

O OMBUDSMAN E A REALIDADE BRASILEIRA

Ana Cláudia Allet Aguiar

1. INTRODUÇÃO

A tecnologia sofisticou-se, mas os meios utilizados para garantir-se os direitos dos administrados continuam tão fluidos como no início do século. A sociedade permanece desarmada quanto à sua defesa.

Assim, a tendência é buscar paradigmas em outros países para neutralizar estes problemas. Daí elegermos o Ombudsman, órgão popular de atuação externa à administração, mas que poderá vir a ser cooptado, cedo ou tarde, pelo Direito público brasileiro. Neste sentido é oportuno lembrar René David: “No mundo moderno atual, é dever imperioso, para todo aquele que pretende constituir uma elite fazer um esforço para compreender-lhes a maneira de ver e não julgar-lhes as instituições, a política ou a moral à luz das próprias concepções e preconceitos. (...) O estudo dos direitos estrangeiros é para jurista um meio de desincumbir-se dessa missão e de adquirir o espírito internacional necessário do mundo novo.”¹

Num primeiro momento, portanto, tentar-se-á identificar o contexto jurídico-político e social em que se encontra o estado contemporâneo, no qual se desenvolve mais firmemente o papel daquele órgão. A seguir, será analisada a implantação do “Corredor Administrativo”² em outros países, notadamente no Brasil.

¹ CRETELLA JR, José. *Direito Administrativo Comparado*. 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990. p. 12..

² A expressão “Corredor Administrativo” é empregada por LEITE, Celso Barroso. *ombudsman-Corredor Administrativo*. Rio de Janeiro, Zahar, 1975. A palavra Ombudsman é usada como mandatário, delegado, representante, agente, etc.

2. ESTADO CONTEMPORÂNEO

A transformação do chamado estado liberal, amparado no princípio do “laissez faire, laissez passer”, em estado contemporâneo ou “Estado Providência”³, deu-se por volta do final do século XIX, começo do século XX.

2.1. CARACTERÍSTICAS

O estado passa a ter uma nova configuração nesse contexto histórico, decorrente de uma sociedade civil que, cansada de ser injustiçada, econômica e socialmente, passa a exigir a resolução de seus conflitos. O poder público, então, obriga-se à prestação de serviços de assistência social e, instrumentalizando-se, intervém na ordem econômica.

A par disso, o professor Pasold verifica que “... a participação maior do estado na vida da sociedade passa de uma fase de tolerância crescente até a exigência de modo que, hoje, são poucos os que admitem um comportamento omissivo do estado, frente ao encaminhamento e à solução dos grandes problemas sociais.”⁴

Para o autor, essa prática assumida pelo estado acaba por hipertrofiá-lo, pondo-se em xeque a eficácia das garantias institucionais de controle da administração.

Dessa forma, pode-se extrair como características do estado contemporâneo: a) a tendência tecnocrática, refletida na progressiva complexidade da máquina administrativa; b) a prática cada vez mais intervencionista no universo social.

2.2. INEFICÁCIA DOS SISTEMAS TRADICIONAIS DE CONTROLE

Em realidade, o que se constata é que os mecanismos tradicionais de controle não se adequam à sociedade moderna, à era da

³ “Estado providência é a designação encontrada por Forsthoff para indicar os campos de atuação do estado: economia, educação, segurança pública, tráfego, cultura... PASOLD, César L. *Funcão social do estado contemporâneo*. 2 ed, Florianópolis, Estudantil, 1988, p. 75.

⁴ *Ibidem*: p. 32.

informática, da devastação ambiental, da proteção ao consumidor e dos problemas técnico-científicos.

O poder legislativo que, sob o ponto de vista prescrito, deveria destacar-se como a via institucional de abrigo aos desejos sociais, apresenta-se, em nossos dias, na observação de Manoel Eduardo Gomes, descaracterizado ideologicamente:

“As frequentes manifestações extra-parlamentares como o movimento feminista, o movimento ecológico, o movimento de minorias raciais, substanciam-se em demonstrações inequívocas de que os canais institucionais de que medeiam a relação sociedade civil/estado são insuficientes para abrigar as expressões dissidentes exurgidas do social.”⁵

O controle judicial, por sua vez, depara-se com diversas barreiras, como o difícil acesso à justiça, a prestação jurisdicional retardada e a imposição de pesados ônus ao administrado.

3. O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Observa-se diária e crescentemente, no domínio do sistema de controle dos atos administrativos, a necessidade de se racionalizar os mecanismos de atuação, introduzindo-se reformas políticas e setoriais, a fim de que a eficácia seja facilitada.

3.1. OMBUDSMAN : ORIGEM E EVOLUÇÃO

Segundo Celso Barroso Leite⁶, já na antiga Roma sobressaía o papel do Tribunos Plebis ao garantir à plebe proteção contra o abuso e o poder dos patrícios. Também no império Persa destacavam-se os auxiliares do grande Ciro e seus sucessores, os denominados “olho do rei”, cabendo-lhes o controle do império e a super-visão dos funcionários.

Já na Suécia, onde originou-se o Ombudsman, por volta de 1713, constatamos que o rei Carlos

⁵ GOMES, Manoel Eduardo A. C. A instituição do ombudsman no contexto jurídico e político brasileiro. Sequência. Florianópolis: UFSC, (16): 98-115, jul. 1988, p. 99.

⁶ LEITE, op. cit., p. 35.

XII, quando ausente do país em função de suas viagens, designava um “delegado” para fiscalizar os coletores de impostos, os juízes e outros funcionários.⁷

Depreende-se daí que uma rudimentar missão do “delegado” era a defesa do estado, do erário do rei.

A pretensão dos constituintes suecos, em 1809, revela Legrand, consistia em “... colocar-se a meio caminho entre o absolutismo real e o abuso da era da liberdade, onde os estados eram verdadeiros soberanos.”⁸

Num segundo, passo assegurado na Suécia o governo parlamentar e a responsabilidade ministerial na sindicância da ação administrativa governamental, o procurador vem configurar-se como tutor jurídico do uso correto do poder administrativo, ou seja, o seu campo de atuação corresponde aos casos em que aquela ação, por favor, parcialidade ou qualquer motivo, tenha cometido ilegalidade ou negligenciado os interesses individuais ou coletivos. Salvaguardar a liberdade, a segurança e a propriedade dos cidadãos passa a ser seu objetivo maior.

Em Bobbio, encontramos que a função do Ombudsman converge lentamente para a tutela jurisdicional dos interesses dos administrados devido “... a insuficiência do sistema de garantias jurisdicionais em relação à ação administrativa”, está cada vez mais abrangente.⁹

Com a reforma administrativa Sueca, em 1979, o parlamento nomeia, a cada legislatura, quatro ombudsmen parlamentários, sendo um responsável pela área militar e outros três pela justiça. Suas atividades são assim distribuídas: ao primeiro cabe a fiscalização dos impostos e do contencioso administrativo civil; ao segundo a fiscalização das cortes de justiça e do

⁷ Ibidem.

⁸ LEGRAND, André. *L' Ombudsman Scandinave*, Paris; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p.18.

⁹ BOBBIO, Norberto, *Dicionário de Política*, 2 ed. Brasília: UnB, 1986, p. 840.

ministério público; ao último cumpre o bem estar social, seguro e educação.

Exercendo função parlamentar, têm poderes de informação, inspetoria, exame de documentos. Sem o direito de exprimir opinião, podem presenciar debates, sessões em órgãos administrativos e jurisdicionais. Valem-se dos poderes de persuasão, influência e proposta, sendo, por isso, comumente caracterizados como a “magistratura de influência”.

A eles cabe processar magistrados, membros do ministério público, administradores e ministros religiosos. Sua independência é garantida constitucionalmente. Gozam de estabilidade e inamovibilidade, não podendo ser constrangidos no parlamento, nem ter seus vencimentos reduzidos. O caráter de neutralidade e senso de justiça são inerentes ao cargo, fazendo com que se nomeie constantemente magistrados para a função. A recondução ao cargo, mesmo em diversos períodos consecutivos, é possível.

Apesar da independência e autonomia que lhes são inerentes a confiança por parte do parlamento pode causar a sua destituição, pois, consoante Bobbio, os membros do parlamento detêm poderes sobre a atividade desse “corredor administrativo”. Prova disso, são os relatórios anuais e específicos oriundos de sua atuação que passam pelo crivo do legislativo.

Justamente, por se encontrar vinculado a este poder e sujeito a sua interferência, o papel do instituto em apreço é visto por Bobbio de modo preferentemente negativo, porquanto toca apenas aos departamentos administrativos do governo, excluindo-se, assim, os responsáveis pela conduta política da administração, os Ministros. 10

Legrand, sob este enfoque, acentua que “... a eficácia do Ombudsman está estreitamente ligada às possibilidades do parlamento. 11

¹⁰ Ibidem: p. 838.

¹¹ LEGRAND, op. cit., p. 286.

3.2. O INSTITUTO EM FRANÇA, PORTUGAL E ISRAEL

Seguindo o modelo sueco, outros países também implantaram seus sistemas, dentre os quais destacam-se o médiateur em França, o “provedor de justiça” em Portugal e o caso de Israel.

A instituição do médiateur foi implementada através da lei 73.6 de 1973. Eleito por um prazo de seis anos pelo conselho de ministros, esse procurador recebe as reclamações individuais e coletivas contra o mau funcionamento de todos os organismos responsáveis pela prestação de serviço público.

As queixas são repassadas ao mediador pelos deputados ou senadores, responsáveis em primeira instância, pela triagem dos pedidos. No que concerne a esta filtragem, Maurice Duverger lamenta”... que o mediador francês se situe no executivo e, recebendo as queixas por intermédio dos parlamentares fique fora do alcance do povo”. 12

Ao ser provocado pelo cidadão, nacional ou estrangeiro, o médiateur tenta resolver o affaire perante ao órgão público. Ele tem algumas prerrogativas, como os poderes de injunção e de sanção junto ao organismo, escapando à sua com-petência assuntos como defesa nacional, segurança do estado e política externa.

Na hipótese de, mesmo lançando mão das faculdades à sua disposição, o mediador não obter êxito, poderá veicular publicamente a questão. A publicidade, aliás, é o recurso afiançado que dispõe no processo de persuasão do órgão público, como denota Mario Cappelletti: “... a idéia de um protetor independente do público, armado com instrumentos de investigação e publicidade, está ganhando aceitação crescente e acrescentando um método importante de proteção para os indivíduos e para o público em geral, contra os abusos da administração”. 13

¹² LEITE, op. cit, p. 125.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porlo Ale-gre, Fabris, 1988, p. 141.

Ao discorrer sobre “A justiça, a administração e a função do médiateur” o professor Carlin transmite-nos a importância do instituto: “Diga-se, também, que a grande autoridade e a força moral que se reveste esta instituição têm marcado “la fin du secret administratif”, e segue:

“A atuação do médiateur vem sendo ressaltada ainda em recente lei sobre a responsabilidade do funcionário em caso de inexecução de sentença, quando esta foi proferida contra o poder público...”. 14

Daí depreende-se que a sua atividade alcança uma competência residual em relação ao juiz nas execuções contra a administração.

Neste âmbito, impõe-se dizer que sua ação vem ultrapassando o âmbito da legalidade administrativa chegando até o problema da “justiça discricionária”. 15 Os atos administrativos discricionários, em geral, trazem consigo a “zona cinzenta”, de sua subjetividade e são examinados pelo mediador porque podem levar à má administração.

Carlin, ao especificar os casos de reclamos registrados em França, no ano de 1979, assevera que “... o principal número de queixas se refere justamente aos problemas nascidos no seio da justiça na sua mais variada área: inércia, resistência ativa ou passiva, má vontade, dissimulação, falsas alegações de falta de verba, má-fé, razão política ou social, proteção de parentesco, esta última de tão negativa repercussão pública”. 16

A constituição Portuguesa a seu turno, em 1976, trouxe para o Direito público lusitano a figura do “Provedor de Justiça”. Além das atribuições inerentes ao ombudsman real, cumpre ao provedor divulgar aos cidadãos o sentido dos direitos e liberdades fundamentais.

¹⁴ CARLIN, Volnei I. A justiça, a administração e a função do médiateur. Estudos Jurídicos. São Leopoldo, Unissinos (XII): 53-66, 1982, p. 61.

¹⁵ CAPPELLETTI, op. cit, p. 139.

¹⁶ CARLIN, volnei Ivo. Uma nova garantia para os jurisdicionados. Sequência. Florianópolis, UFSC (10): 14-27, dez. 1984, p. 17.

Já em Israel, exsurtem agências, com mais de vinte anos de existência, abrangendo todo o sistema de governo. É certo que entre vinte israelenses um inicie uma reclamação. 17 Serviço militar, reparos de habitação, tratamento médico em hospitais públicos, maus tratos pela polícia, recuperação de propriedades perdidas de prisioneiros, adequados meios de acesso para pessoas inválidas são alguns dos casos investigados e solucionados em geral num prazo de um a três meses pelas doze agências do país.

3.3. REFLEXÕES SOBRE A “DEFENSORIA PÚBLICA” NO BRASIL

Na história das tentativas de institucionalização do ombudsman no Brasil, constatamos a existência de um projeto de lei que remonta a 1823, o qual previa a criação de um “Juízo do Povo”, encarregado de apresentar queixas à corte. Neste século, na década de setenta, inúmeros foram os pronunciamentos políticos favoráveis à criação da “Procuradoria do povo”, com o objetivo de defender os direitos de cidadania e de exercer vigilância aos atos da administração.¹⁸

Revela-se a nível federal, o projeto 266/84, que prevê a figura do ouvidor - geral, com a função de receber o apurar denúncias. Além disso o governo federal com o decreto 93.714/86, instituiu a comissão de direitos do cidadão - CODICI. Nesse exercício o governo postergou uma característica essencial da instituição, a nipessoalidade. A comissão subordinou-se ao presidente da república, sendo por ele nomeada, independente de sua formação política ou jurídica. As reclamações passam por uma avaliação que recolhe ou não as queixas e, como assina Manoel Gomes¹⁹, esses canais de denúncia acabam por amortecer seus

¹⁷ VALDÉS, Daisy A. Ombudsman para o Brasil? *Revista de informação legislativa*. Brasília, Senado Federal (100):117-126, p. 124.

¹⁸ GOMES, Manoel. A institucionalização do ombudsman no Brasil, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, (167): 1-21, jan./mar., 1987, p. 9.

¹⁹ *Ibidem*, p. 12.

impactos, tornando-os "... manipuláveis por aqueles que detêm o poder".

A independência, a força moral, o prestígio e a publicidade de que o órgão necessita, estão ausentes do decreto, tornando irreal a confi-guração do instituto.

Manoel Gomes, que atuou como Ouvidor-Geral do executivo de Curitiba, em 1986, declara que os pressupostos do ombudsman foram mantidos:

- a) a unipessoalidade, vital para a ocorrência e eficácia da atuação;
- b) a facilidade de acesso à população;
- c) a utilização de formas não convencionais de exercício;
- d) a ligação formal, ao poder le-gislativo, além da publicidade de seus atos.

Em onze meses foram registradas, na ouvidoria, cerca de 1456 reclama-ções, das quais 800 formaram processos, 613 resultaram solucionadas; foram, em simultâneo, revogados 4 decretos, sindicâncias e elaborados 12 projetos.²⁰

Apoiada nos modelos de "Provedor da Justiça" em Portugal e do "El Defensor del Pueblo" na Espanha, a comissão de estudos constitucionais, pre-sidida por Afonso Arinos de Mello Franco, previu a institucionalização da "Defensoria Pública" (art. 134, parágrafo único da CF), incumbindo-lhe, den-tre outras funções a de defesa dos necessitados (art. 5, LXXIV).

4. CONCLUSÕES

Constata-se que o om-budsman em países como a Suécia, França e Portugal, tem contribuído significativamente em questões que vão desde a legalidade administrativa até o controle da discricionariedade da administração.

Da experiência específica de Israel infere-se que o instituto exsurge como símbolo de luta pela cidadania e conscientização dos direitos individuais e coletivos, hoje muito reivindicados, em nações periféricas ou democracias em desenvolvimento.

²⁰ Ibidem, p. 13.

A tentativa de inserção da “Defensoria Pública” na Carta de 1988 foi acompanhada de acirradas discussões tendo os magistrados e advogados posicionado-se sempre favo-ráveis à criação do instituto, uma vez que este poderia facilitar a tramitação dos trabalhos nos fóruns, substituindo, talvez, de maneira eficaz, o defensor dativo, este de ação desestimulada, em face da estrutura vigente.

E mais: um ombudsman que abrangesse o poder judiciário, como o proposto pelo juiz José Guilherme de Souza, iria constituir-se de um “órgão de controle do serviço público da justiça que, fazendo parte de sua estrutura organizacional, mas independente de seus juízes e tribunais, justamente para poder exercer sobre o seu serviço ativo e devido o necessário controle funcional...”²¹

É certo que o acolhimento de uma instituição estrangeira adaptada à realidade viria revitalizar a máquina judiciário-administrativa, auxiliar o Ministério Público na tutela dos direitos difusos e democratizar a função pública, tão centralizada pelo estado contemporâneo vigente, transmitindo garantias e credibilidade aos céticos administrados. Estes, então, menos desconfiados e mais prevenidos, teriam nesse recurso para-jurisdicional, um melhor controle da atividade da administração, assegurando, no verdadeiro sentido do termo, o respeito ao princípio da legalidade.

²¹ SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do estado pelo exercício da atividade judiciária. Jurisprudência Catarinense. Florianópolis, (64): 33-51, p. 49.