relação ao instituto do *ombudsman*, tanto em relação à sua conformação antiga (modelo sueco e finlandês) quanto à forma que assumiu sob a égide de um Estado de Bem-Estar Social.

Assim, mesmo que reconhecida a influência do instituto do *ombudsman* no processo de institucionalização das Ouvidorias Públicas brasileiras e mesmo considerando a presença de algumas características comuns entre os diversos modelos em funcionamento no Brasil, não há uma filiação que aprisione a experiência nacional ao mesmo regime jurídico das experiências estrangeiras.

Despossuídas dessa filiação, tão insistentemente reafirmada pela doutrina nacional, e libertas de um regime único em face do ordenamento jurídico brasileiro, as Ouvidorias Públicas não possuem um futuro predizível, comportando em sua história – próxima ou remota – as mais diferentes letras.

Na busca do fortalecimento da jovem democracia brasileira, os estudiosos do Direito não poderão olvidar a presença da possibilidade de ambas alternativas acima referidas, surgidas, precisamente, desse aparente paradoxo da realidade nacional que

contempla uma opção preferencial pelo mercado através de estruturas racionais-intencionais, ao mesmo tempo que viabiliza modelos e mecanismos de não-mercado.

Quiçá, do reconhecimento dessas alternativas sobrevenha uma conjugação de esforços para se construir um arcabouço institucional que não só sustente, mas aprimore e fortaleça a democracia no Brasil. Se tais esforços resultarem exitosos, certamente, do relato de sua história constará um capítulo reservado às Ouvidorias Públicas brasileiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Obras

- AGULLA, Juan Carlos. *Teoría sociológica*. Buenos Aires : Depalma, 1987.
- ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficacia y administración : tres estudios*. Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.
- ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Noções de Direito Administrativo*. São Paulo : Saraiva, 1956.
- ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Trad. Joaquim José de Moura Ramos. São Paulo : Martins Fontes, s/d.
- _____. *Montesquieu, a política e a história*. Trad. Luz Cary e Luísa Costa. 2.ed. Lisboa : Presença, 1977.
- AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. *O ombudsman e o controle da Administração*. São Paulo : Edusp/Ícone, 1993.
- Anais do II Simpósio Latino-Americano do Ombudsman*. Curitiba : Ouvidoria Municipal, 1988.
- Anotações sobre o Primeiro Encontro de Teresópolis. Harmonização do corpo sensível*. Teresópolis : s/n, 1993.
- ARADILLAS, Antonio. *Todo sobre el Defensor del Pueblo*. Barcelona : Plaza & Janes, 1985.
- ARGÜELLO, Katie. O mundo perfeito : nem possível, nem desejável. Ética e racionalidade na Sociologia Jurídica de Max Weber. In : ARRUDA, Edmundo Lima de. (org.) *Max Weber : Direito e modernidade*. Florianópolis : Letras Contemporâneas/CPGD-UFSC, 1996.
- ARNAUD, André-Jean & DULCE, María José Fariñas. *Sistemas jurídicos : elementos para un análisis sociológico*. Madrid : Universidad Carlos III de Madrid, 1996.
- ARRUDA, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber : Direito e modernidade*. Florianópolis : Letras Contemporâneas/CPGD-UFSC, 1996.

- Autoritarismo y alternativas populares en América Latina*. San José : FLACSO, 1982.
- AVRITZER Leonardo. *A moralidade da democracia*. São Paulo : Perspectiva; Belo Horizonte : Ed. da UFMG, 1996.
- AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 3.ed. Porto Alegre : Globo, 1979.
- BALLBÉ, Manuel & PADRÓS, Carlos. *Estado competitivo y armonización europea*. Barcelona : Ariel, 1997.
- BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial*. s/trad. Washington : Banco Mundial, 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade*. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- BARBOSA, Maria Nazaré. *Dinâmica do Terceiro Setor no município de São Paulo*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 1999.
- BARRA, Paz de la. *Teoría del Estado y control del poder*. Lima : Ed. Latina, 1986.
- BASAVILBASO, Benjamin Villegas. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Ed. Argentina, 1951.
- BASTIDE, Roger (coord.). *Usos e sentidos do termo "estrutura"*. Trad. Maria Heloísa S. Cappellato. São Paulo : Edusp, 1971.
- BAUZÁ, Rolando Pantoja. *El Ombudsman. Un aporte al control de la administración del Estado*. mimeo.
- BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. trad. Magda Lopes. São Paulo : Edunesp, 1994.
- BERGER, Peter L. & BERGER, Brigitte. O que é uma instituição social? In : MARTINS, José de Souza & FORACCHI, Marialice Mencarini (orgs.). *Sociologia e sociedade : leituras de introdução à Sociologia*. Rio de Janeiro : Livros Técnicos e Científicos, 1981.
- BEXELIUS, Alfred. El ombudsman de asuntos civiles. In : ROWAT, Donald. *El ombudsman*. Trad. Eduardo L. Suárez. México : Fondo de Cultura Económica, 1973.

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2.ed. São Paulo : Paz e Terra, 1986.
- _____, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Luís Guerreiro Pinto Cacaís *et alii*. Brasília : Edunb, 1983.
- BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. Trad. Paula Montero e Alícia Auzmendi. Coleção "Os grandes cientistas sociais", v. 39. org. por Renato Ortiz. FERNANDES, Florestan (coord.). São Paulo : Ática, 1983.
- _____. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1989.
- BRASIL. *Coletânea de Leis da República Federativa do Brasil*, Brasília, 185, 1, jan. 1983.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 24.ed. São Paulo : Saraiva, 2000.
- CAIDEN, Gerald E. *The institution of ombudsman. International handbook of the ombudsman*. Los Angeles : mimeo.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1992.
- CARCASSONNE, Guy *et alii*. *Transformaciones del Derecho Público*. Buenos Aires : Ciudad Argentina, 1994.
- CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. Trad. equipe de tradução da PUCCAMP. Campinas : Papirus, 1986.
- Carta de Curitiba*. II Simpósio Latino-Americano do Ombudsman. Curitiba : Prefeitura Municipal de Curitiba, 1987.
- CARTANÁ, Antonio *et alii*. *El Defensor del Pueblo en la República Argentina*. Buenos Aires : Fundación Friedrich Ebert, 1991.
- CARVALHO, Maria do Carmo A. A. *Participação social no Brasil hoje*. São Paulo : Pólis, 1998.
- CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *Teorias da Ação em Debate*. São Paulo : Cortez; Instituto de Estudos Especiais : PUC-SP, 1993.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 7.ed. São Paulo : Saraiva, 1995.
- CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Trad. Luis Ortega. Madrid : Ministerio para las Administraciones Públicas, 1994, 381p.

- CASTORIADIS, Cornélius. *A instituição imaginária da sociedade*. 2.ed. Trad. Guy Reynald. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1982.
- CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia do Direito*. 2.ed. São Paulo : Atlas, 1985.
- CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. *Privatización de la empresa pública y postprivatización*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1995.
- CITADINI, Antônio Roque. *O controle externo da Administração Pública*. São Paulo : Max Limonad, 1995.
- COHN, Gabriel (org.). *Weber*. Coleção “Os grandes cientistas sociais”, n. 13. FERNANDES, Florestan (coord.). Trad. COHN, Amélia e COHN, Gabriel. São Paulo : Ática, 1979.
- _____. A Teoria da Ação em Habermas. *In* : CARVALHO, Maria do Carmo. *Teorias da Ação em Debate*. São Paulo : Cortez, 1993.
- COMISIÓN SUDAMERICANA PARA LA PAZ, LA SEGURIDAD REGIONAL Y LA DEMOCRACIA. *Principios y objetivos de la Comisión sudamericana para la paz, la seguridad regional y la democracia*. Buenos Aires : s/n, 1987.
- COMISSÃO GERAL DA REFORMA DO ESTADO. *Diretrizes para a organização da Administração Pública federal*. Brasília : Câmara 1, Comissão Geral de Reforma do Estado, 1985.
- CORREIA, Fernando Alves. *Do ombudsman ao provedor de Justiça*. Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra : Faculdade de Direito de Coimbra, 1979.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 5.ed. São Paulo : Saraiva, 1979.
- DEFENSORIA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA. *Ley de La Defensoría de Los Habitantes de la República de Costa Rica*. San José de Costa Rica : Defensoria de los Habitantes de la República, s/d.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La fortaleza de la persuasión*. 2.ed. Serie Biblioteca de la Defensoría. Lima : Defensoría del Pueblo, 1997.
- DÉLOYE, Yves. *Sociologia histórica do político*. Trad. Maria Dolores Prades. Bauru : Universidade do Sagrado Coração, 1999.

- DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. São Paulo : Atlas, 1986.
- _____. *Participação é conquista*. São Paulo : Cortez/Autores Associados, 1988.
- _____. *Metodologia científica em Ciências Sociais*. São Paulo : Atlas, 1991.
- _____. *Cidadania menor. Algumas indicações quantitativas de nossa pobreza política*. Petrópolis : Vozes, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo : Atlas, 1989.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1992.
- DINIZ, Eli. *Crise, reforma do Estado e governabilidade. Brasil, 1985-95*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1997.
- _____, LOPES, José Sérgio Leite & PRANDI, Reginaldo (orgs.). *O Brasil no rastro da crise*. São Paulo : Anpocs/Ipea/Hucitec, 1994.
- DOIMO, Ana Maria. *A vez e voz do popular*. Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1995.
- DROMI, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Buenos Aires : Astrea, 1987.
- _____. *Derecho Administrativo*. 3.ed. Buenos Aires : Ciudad Argentina, 1994.
- _____ & MENEM, Carlos. *Reforma del Estado y transformación nacional*. Buenos Aires : Ciencias de la Administración, 1990.
- DRUCKER, Peter. *Sociedade pós-capitalista*. 3.ed. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo : Livraria Pioneira, 1994.
- DULCE, María José Fariñas. *La Sociología del Derecho de Max Weber*. México : mimeo.
- DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. Trad. Maria I. P. Queiroz. 8.ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1977.
- _____. Aula inaugural do Curso de Ciências Sociais. In : CASTRO, Anna Maria de & DIAS, Edmundo. *Introdução ao pensamento sociológico*. 7.ed. Rio de Janeiro : Eldorado, 1980.
- EDLEY JR., Christopher. *Derecho Administrativo. Reconcibir el control judicial de la Administración Pública*. Trad. Angel Manuel Moreno. Madrid : Ministerio para las Administraciones Públicas, 1994.

- ENTERRIA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid : Civitas, 1995.
- ESTATE COMPTROLLER OF ISRAEL. *State comptroller. Law 5718/58. Consolidated version*. Jerusalem : Estate Comptroller of Israel, 1982.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 8.ed. Rio de Janeiro : Globo, 1989.
- FARIA, Ernesto. *Dicionário escolar latino-português*. 5.ed. Rio de Janeiro : FENAME, 1975.
- FERNANDES, Florestan. *Elementos de Sociologia teórica*. São Paulo : Edusp, 1970.
- _____. *Fundamentos empíricos da explicação sociológica*. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1972.
- FERNANDES, Rubem Cesar. *Privado porém público – o Terceiro Setor na América Latina*. Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1994.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito : técnica, decisão, dominação*. São Paulo : Atlas, 1989.
- FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública. Elementos para compreensão dos Tribunais de Conta*. Belo Horizonte : Mandamentos, 1999.
- FERREIRA, Daniel. *A função administrativa e seu regime jurídico*. Curitiba : Faculdade de Direito de Curitiba, 1999.
- FIGUEIREDO Jorge Mario Quinzio *et alii*. *El ombudsman. Defensor de los derechos humanos*. S/l : Grupo de Estudios Constitucionales, s/d.
- _____. *Estado de Derecho*. Grupo de Estudios Constitucionales, mimeo.
- _____. *Los derechos humanos*. Mimeo.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da Administração Pública*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- FILFISCH, Angel. La polis censitaria : la política y el mercado. *In : Autoritarismo y alternativas populares en América Latina*. San José : FLACSO, 1982.
- FISCHER, Rosa Maria & FALCONER, Andrés Pablo. *Desafios da Parceria Governo-Terceiro Setor*. Artigo apresentado no Primeiro Encontro da Rede de Pesquisas sobre o Terceiro Setor na América Latina e Caribe – ISTR, Escola de Serviço Social da UFRJ, abril de 1998. Mimeo.

- FONSECA, João Bosco L. da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro : Forense, 2000.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao Direito Processual Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1971.
- FREITAG, B. *Teoria Crítica Ontem e Hoje*. São Paulo : Brasiliense, 1986.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo : Malheiros, 1997, 168 p.
- FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Trad. Luís Cláudio de Castro e Costa. 4.ed. Rio de Janeiro : Forense-Universitária, 1987.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. Belo Horizonte : Lê, 1991.
- GENRO, Tarso. *O futuro por armar : democracia e socialismo na era globalitária*. Petrópolis : Vozes, 1999.
- GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco : vínculos com o futuro*. s/trad. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- GOHN, Maria da Glória. *História dos movimentos e lutas sociais – a construção da cidadania brasileira*. São Paulo : Loyola, 1995.
- GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional*. Trad. Marcos Santarrita. 4.ed. Rio de Janeiro : Objetiva, 1995.
- GOMES, Manoel Eduardo A. Camargo e. *Ouvidor Geral - o ressuscitar de uma expressão colonial*. Paper apresentado na disciplina de Sociologia Jurídica, do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC. Florianópolis : mimeo.
- GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais do Direito Público*. Trad. Marcos Aurélio Greco. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.
- _____. *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina*. Madrid : Civitas, 1981.
- _____. *Teoría general del Derecho Administrativo*. Madrid : Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.
- GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In : BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Luís Guerreiro Pinto Cacaís *et alii*. Brasília : Edunb, 1983.

- GRACIA, Jaime F. Cárdenas. *Una constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.
- GRADO, Carlos Giner de. *El Defensor del Pueblo*. Madrid : Popular, 1986.
- _____. *Los ombudsmen europeos*. Colección Europa. Barcelona : Tibidabo, 1986.
- GRAND LAROUSSE ENCYCLOPEDIQUE. T. 5. Paris : Libraire Larousse, 1992.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 2.ed. São Paulo : Malheiros, 1998.
- GUILLÉN, Víctor Fairén. *El Defensor del Pueblo : ombudsman*. Tomo I. S/trad. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1982.
- GUILLÉN, Víctor Fairén. *El ombudsman parlamentario de Finlandia (Eduskunnan Oikeusasiamies)*. S/trad. Madrid : Embajada de Finlandia en Madrid/ Espasa-Calpe, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antônio de Almeida. Coleção Biblioteca Tempo Universitário n. 84. Série Estudos Alemães. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. *Sociologia*. Trad. e org. FREITAG, Bárbara & ROUANET, Sérgio Paulo. 3. ed. Coleção "Os grandes cientistas sociais", n. 15. FERNANDES, Florestan (coord.). São Paulo : Ática, 1993.
- _____. *Passado como Futuro*. Tradução : Flávio Beno Siebeneichler. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n. 94. Série Estudos Alemães. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1993.
- _____. *Direito e democracia I*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n. 102. Série de Estudos Alemães. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Direito e democracia II*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n. 102. Série de Estudos Alemães. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997.
- HARDY, Cynthia, CLEGG, Stewart R. & NORD, Walter R. (orgs. originais). *Handbook de estudos organizacionais*. v.1. São Paulo : Atlas, 1998.

- HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade : uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Trad. Henry Maksoud. São Paulo : Visão, 1985.
- HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo : Mestre Jou, 1968.
- HIRSCH, Joachim, REICHELDT, Helmut, HENNIG, Eike & SCHÄFER, Gert. *A teoria do Estado*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Biblioteca Tempo Universitário, n. 87. Série Estudos Alemães. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1990.
- HORKHEIMER, Max & ADORNO, Theodor W. *Temas básicos de Sociologia*. 2.ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo : Cultrix, 1978.
- INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2.ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília : Edunb, 1987.
- IRUJO, Antonio. Embid. *El ciudadano y la Administración*. Madrid : Ministério de Administraciones Públicas, 1996.
- KLIKSBER, Bernardo. *Como transformar o Estado*. Trad. Filorino Villa-Alvarez e Helena Ferreira. Brasília : ENAP, 1992, 18 p.
- KLOSA, Annette & WERMKE, Matthias. *Duben*. v. 7. Zürich : Dubenuerlag, 1997.
- LANDIM, Leilah. *Para além do mercado e do Estado? Filantropia e cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro : ISER, 1993.
- Las críticas del grupo de los 24*. S/l : Grupo de Estudios Constitucionales, 1981.
- LECHNER, Norbert. El proyecto neoconservdor y la democracia. In : *Autoritarismo y alternativas populares en América Latina*. San José : FLASCO, 1982.
- Legislação internacional*. v. I e II. Curitiba : Governo do Estado do Paraná, s/d.
- LEGRAND, André. *L'ombudsman scandinave*. Paris : mimeo., 1970.
- LEITE, Celso Barroso. *Ombudsman no Brasil*. Tese apresentada no I Simpósio Latino-Americano realizado em Buenos Aires em 1985. Mimeo.
- _____. *Ombudsman, corregedor administrativo: a instituição escandinava que o mundo vem adotando*. Rio de Janeiro : Zahar, 1975.

- LÉVI-STRAUSS, Claude. Os limites do conceito de estrutura em etnologia. *In* : BASTIDE, Roger (coord.). *Usos e sentidos do termo "estrutura"*. Trad. Maria Heloísa S. Cappellato. São Paulo : Edusp, 1971.
- LIMA JR., Olavo Brasil. O mercado político e o sistema partidário no Brasil : 1945-1990. *IN*: DINIZ, Eli *et alii* (orgs.). *O Brasil no rastro da crise*. São Paulo : Anpocs/Hucitec/Ipea, 1994.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. Porto Alegre : Sulina, 1964.
- LIMBERGER, Têmis. *Atos da administração lesivos ao patrimônio público. Os princípios constitucionais da legalidade e moralidade*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, 221 p.
- LOIS, Cecilia Caballero. A renovação da ciência jurídica segundo Antonio Hernández Gil. *In* : ROCHA, Leonel Severo (org.) *Paradoxos da auto-observação : recursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba : JM Livraria, 1997.
- LUDWIG, Celso. *Formas da razão : racionalidade jurídica e fundamentação do Direito*. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1997.
- LYRA, Rubens Pinto. *As vicissitudes da democracia participativa no Brasil*. João Pessoa : mimeo.
- ____ (org.). *A nova esfera pública da cidadania*. João Pessoa : Editora da Universidade Federal da Paraíba, 1996.
- ____ *et alii*. *A ouvidoria no Brasil*. São Paulo : Imprensa Oficial do Estado/Associação Brasileira de Ouvidores, 2000.
- MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. V. II. Lisboa : Confluência, 1959.
- MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991.
- MADRAZO, Jorge. *El ombudsman criollo*. México : Academia Mexicana de Derechos Humanos/Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996.
- MAIORANO, Jorge Luis. *El ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*. Buenos Aires : Macchi, 1986.

- _____. *El ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*. Tomo I. 2.ed. Buenos Aires : Macchi, 1999.
- MALDONADO, Maria Carreras *et alii*. *Concordâncias y comentarios del Estatuto y del Reglamento de Defensoría de los Derechos Universitarios*. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- MARTINS, Carlos Estevam. *Capitalismo de Estado e modelo político no Brasil*. Rio de Janeiro : Graal, 1977.
- _____. *O circuito do poder*. São Paulo : Entrelinhas, 1994.
- MARTINS, José de Souza & FORACCHI, Marialice M. *Sociologia e sociedade : leituras de introdução à sociologia*. Rio de Janeiro : Livros Técnicos e Científicos, 1981.
- MATOSSO, Jorge. *A desordem do trabalho*. São Paulo : Scritta, 1995.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. *Controle da Administração Pública*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Direito Administrativo moderno*. 2.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 17.ed. São Paulo : Malheiros, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.
- _____. (coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. *Elementos de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo : Malheiros, 1992.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ed. ampl. São Paulo : Malheiros, 1993.
- Memória de actividades conjuntas de IIDAC-ICVS y la Ouvidoria Geral do Estado do Paraná*. Curitiba : mimeo.
- MENY, Ives & TRHOENING, Jean-Claude. *Las políticas públicas*. Versão espanhola de Francisco Morata. Barcelona : Ariel, 1992.

- MERQUIOR, José Guilherme. Padrões de construção do Estado no Brasil e na Argentina. In : HALL, John. *Os Estados na História*. Trad. Paulo Vaz, Almir Nascimento e Roberto Brandão. Rio de Janeiro : Imago, 1992.
- MIGALLÓN, Fernando Serrano. *El particular frente a la administración*. 2.ed. México : Porrúa, 1993.
- MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil*. II Congresso Interamericano sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública. Ilha de Margarita, Venezuela : CLAD – Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 1977.
- MOISÉS, José Álvaro. *Os brasileiros e a democracia*. São Paulo : Ática, 1995, 302 p.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. S/trad. Coleção “Os pensadores”, v. XXI. São Paulo : Abril Cultural, 1973.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, Estado e Administração Pública*. Rio de Janeiro : Topbooks, 1996.
- MORIN, Edgar. Epistemologia da complexidade. In : SCNITMAN, Dora Fried. *Novos paradigmas. Cultura e subjetividade*. Porto Alegre : Artes Médicas, 1996.
- MUKAI, Toshio. *Administração Pública e Constituição de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil. Clientelismo e insulamento burocrático*. Brasília : ENAP; Rio de Janeiro : Zahar, 1997.
- O'DONNELL, Guillermo. *Reflexões sobre os Estados burocrático-autoritários*. São Paulo : Vértice, 1987.
- OCDE. *Administración Pública : modelos de los países de la OCDE*. Paris : OCDE, 1995.
- ODLEY JR, Christopher. *Reconcibir el control judicial da la Administración Pública*. Trad. Angel Manuel Moreno. Madrid : Ministério para las Administraciones Públicas, 1994.
- OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1984.
- _____. *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Trad. Juan Gutiérrez. Madrid : Sistema, 1988.

- _____. *Contradicciones en el Estado del Bienestar*. Trad. Antonio Escotado. Madrid : Alianza, 1990.
- OLIVEIRA FILHO, João Elias de. A ouvidoria e a Administração Pública. In : LYRA, Rubens Pinto *et alii*. *A ouvidoria no Brasil*. São Paulo : Associação Brasileira de Ouvidores/Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- OLIVEIRA, Fernando Andrade de & XAVIER, Pedro Henrique. *Ombudsman : conveniência de sua instituição*. Curitiba : Universidade Federal do Paraná, s/d.
- _____. *Ombudsman : conveniência de sua instituição*. Tese apresentada no I Simpósio Latino Americano. Buenos Aires : s/n, 1985.
- OLIVEIRA, Manfredo de Araújo, O debate acerca da fundamentação de uma teoria da justiça : Rawls e Habermas. In : FELIPE, Sônia (org.). *Justiça como equidade*. Florianópolis : Insular, 1998.
- OS, Audvar. Los ombudsman de Noruega. In : ROWAT, Donald C. *El ombudsman*. Trad. Eduardo L. Seáñez. México : Fondo de Cultura Económica, 1973.
- OSBORNE, David & GAEBLER, Ted. *La reinención del gobierno : la influencia del espíritu empresarial en el sector público*. Trad. Marco Aurélio Galmarini e Fernando Pardo Gella. Buenos Aires : Paidós-Ibérica, 1995.
- PADILLA, Miguel M. *Ombudsman Forum. Foro del ombudsman*. International Bar Association, Buenos Aires : s/d.
- PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. *Diretrizes de governo*. Curitiba : Fundação Pedroso Horta, 1986.
- PASOLD, César Luiz. *Função social do Estado contemporâneo*. 2.ed. Florianópolis : Estudantil, 1988.
- PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1992.
- PAULO NETTO, José. Nótula à Teoria da Ação Comunicativa de Habermas. In : CARVALHO, Maria do Carmo Brant (org.). *Teorias da Ação em debate*. São Paulo : Cortez; Instituto de Estudos Especiais : PUC-SP, 1993.
- PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. *Conceito e regime jurídico da elisão tributária*. mimeo, 1998.

- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil : para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo : Editora 34, 1996.
- _____. *Reforma do Estado para a cidadania. A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. Brasília : ENAP, 1998.
- _____ & GRAU, Núria Cunill (orgs.). *O público não-estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- _____ & GRAU, Núria Cunill. Entre o Estado e o mercado : o público não-estatal. In : BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos & GRAU, Núria Cunill (orgs.). *O público não-estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- PERES-MARICEVICH, Leni Pane de. *Apuntes sobre la defensoria vecinal de la ciudad de Asunción*. Asunción : s/n, 1996.
- PEREZ, Marcos Augusto. *Institutos de participação popular na Administração Pública*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.
- PHILLIPI, Jeanine Nicolazzi. *Elementos para a compreensão da lei : uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000.
- POUILLON, Jean *et alii*. *Problemas do Estruturalismo*. s/trad. Rio de Janeiro : Zahar, 1968.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO. *Plano diretor da reforma do aparelho de Estado*. Brasília : Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.
- PROVEDOR DE JUSTIÇA. *A ineficácia dos meios tradicionais de controle da actividade administrativa e o aparecimento da figura do ombudsman como defensor dos direitos e garantias individuais*. Serviço do Provedor de Justiça (Portugal), mimeo.
- _____. Lisboa : Secretaria de Estado da Comunicação Social, 1978.
- PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Trad. Argelina C. Figueiredo *et alii*. Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1995.

- RAICHELIS, Raquel. *Esfera pública e Conselhos de Assistência Social. Caminhos de construção democrática*. São Paulo : Cortez, 1998.
- REGONINI, Glória. Estado de Bem-Estar. *In* : BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Luís Guerreiro Pinto Cacaís *et alii*. Brasília : Edunb, 1983.
- REIF, Linda C. *Strengthening democratic institutions In societies emerging from civil war or non-democratic regimes : the establishment of National Human Rights Institutions*. Alberta : Faculty of Law, University of Alberta, 1999.
- REIS, Fábio Wanderley. “Governabilidade” e instituições políticas. *In* : VELLOSO, João Paulo dos Reis. *Governabilidade, sistema político e violência urbana*. Rio de Janeiro : José Olympio, 1994.
- REPÚBLICA DE BOLÍVIA. *Ley del Defensor del Pueblo. Ley 1.818*. La Paz : Defensor del Pueblo, s/d.
- REPÚBLICA DE HONDURAS. *Ley orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos. Decreto n. 153/95*. Gaceta n. 27.811. Tegucigalpa : Congreso Nacional de la República de Honduras, 1995.
- REX, John. *Problemas fundamentales de la teoría sociológica*. Trad. Néstor A. Míguez. Buenos Aires : Amorrortu, 1985.
- ROBLES, Gil & DELGADO, Álvaro Gil. *El control parlamentario de la Administración*. 2.ed. Madrid : Instituto Nacional de la Administración Pública, 1981.
- ROCHA, Leonel Severo (org.) *Paradoxos da auto-observação : recursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba : JM Livraria, 1997.
- ROJAS, Andrés Serra. *Ciência Política : la proyección actual de la teoría general del Estado*. México : Porrúa, 1978.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. São Paulo : Companhia das Letras, 1987. 340 p.
- ROWAT, Donald C. *El ombudsman*. Trad. Eduardo L. Seárez. México : Fondo de Cultura Económica, 1973.
- RUFFIA, Paolo Biscarettidi. *Derecho Constitucional*. Madrid : Tecnos, 1973.

- RUUD, Arthur. El ombudsman militar y su junta. *In* : ROWAT, Donald C. *El ombudsman*. Trad. Eduardo L. Seárez. México : Fondo de Cultura Económica, 1973.
- SAAD, Gláucia Alves. *O Ombudsman e o moderno direito de petição*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1982.
- SAES, Décio. *Democracia*. São Paulo : Ática, 1987.
- SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. 3.ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice : o social e o político na pós-modernidade*. 2.ed. São Paulo : Cortez, 1996.
- _____. *A crítica da razão indolente : contra o desperdício da experiência*. São Paulo : Cortez, 2000.
- SANTOS, Maria Helena de Castro. *Governabilidade, governança e capacidade governativa*. Texto para discussão n.11. Brasília : ENAP, 1996.
- SANTOS, Milton. *A natureza do espaço. Técnica e tempo, razão e emoção*. São Paulo : Hucitec, 1996.
- _____. *Técnica, espaço, tempo : globalização e meio técnico-científico informacional*. 2.ed. São Paulo : Hucitec/ABDR, 1996.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro : Campus, 1979.
- _____. (coord.) *Que Brasil é este? Manual de indicadores políticos e sociais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- SECRETARIA ESPECIAL DE OUVIDORIA GERAL. *A ouvidoria e o desafio da cidadania*. Curitiba : Secretaria Especial de Ouvidoria Geral, 1993.
- SEMO, Illán & SANDOVAL, Manuel. *Cuando el progreso nos alcance*. Mimeo, 1983.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 5.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.

- SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Lições de Direito Administrativo*. Lisboa : Pedro Ferreira, 1994.
- SOUZA, Daniel. *Introdução à Sociologia*. Lisboa : Livros Horizonte, 1997.
- SOUZA, Jessé. *Patologias da Modernidade. Um diálogo entre Habermas e Weber*. São Paulo : Annablume, 1997, 154 p.
- STOBER, Rolf. *Derecho Administrativo Económico*. Trad. Santiago González-Varas Ibañez. Madrid : Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992.
- SUBIRATS, Joan. *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*. Madrid : Ministério para las Administraciones Públicas, 1994.
- TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo : Saraiva, 1975.
- _____. *Temas de Direito Público : estudos e pareceres*. V. 1. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa : Cosmos, 1996, 270 p.
- VELÁSQUEZ, Fábio. A observância cidadã na Colômbia : em busca de novas relações entre o Estado e a sociedade civil. Trad. Noêmia A. Espíndola. In : PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Núria Cunill (orgs.). *O público não-estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In : PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Núria Cunill (orgs.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 228.
- VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2.ed. Rio de Janeiro : Record, 1997.
- VISMONA, Edson. A ouvidoria no Brasil e seus princípios. In : LYRA, Rubens Pinto *et alii*. *A ouvidoria no Brasil*. São Paulo : Associação Brasileira de Ouvidores/Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- WEBER, Max. *Economia y sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva*. 2.ed. Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo Garcia Máynez y José Ferrater Mora. México : Fondo de Cultura Económica, 1992.

- _____. *Ensaaios de Sociologia*. 5.ed. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro : Guanabara-Koogan, 1982.
- _____. *Metodologia das Ciências Sociais*. Parte 2. Trad. Augustin Wenet. São Paulo : Cortez, 1992.
- _____. *Sociologia*. Trad. COHN, Amélia e COHN, Gabriel. org. COHN, Gabriel. Coleção “Os grandes cientistas sociais”, n. 13. FERNANDES, Florestan (coord.). São Paulo : Ática, 1979.
- WHEARE, Kenneth. *Maladministration and its remedies*. London : Stevens & Sons, 1973.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- ZABLUDOVSKY, Gina. *Sociologia y política. El debate clásico y contemporáneo*. México : Miguel Angel Porrúa, 1995.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires : Ediar, 1994.
- ZÜLZKE, Maria Lucia. *Abrindo a empresa para o consumidor*. Rio de Janeiro : Qualitymark, 1990.

2. Periódicos

- AVRITZER, Leonardo. Além da dicotomia Estado/mercado. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 36, p. 213-222, jul. 1993.
- BENAKOUCHE, Rabah. A autonomia universitária no contexto da reforma do aparelho do Estado. *Universidade e Sociedade*, Associação Nacional dos Docentes em Ensino Superior – Sindicato Nacional, Brasília, ano 9, n. 19, p. 28-36, maio-ago., 1999.
- BONAVIDES, Paulo. A despolitização da legitimidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 3, p. 17-31, 1993, p. 19.
- BORGES, Alice Gonzales. Administração Pública e organização do Poder Executivo na nova Constituição da República. *Revista de Ciência Jurídica*, Salvador, Ciências Jurídicas, n. 32, p. 07-25, mar.-abr., 1990.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. A representação política e o Direito moderno. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, São Paulo, v. 49, p. 98-108, primavera de 1988.
- _____. Direito de participação no Governo e na oposição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 105, p. 181-202, jan.-mar. 1990.
- CAMPOS, German Jose Bidart. *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*. Cuadernos de la Asociación de Egresados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. mimeo, s/d.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistema de economia de mercado. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 140, p. 95-111, mayo-ago. 1996.
- CENSIO, Jorge Silva. El control de la administración. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 39/40, p. 05-19, jul.-dez., 1976.
- Chega de liberalismo, viva a nova legitimação do Estado. Folha de São Paulo*, 3 de junho de 2000, p. A12.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 106, p. 81-98, abr.-jun. 1990.
- CODATO, Adriano Nervo. A burguesia contra o Estado? Crise política e os rumos da transição. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, n. 4/5, p. 55-87, jan. 1995.
- CUSTÓDIO 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. 27, p. 209-217, abr.-jun. de 1999.
- DEMO, Pedro. Estado inevitável e necessário. Contornos de uma polêmica relevante. *Cadernos do CEAN*, Brasília, n. 1, p. 06-63, 1988.
- Diário do Grande ABC*. Mimeo., 9.jul.2000.
- Documentación Administrativa*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, n. 250-251, ene.-ago. 1998. Dossiê "El Derecho Administrativo en Italia : tendencias actuales – II".

- _____, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, n. 218-219, abr.-sep. 1989. Dossiê “Administración y Constitución : el principio de la eficacia”.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três Economias Políticas do *Welfare State*. *Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991.
- ESTRADA, Alexei Julio. El ombudsman en Colombia y en México. Una perspectiva comparada. *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, n. 7, 1994.
- FERRAZ, Sérgio. O papel da participação no sistema constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 84, p. 157-161, out.-dez 1987.
- FREITAS, Juarez. Regime peculiar das organizações sociais e indispensável aperfeiçoamento do modelo federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 214, p. 99-106, out.-dez., 1998.
- GALLO, Carlos Alberto Provenciano. *O Procurador do Povo na Suécia*. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, n. 14, p. 1405, 21 de março de 1985.
- GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *Relatório especial*. Cadernos de documentos. Curitiba : IPPUC, 1986.
- GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. O ouvidor geral – uma experiência municipal. Tese apresentada no V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (1986). *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 83, p. 250-259, jul.-set. 1987.
- _____. *Ouvidoria Municipal de Curitiba*. Cadernos de documentos. Curitiba : IPPUC, 1987.
- _____. A instituição do *ombudsman* no contexto jurídico e político brasileiro. *Seqüência - Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, UFSC, n. 16, jun. 1988.
- _____. *Espaço público não-estatal*. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 25 de fevereiro de 2000, Caderno I, p.12.
- GRADO, Carlos Giner de. Para qué sirve el Defensor del Pueblo. *Revista de Fomento Social*, n. 16, out./dez. 1986.
- HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência. A crise do Estado de Bem-Estar Social e o esgotamento das energias utópicas. Trad. Carlos Alberto

- Marques Novaes. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 18, p. 103-114, set. 1987.
- HENRICH, Dieter, OFFE, Claus & SCHLUCHTER, Wolfgang. Max Weber e o projeto da modernidade. *Lua Nova*, São Paulo, n. 22, p. 229-257, dez. 1990.
- JACOB, Pedro. Descentralização municipal e participação dos cidadãos. Apontamentos para o debate. *Lua Nova*, São Paulo, n. 20, p. 121-143, maio 1990.
- LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Trad. Cristiano Paixão *et alii*. *Seqüência - Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, UFSC, n. 28, p. 15-29, jun. 1994.
- MACEDO, Hernandez M. & ALVES, Andrea M. Reforma administrativa : o caso do Reino Unido. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ENAP, ano 48, n. 3, p. 63-79, set.-dez. 1997.
- MAIORANO, Jorge Luiz. Apuntes para un debate parlamentario : el Defensor del Pueblo español. *La Ley*, Madrid, p. 1144-1153, 1984.
- MOISÉS, José Álvaro. Dilemas da consolidação democrática no Brasil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 16, p. 47-86, mar. 1989.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Controles da Administração Pública. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 72, p. 92-104, out.-dez. 1984.
- MURCY, Marília. Cidadania, participação e controle do Estado. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 88, p. 108-115, out.-dez. 1988.
- OLIVEIRA FILHO, João de. *Ombudsman* : instrumento de defesa dos direitos humanos nas democracias modernas. *Revista da Faculdade de Direito*, Uberlândia, Universidade Federal de Uberlândia, v. 4, n. 1/2, p. 59-77, 1975.
- _____. O *ombudsman* sueco e o juiz do povo brasileiro. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, São Paulo, maio/ago. 1976.
- OLIVEIRA, Francisco de. Quem tem medo da governabilidade? *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 41, p. 61-77, mar. 1995.

- PEREIRA JR., Jessé Torres. O controle da Administração Pública na nova Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 103, p. 27-46, jul.-set. 1989.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reflexiones de un reformador : la reforma de la Constitución en el Brasil democrático. *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, Madrid, n. 3, p. 107-131, jul.-dec., 1999.
- Revista de Direito Administrativo* (Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas) mimeo.
- Revista Uruguay de Derecho Constitucional y Politico*, Montevideo, t. II, n. 9, oct.-nov. 1985.
- ROCHA, Leonel Severo. Direito, Complexidade e Risco. *Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, UFSC, v. 15, n. 28, p. 1-14, jun. 1994.
- SANTOS, Aricê M. Amaral. Função Administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 89, p. 165-185, jan.-mar. 1989.
- SAULE JR., Nelson. A participação dos cidadãos no controle da Administração Pública. *Revista de Direito*, São Paulo, Universidade Ibirapuera, n. 1, p. 199-239, out. 1998.
- SOUZA, Luciano B. Alves. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, n. 175, p. 36-46, jan.-mar. 1989.
- STAROBINSKI, Jean. *Gazeta Mercantil*, Brasília, 9.jun.2000. Caderno Especial. p.3.
- TÁCITO, Caio. O controle da administração e a nova Constituição do Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, nº 90, p. 27-28, out.-dez. 1967.
- Veja*, São Paulo, ano 33, v. 1653, 14.jun.2000.
- WEFFORT, Francisco C. Dilemas da legitimidade política. *Lua Nova*, São Paulo, n. 15, p. 07-30, jul.-set. 1988.

3. Relatórios

- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Boletim oficial del Estado*. Madrid : s/n, 1991.

_____. *Informe Regional del Capítulo Latinamericano y del Caribe al Consejo Directivo*. Tegucigalpa : s/n, set. 1999.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. *Segundo Informe Anual, 1999*. Tomo I. Panamá : Defensoría del Pueblo de la República de Panamá, 2000.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Transparência, responsabilidade y buen gobierno. Segundo Informe del Defensor del Pueblo al Congresso de la República, 1998-1999*. Lima : Defensoria del Pueblo, 2000.

EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LA ADMINISTRACIÓN. Coleccion Actas y Documentos, n. 17. Madrid : Presidencia del Gobierno, 1981.

Informe regional del capítulo latinamericano y del Caribe al Consejo Directivo. Tegucigalpa, setembro de 1999.

Ouvidoria Municipal. *Relatório anual da Ouvidoria Municipal*. Curitiba : IPPUC, 1987.

PARLAMENTARY COMMISSIONER FOR ADMINISTRATION. *Annual report for 1985*. London : Her Majesty's Stationery Office, 1986.

PREFEITURA MUNICIPAL DE CURITIBA. *Relatório anual da Ouvidoria Municipal. Março de 1986 a março de 1987*. Curitiba : Prefeitura Municipal de Curitiba/IPPUC, 1987.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO. *El Defensor de Pueblo y la Administración*. Actas y Documentos n. 17 Madrid : Servicio Central de Publicaciones/Presidencia del Gobierno, 1981.

Report of the "the ombudsman". Presented to the House of Representatives pursuant to Section 29 of the *Ombudsmen Act 1975*. London : 1986.

THE REPUBLIC OF TRINIDAD & TOBAGO. *The ombudsman 18th Annual report. January 1st, 1995 to December 31st, 1995*. Port of Spain : The Republic of Trinidad e Tobago, s/d.

4. Páginas eletrônicas

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO [*on line*]. www.anp.gov.br/central.asp [s/d].

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE OUVIDORES [*on line*]. www.abo.com.br [disponível em 25. fev.2000].

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL [*on line*]. www.bndes.gov.br/pndnew/period.htm [disponível em 25.maio.2000].

DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO [*on line*]. www.euro-ombudsman.eu.int [disponível em 11.jan.1999].

DEFENSOR DEL PUEBLO (ESPANHA) [*on line*]. www.defensor.delpueblo.es/info/cons/organi/venframs.htm [disponível em 19.jul.2000].

DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE COSTA RICA [*on line*]. www.crnet.cr/~defensor [disponível em 19.jan.1999].

INSTITUTO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CIDADANIA [*on line*]. www.iidac.rits.org.br/iidac_info.html [disponível em 27.dez.1999].

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

MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE [*on line*]. www.mediateur-de-larepublique.fr [disponível em 27.maio.2000].

PROVEDOR DE JUSTIÇA DE PORTUGAL [*on line*]. www.provedor-jus.pt [disponível em 19.jul.2000].

SIVIL OMBUDSMAN FOR FORWALTNINGEN (NORUEGA) [*on line*]. www.sivilombudsmannnen.no [disponível em 19.jul.2000].

OMBUDSMAN DA ALEMANHA [*on line*]. www.bundestag.de/btengver/e-index.htm [disponível em 17.jul.2000].

OMDUDSMAN DA SUÉCIA [*on line*]. www.do.se [disponível em 11.jul.2000].

OMBUDSMAN DA DINAMARCA [*on line*]. www.um.dx/danmarx/om_damark/ombudsman.complaints.html [disponível em 18.jul.2000].

OMBUDSMAN DA FINLÂNDIA [*on line*]. www.rn.ri/orv/english/index.html [disponível em 13.jul.2000].

PARLIAMENTARY COMMISSIONER (INGLATERRA) [*on line*]. www.open.gov.gov/go [disponível em 11.jan.1999].

OMBUDSMAN DO COMMONWEALTH (AUSTRÁLIA) [*on line*]. www.comb.gov.au/otherlanguage/language.html [disponível em 11.jul.2000].

