

Defensor do Povo: origens do instituto do *Ombudsman* e a malograda experiência brasileira

Helga Maria Saboia Bezerra*

1. Introdução

O objeto abordado neste trabalho está completando este ano duas centúrias. O primeiro *ombudsman* viu a luz através da Constituição sueca de 1809.

Para que a original figura jurídica fosse conhecida extramuros, grandes distúrbios tiveram que ocorrer. De fato, terminada a Segunda Guerra Mundial, arrasados os países europeus pelo conflito, surge um novo modelo estatal. Persegue-se um alto nível de bem-estar social, proporcionado por um Estado de grandes dimensões, encarregado de prestar diretamente o máximo de serviços ao cidadão.

Importante conquista do século XX, esta ampliação do rol de serviços públicos significou, entretanto, uma restrição da liberdade individual. À expansão da estrutura da Administração pública correspondeu-lhe um aumento de seus poderes discricionários, projetando-se sobre um número cada vez maior de aspectos da vida do cidadão, ao qual a Administração tentava controlar e dirigir constantemente.

Em consequência desse intervencionismo estatal, foram crescendo, em similares proporções, os motivos de queixa sobre a conduta burocrática dos Estados modernos. Desta maneira, a instituição do *ombudsman* cons-

* Doutoranda na Universidad de Oviedo (Espanha); Especialista em “Derecho Español para Juristas Extranjeros” pela Universidad de Alcalá de Henares - España (2006); Graduada em Psicologia (1993) e directo (1998) pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Email: helgamsb@hotmail.com.

tituiu-se em uma das mais importantes respostas para contra-arrestar os perigos de uma cada vez mais tirânica Administração pública e garantir os direitos e liberdades individuais.

No Brasil, desde os anos noventa do século passado, tem-se visto um movimento de *ombudsmania*, com o surgimento de centenas de ouvidores e *ombudsmen* públicos e privados.

Esta situação reclama um esclarecimento acerca dos limites deste instituto em sua gênese – o *Ombudsman* parlamentar sueco –, com o intuito de demonstrar que, se foi adotado com certas modificações pela maioria dos países democráticos do mundo – inclusive em âmbito supra-estatal, na figura do *Ombudsman* Europeu –, no Brasil ainda não chegou, apesar de que instituições de todo tipo tenham brotado aqui e ali, utilizando sua denominação, reivindicando sua similaridade. A isso se propõe este trabalho.

2. A difícil conceituação de *ombudsman*

Desde que, em 1966, Walter Gellhorn publicou dois significativos livros sobre o então já famoso *grievance man*¹ – *Ombudsmen and Others: Citizen's Protector in Nine Countries* e *When Americans Complains: Governmental Grievance Procedures* – a literatura mundial sobre o tema não parou de multiplicar-se, à medida que mais e mais países incorporavam o instituto.

Nos primeiros anos da década de setenta, dizia um autor francês, fazendo menção detalhada das obras que, então, já enchiam as estantes das bibliotecas sobre o tema: “A literatura jurídica consagrada ao *ombudsman* alcança hoje dimensões consideráveis”².

Nos últimos quarenta anos, foi tal a derivação do *ombudsman* aos mais diversos países e às mais variadas línguas, que a tarefa de tentar oferecer uma definição unívoca do mesmo é praticamente impossível.

O estudo do tema mostra-se, assim, extremamente sutil e complexo, como o é todo objeto do Direito comparado. Exige, desde o início, uma delimitação do campo de análise, que deve ser realizada desde a perspectiva de bem definidos contextos. Para compreender isto, basta olhar os índices

1 TIME, 1959.

2 LEGRAND, 1973, p. 851. [Tradução da autora deste artigo]

da maioria das obras acerca do *ombudsman*: dividem o trabalho a partir de critérios relacionados com o país de aplicação do instituto³.

Um *ombudsman* adotado em um país de *common law*, não é o mesmo que um *ombudsman* de um país de *civil law*⁴. De semelhante modo, supõe uma dificuldade adicional compreender sob uma mesma acepção um *ombudsman* configurado em países com distintos sistemas de governo ou cujas formas de estado não coincidam. As particularidades de cada ordenamento jurídico tornam muito difícil uma referência unitária acerca do instituto.

É óbvio que, ao final, depois de importado a tão diversos contextos – verdadeira *ombudsmania*, se se utiliza o termo cunhado por Sir Guy Pwles, o primeiro *ombudsman* de Nova Zelândia⁵ –, o que resulta evidente é a existência de um grande número de casos que, caracterizados por graves anomalias, acabam desvirtuando o modelo original.

Não merecem, portanto, o nome de *ombudsman*. Melhor seriam classificadas como instituições *quase-ombudsmanianas*, se se toma emprestada a denominação sugerida pela israelita Nathalie Marguerite Kerber⁶.

O uso excessivo deste título levou a Nova Zelândia, em 1991, ao extremo de emendar sua legislação sobre o *ombudsman*, na tentativa de limitar a confusão acerca de novos mecanismos de gestão de queixas, para proibir a utilização do termo por quem não tenha conseguido um prévio consentimento escrito do *Ombudsman Chefe* desse país⁷.

Dada a impossibilidade de oferecer um conceito unitário desta instituição, o que se pretende fazer é analisar, ainda que brevemente, a figura do *ombudsman* sueco, da qual derivaram todos os demais. Logo, situar historicamente sua derivação até chegar ao Brasil onde, depois das frustradas tentativas de sua adoção, o legislador contentou-se com entregar ao Ministério Público as funções do idealizado Ouvidor do Povo, por um

3 LEGRAND, 1973; MORTARTI, 1974; ARMAS, 2003; REIF, 2004.

4 Referindo-se a dois países com distintas ordens constitucional e administrativa que adotaram o *ombudsman*, Inglaterra e França, diz André Legrand: “A apreciação do significado exato de uma ‘conversão’ ao *ombudsman* não se saberia fazer independentemente do contexto político e social ao qual ela se faz. Agora bem, um estudo rápido das diferentes instituições provarão facilmente a existência entre a maioria de seus partidários de concepções políticas e administrativas muito precisas que não se constata no mesmo grau entre os países ‘convertidos’ à instituição”. LEGRAND, 1973, p. 853 [tradução da autora deste artigo].

5 PADIAL, 1994, p. 9

6 KERBER, 1975, p. 18.

7 REIF, 2004, p. 53

lado, e, por outro, criar as ouvidorias. A solução salomônica deixou órfão o cidadão: nenhuma das duas figuras, nem de longe, pode ser tomada por *ombudsman*.

3. Origem do *ombudsman*

Há quem reconheça a gênese do *ombudsman* no *Tribunus Plebis* da República romana⁸. A origem do tribunado da plebe foi o tratado de aliança surgido entre a plebe e o patriciado, pelo qual os patrícios, depois de matar Sêrvio e destronar Tarquínio, convieram com a plebe em que esta, constituída em uma sociedade quase regular, teria chefes saídos de seu seio. Como aponta Fustel de Coulanges⁹, tal “instituição novíssima não se parece a nada do que as cidades haviam conhecido anteriormente”. Os tribunos da plebe eram *sacrosanctus*:

A palavra *sacrosanctus* designava algo muito preciso na linguagem religiosa dos antigos. Aplicava-se aos objetos consagrados aos deuses e que, por esta razão, o homem não podia tocar. Não era a dignidade do tribuno que se declarava honrada e santa; era a pessoa, o corpo mesmo do tribuno, que se punha em tal relação com os deuses, que já não era um objeto profano, mas sagrado. Desde então, ninguém podia tocar-lhe sem cometer o crime de violação e sem manchar-se¹⁰.

O privilégio de inviolabilidade do tribuno era tal, que sua simples apresentação, interpondo-se (*intercessio*) entre o plebeu e seu maltratador – um credor que pretendia pôr a mão nele, um cônsul que lhe condenava à prisão – detinha a mão patricia.

Assim, na cidade antiga, a multidão plebéia passava a ter em seus tribunos da plebe invioláveis protetores.

O *ombudsman* moderno, entretanto, teve seu berço na Constituição sueca de 1809 (*Regerisform*), surgida ao final da Guerra Finlandesa, da qual

8 OTERO, 1984, p. 942.

9 COULANGES, 1947, p. 368.

10 *Idem*, p. 369. [Tradução da autora deste artigo].

saiu vencedora a Rússia¹¹. E, como chama a atenção Gellhorn, não parece que, para criar seu *ombudsman*, os suecos do século XIX tenham olhado mais além da própria Suécia para inspirar-se¹².

Deposto o rei sueco, a Constituição adotada, baseando-se na teoria de Montesquieu, dividiu o poder entre o Executivo, os Tribunais e o Parlamento, prevendo a existência de um *Justititeombudsman* (J.O.), que era apontado por este último com poderes para supervisionar a Administração pública e judicial e para perseguir aqueles que falhassem no cumprimento de seus deveres oficiais¹³.

Aquela nova figura do *ombudsman* ficou restrita à Suécia. Sua localização geográfica e as diferenças linguísticas que a separavam de seus vizinhos e, mais do que tudo, os particulares condicionamentos da Administração sueca – sua peculiar estrutura, com uma rigorosa separação entre Governo e Administração, pouco se parece à de outros países com que tão familiarizados estão os juristas ocidentais –, impediram, durante mais de um século, a difusão desta instituição que, só a partir do final da Primeira Guerra Mundial, começou a estender-se, primeiro pela Península Escandinava e depois pelo resto do mundo.

De qualquer maneira, ainda que se reconheça que as barreiras do desconhecido idioma foram as responsáveis pela falta de informação completa e precisa acerca do funcionamento do *ombudsman* escandinavo¹⁴, a boa disposição do primeiro *ombudsman* dinamarquês, Stephan Hurwitz, para falar e escrever em inglês sobre seu trabalho ajudou enormemente a superar esta dificuldade. E foi sua apresentação em um seminário das Nações Unidas ce-

11 A Guerra Finlandesa (fevereiro de 1808 – setembro de 1809) foi a última de uma série de guerras russo-suecas, ao final da qual o terço oriental da Suécia se converteu no território autônomo do Grão-Ducado da Finlândia, unindo os finlandeses com a Rússia imperial.

12 GELLHORN, 1966, p. 194.

13 REIF, 2004, p. 5.

14 Gellhorn chamava a atenção, em 1966, para o fato de que “apesar da antiguidade do ofício e do presente entusiasmo pelas idéias que o fundamentam, o âmbito de poder do *ombudsman* sueco e seus meios de utilizá-lo são inadequadamente compreendidos no exterior. As discussões estrangeiras têm, às vezes, romantizado tanto esta altamente meritória instituição governamental sueca, que uma olhada fresca à atualidade pode agora ser útil.” (Gellhorn, 1966, p. 195) [Tradução da autora deste artigo]. Anos depois outro autor, esta vez francês, referia-se também ao grande desconhecimento desta instituição: “As características da instituição foram largamente descritas e, entretanto, ao constatar a repetição de erros importantes em certos artigos recentes consagrados à instituição, pode-se perguntar se o abuso de informação não prejudicou o conhecimento exato das instituições apresentadas.” Ele mesmo reconhecia não estar livre destes erros: “desses erros, eu não me mostrei sempre isento”. LEGRAND, 1973, p. 852 [Tradução da autora deste artigo].

lebrado no Ceilão em 1959, que estimulou o interesse da Nova Zelândia – a partir de onde se dispersou pelo mundo – na nova idéia¹⁵.

Em 1919, a Finlândia, já independente da vizinha Suécia, acolhe-o em sua Constituição, com o nome de *oikeusasiamies* – homem dos assuntos da justiça¹⁶.

O seguinte país a admitir esta instituição seria a Dinamarca, e a implantação do *ombudsman* naquele país supôs um marco, pelo fato de que era a primeira vez que se o fazia em um sistema jurídico distinto do sueco¹⁷. Previsto na Constituição de 1953, o *ombudsman* dinamarquês, *Folketingets Ombudsman* (*Ombudsman* do Parlamento) –, tinha a competência de controlar a administração civil e militar do Estado.

Em 1963 um *ombudsman* parlamentar assumiu o poder no último país escandinavo no qual se incorporou este cargo. Tendo dependido institucionalmente da Suécia até 1905, o Parlamento norueguês entendeu que seria benéfico para o país adotar uma instituição que vinha se mostrando eficaz na proteção dos cidadãos contra as injustiças da Administração pública e os erros e omissões dos funcionários e empregados dos serviços dos demais Estados escandinavos e, inclusive, na própria Noruega onde, desde 1952, já se contava com um *ombudsman* militar¹⁸.

Completado o périplo escandinavo, quis o *ombudsman* migrar, em 1962, para a Nova Zelândia, através do *Parliamentary Commissioner (Ombudsman) Act*. Dali o instituto se estendeu aos países de *common law*, uma vez que aquela ilha fazia parte da *Commonwealth*.

Terminada a Segunda Guerra Mundial cresce a preocupação por garantir os direitos humanos e dar voz ao cidadão. Para isso a original figura do *ombudsman* não poderia ser mais bem-vinda. Vê-se, então, que começa nos anos sessenta um movimento de rápido contágio desta instituição pela Europa.

E pelos Estados Unidos, que viviam um momento especialmente dramático, com a exposição de seus segredos governamentais e sucessivos escândalos políticos, de um lado, e de outro uma onda de movimentos a favor dos direitos humanos. A atmosfera era favorável à adoção de critérios de boa governança e ao estabelecimento de recursos para os ofendidos. Dois campos de especialidade para o *ombudsman*.

15 ROWAT, 1973, p. 41.

16 CORTE-CABALLERO, 2000.

17 ARMAS, 2003, p. 77.

18 CORTE-CABALLERO, 2000.

Na República Federal Alemã, desde 1957 já se contava com a instituição. O deputado Ernst Paul, que havia estado exilado na Suécia durante o governo de Hitler, teve a oportunidade de conhecer o M.O. (*Militieombudsman*) sueco. De volta ao país, propôs a criação do *ombudsman* alemão, com a finalidade de evitar o reaparecimento dos hábitos das antigas Forças Armadas, que violavam sistematicamente os direitos fundamentais dos militares. Assim, em 1959, a Alemanha implanta seu *Wehrbeauftragte des Bundestages*, Comissário Parlamentar para as Forças Armadas¹⁹.

Em 1967 é a vez da Gran Bretanha, com seu *Parliamentary Commissioner for Administration*.

Áustria acolhe, em 1971, seu *Volksanwaltschaft*. No mesmo ano o Parlamento israelita, Knesseth, adota com unanimidade uma lei instituindo uma nova função: a de “Comissário para as queixas do público”, se bem que pouco depois da criação do Estado de Israel, já havia sido instituído um Controlador do Estado (1949), para lidar com os problemas decorrentes da absorção de fortes ondas de imigrantes que chegavam ao país. O Comisionado, o que fez foi dar uma consagração legal a uma situação que já existia de fato²⁰.

Em 1973, a França institui seu *Médiateur de la République*, que se estabelece também em muitas de suas ex-colônias (p. e., Gabão, Mauritânia, Senegal). Em 1974 a Itália elege seus primeiros Difensori Civici, nas regiões da Toscana e Ligúria –. Seguem-se Holanda (1979), Suíça (1983) e Irlanda (1984).

A partir da nomeação, em Portugal, de seu primeiro Provedor de Justiça em 1975²¹, que influenciou na previsão do Defensor del Pueblo espanhol na Constituição de 1978²², o instituto difundiu-se rapidamente pela América espanhola.

4. O *ombudsman* sueco

Conta-nos Gellhorn que quando, em 1713, o rei Carlos XII, da Suécia, nomeou um representante, um *ombudsman*, para vigilar os funcionários reais, com isso simplesmente reagia às necessidades do momento. Estava

19 CORREIA, 1979, p. 33.

20 KERBER, 1975, pp. 1-8.

21 SILVEIRA, 1988.

22 PADIAL, 1994, p. 13.

fora do país, cheio de trabalho, envolvido em intermináveis campanhas militares e nas negociações diplomáticas que as seguiam. Assim, simplesmente encarregou um subordinado de sua confiança para inspecionar o comportamento de arrecadadores de impostos, juízes e outros administradores legais que atuavam em seu real nome²³.

Em 1719, abolida a monarquia absoluta, aquele Procurador Supremo (*Högste Ombudsmännen*) passou a ser chamado *Justitiekansler*, Chanceler de Justiça, nomeado não mais pelo rei – que havia morrido no ano anterior –, mas pelos quatro Estados ou Corpos representativos²⁴.

O que começou como um expediente provisório tornou-se um elemento permanente da Administração sueca. O tempo passou, a monarquia cedeu lugar à democracia representativa e o Parlamento passou a ter seu próprio supervisor da conduta administrativa²⁵.

Da mesma maneira que o rei tinha seu homem, o Parlamento tem atualmente o seu, como uma salvaguarda da indiferença dos funcionários com relação à lei. E como surgiu este *ombudsman* parlamentar (*Justitieombudsman*)?

Sua origem está em 1809 quando uma Constituição, apressadamente redatada durante um período de contenda doméstica e internacional – a guerra com a Rússia –, definiu novas relações entre o monarca e seus súditos.

Aponta Legrand que a criação do *ombudsman* em 1809 foi uma resposta à questão que se colocavam a maior parte dos países europeus no início do século XIX, acerca de qual deveria ser o regime substituto do absolutismo monárquico, que havia sido até então a forma de governo predominante²⁶.

A solução encontrada pela Suécia foi distinta da esboçada então pela Inglaterra, que se baseava simplesmente em um modelo parlamentar. O país escandinavo optou por uma solução muito original na Europa, mais em conformidade com suas tradições históricas: a instauração de uma sociedade burocrática deixando aos funcionários uma grande independência com relação ao poder real.

Entretanto, a própria desconfiança com relação à burocracia era uma forte tradição sueca, de modo que os constituintes decidiram amarrar esta burocracia independente do poder político, por uma espécie de *rule of law*²⁷.

23 GELLHORN, 1966, pp. 194-195.

24 GUILLÉN, 1981, p. 127.

25 GELLHORN, 1966, pp. 195.

26 LEGRAND, 1973, p. 853.

27 *Ibidem*.

Como o tradicional *ombudsman* carecia de independência do Governo para proteger os cidadãos, foi criado pela nova Constituição o *ombudsman* parlamentar, como meio de o Parlamento controlar a atividade do Rei²⁸ e de seu Conselho. Os direitos gerais e individuais seriam assim custodiados por um guardião nomeado pelo próprio Parlamento²⁹.

Durante todo o século XIX, a Suécia só conheceu uma figura de *ombudsman*, o J.O. Não obstante, em 1915 o Parlamento criou um *ombudsman* específico para controlar a atividade dos serviços de defesa, em todos os seus aspectos (jurídico, administrativo e financeiro). Assim, ao lado do *Justitieombudsman* (J.O.), que atua com relação à Administração civil, surge um *Militieombudsman* (M.O.), específico para assuntos militares. Uma tríade completou-se em 1967, quando o *Riksdag* (Parlamento) aprovou a criação de uma função compartilhada entre três *ombudsmen*³⁰.

Aqui se deve fazer um parêntesis para dizer que a atual Constituição sueca é de 1974 – a Lei de Instrumento do Governo, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1975 –. É uma das quatro leis fundamentais, juntamente com a Lei de Sucessões, a Lei de Liberdade de Imprensa e a Lei Fundamental de Liberdade de Expressão.

A Lei do Parlamento não é uma das leis fundamentais, mas ocupa uma posição entre as leis fundamentais e as leis ordinárias. As leis fundamentais têm prioridade sobre todas as outras leis, significando isso que as demais leis nunca podem entrar em conflito com as disposições das leis fundamentais.

Pois bem, na Lei de Instrumento do Governo, chega-se à atual delimitação do *ombudsman*. A Lei do Parlamento determinou, posteriormente, o número taxativo de quatro *ombudsmen*: Seriam eleitos pelo *Riksdag* com a finalidade de supervisionar a Administração pública (Cap. VIII, art. 10).

A designação destes *ombudsmen* – para um mandato de quatro anos sem possibilidade de reeleição, podendo ser demitidos a qualquer momento pelo Parlamento se não gozam de sua confiança –, ocorre através de um procedimento que se desenvolve em várias etapas, buscando evitar que um determinado partido político imponha algum nome.

28 Se bem que, segundo a atual Constituição sueca, de regime parlamentar, o rei é considerado politicamente irresponsável. Sua atuação não se submete à esfera de controle e vigilância do *ombudsman*, uma vez que não pode ser perseguido por razão de seus atos ou omissões. ARMAS, 2003, p. 72.

29 GUILLÉN, 1981, p. 128.

30 CORREIA, 1979, p. 29.

Ainda que a maioria dos *ombudsmen* eleitos tenham qualificação jurídica, esta não é uma condição de elegibilidade. O certo é que, uma vez designado, ao *ombudsman* não está permitido ocupar outro cargo, já que se busca sua máxima independência com relação à Administração.

Quanto a suas competências, o *ombudsman* parlamentar sueco tem um amplo espectro de atuação. Quase nenhuma atividade da Administração pública escapa da vigilância dos quatro *ombudsmen*³¹. Em resumo,

- a) Vigilam a atuação dos funcionários do Governo (tanto centrais como locais), os funcionários e outros empregados de ditas autoridades e das pessoas que estejam vinculadas ao exercício da autoridade pública (Lei de Instruções para os *Ombudsmen* Parlamentares [1986:765]);
- b) Recebem queixas dos funcionários em sua relação interna com a Administração;
- c) Supervisionam Juízes e Tribunais – com um limitado campo de ação sobre o Supremo Tribunal e o Supremo Tribunal Administrativo –, sem que sua atividade ponha em risco a independência dos mesmos, que estão obrigados a oferecer informações solicitadas pelos *ombudsmen*. Estes estão autorizados a estar presentes nas deliberações dos tribunais de justiça³².

Atua motivado por queixas do público em geral, que tem no *ombudsman* um meio de defesa nos casos de má administração ou inclusive de excesso no cumprimento dos deveres administrativos.

Como faz notar Armas a característica essencial que rodeia a atuação do *ombudsman* sueco é a ausência de formalismos³³.

Uma notável celeridade na tramitação das queixas e a ausência de custo para o administrado caracterizam também a atuação do *ombudsman*, que tem completa liberdade na direção e conclusão de sua atividade de controle.

A atuação do *ombudsman* sueco não anula nem revoga nenhum ato ou resolução administrativa, uma vez que não tem natureza jurisdicional. Entretanto, tem poder para apontar erros do funcionário administrativo e dar sugestões no sentido de corrigi-los ou eliminar o ato ilegítimo. Suas

31 Esta assertiva pode ser contrastada com as informações disponíveis na página web oficial do *ombudsman* parlamentar sueco. Disponível em: <http://www.jo.se/Page.aspx>.

32 ARMAS, 2003, pp. 72-73.

33 *Idem*, p. 73.

recomendações à Administração e aos funcionários, apesar de que não são coercitivas, são muito respeitadas e levadas em consideração. Exerce uma magistratura de persuasão.

Qualquer pessoa – não só os cidadãos suecos – pode submeter sua queixa aos *ombudsmen* parlamentares. Inclusive terceiras pessoas, que não tenham sido diretamente afetadas pela conduta administrativa objeto de reclamação, podem dirigir uma queixa aos *ombudsmen*.

As queixas devem ser escritas – inclusive em outras línguas que não o sueco –, e entregues por qualquer meio (diretamente em mãos da secretária do *ombudsman*; por telefax; correio; e-mail; etc.).

Ainda que não exista um limite absoluto de tempo para dar início a uma queixa, investigações de fatos ocorridos dois ou mais anos antes da reclamação não devem ser realizadas, a menos que haja fundamentos excepcionais para fazê-lo. Assim determina o art. 20 da Lei de Instruções para os *Ombudsmen* Parlamentares.

Pode também o *ombudsman* atuar de ofício, a partir de informações obtidas através dos meios de comunicações ou como consequência de outras investigações realizadas.

Deve apresentar, por escrito, um informe anual e exaustivo ao Parlamento, contendo suas decisões nos casos em que atuou.

Cabe assinalar, por último, que na Suécia existem, atualmente, outras instituições assimiladas àqueles quatro *ombudsmen*, como o *ombudsman antitrust*, o *ombudsman* da imprensa – a imprensa tem uma grande importância na Suécia, como se deduz do fato de ser a Lei de Imprensa uma das leis fundamentais do reino –, o *ombudsman* do consumidor e o *ombudsman* da igualdade de sexos³⁴. São nomeados pelo Governo e não pelo Parlamento, não sendo, assim, *ombudsmen* propriamente ditos, como faz notar Guillén³⁵.

5. Traços essenciais do *ombudsman*

O professor canadense Donald C. Rowat, um dos mais importantes expertos no tema, foi taxativo em sua obra – muitas de cujas páginas foram escritas por aqueles que exerceram as honrosas funções do instituto que

34 ARMAS, 2003, pp. 65-77.

35 GUILLÉN, 1981, p. 128.

aqui se estuda – ao enumerar os principais traços que deve ter um *ombudsman* para ser considerado como tal:

a) O *ombudsman* é um funcionário independente e não influenciado pelos partidos políticos, representante da legislatura, em geral estabelecido na Constituição, que vigila a administração;

b) ocupa-se de queixas específicas do público contra as injustiças e os erros administrativos;

c) tem o poder de investigar, criticar e dar publicidade às ações administrativas, mas não o de revogá-las.

Para evitar a confusão pública na discussão da idéia de *ombudsman*, o emprego do termo “*ombudsman*” deve, pois, restringir-se às instituições que tenham esta combinação única de características. De outra maneira pode-se esquecer a importância vital de uma ou mais destas características quando se proponham projetos chamados de *ombudsman*³⁶.

Assim, a representação parlamentar (ou do poder legislativo) – tomadas as devidas precauções em torno à garantia de seu não partidarismo –, é *conditio sine qua non* da independência do *ombudsman* a quem, ademais, deve ser assegurado o poder de investigação, até às últimas consequências (críticas e publicidade incluídas), de fatos concretos realizados pela Administração com prejuízo do administrado.

Já advertia aquele autor em 1968, quando escreveu o prefácio à segunda edição de sua obra, os perigos da popularidade da idéia de *ombudsman* para esta mesma instituição:

A própria popularidade crescente da idéia de *ombudsman* pode converter-se no pior de seus inimigos. Agora é provável que qualquer classe de funcionário que se encarregue de queixas ou apelações, em qualquer tipo de organização, seja erroneamente designado como *ombudsman*, para obter o apoio popular a suas atividades. É muito fácil perder de vista os três traços essenciais dos sistemas originais de *ombudsman*³⁷.

O atributo de essencialidade conferido por Rowat a umas determinadas características observadas no estudo dos *ombudsmen* escandinavos dão pro-

36 ROWAT, 1973, p. 39. [Tradução da autora deste artigo].

37 *Idem*, p. 38.

va, até hoje, de seu caráter fundamental, porquanto seguem sendo preservadas na delineação de novas instituições que, nas últimas décadas, têm sido previstas na ordem constitucional de diversos países democráticos europeus.

Da tríade exposta por Rowat se deduz a existência dos seguintes elementos constitutivos da peculiaridade do *Ombudsman*, que serão analisados a seguir com algumas referências a sua representação europeia – o *Ombudsman* Europeu, previsto no artigo 228 do Tratado de Funcionamento da União Europeia-TFUE³⁸ – pelo fato de que é uma das mais novas instituições deste tipo na Europa e resultado das contribuições da experiência exitosa dos Estados membros com seus respectivos *ombudsmen*³⁹:

I. Independência

O *Ombudsman* é um funcionário de qualidades destacáveis, que se encontra por cima das políticas de partido e que não se sujeita nem ao Governo nem ao Parlamento – nem ao Executivo nem ao Legislativo –. A eficácia de sua independência – o mais importante de seus traços essenciais – reside em seu fácil acesso aos cidadãos, em seus poderes de investigação, na

38 Art. 228 TFUE: “1. O Parlamento Europeu elegerá um *Ombudsman* Europeu, que será competente para receber as reclamações de qualquer cidadão da União ou de qualquer pessoa física ou jurídica que resida ou tenha seu domicílio social em um Estado membro, relativas a casos de má administração na ação das instituições, órgãos ou organismos da União, com exclusão do Tribunal de Justiça da União Europeia, no exercício de suas funções jurisdicionais. Instruirá estas reclamações e apresentará relatório sobre as mesmas. No desempenho de sua missão, o *Ombudsman* Europeu levará a cabo as investigações que considere justificadas, ou por iniciativa própria, ou sobre a base das reclamações recebidas diretamente ou através de um membro do Parlamento Europeu, salvo que os fatos alegados sejam ou tenham sido objeto de um procedimento judicial. Quando o *Ombudsman* Europeu tenha comprovado um caso de má administração, dará conhecimento do mesmo à instituição, órgão ou organismo interessados, que disporão de um prazo de três meses para expor sua posição ao *Ombudsman* Europeu. Este remeterá, em seguida, um relatório ao Parlamento Europeu e à instituição interessada. A pessoa de quem emane a reclamação será informada do resultado destas investigações. O *Ombudsman* Europeu apresentará, todos os anos, ao Parlamento Europeu, um relatório sobre o resultado de suas investigações. 2. O *Ombudsman* Europeu será eleito depois de cada eleição do Parlamento Europeu para toda a legislatura. Seu mandato será renovável. A pedido do Parlamento Europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia poderá destituir o *Ombudsman* Europeu se este deixar de cumprir as condições necessárias para o exercício de suas funções ou tiver cometido uma falta grave. 3. O *Ombudsman* Europeu exercerá suas funções com total independência. No exercício de tais funções não solicitará nem admitirá instruções de nenhum Governo, instituição, órgão ou organismo. Durante seu mandato, o *Ombudsman* Europeu não poderá desempenhar nenhuma outra atividade profissional, seja ou não retribuída. 4. O Parlamento Europeu fixará, mediante regulamentos adotados por iniciativa própria, de acordo com um procedimento legislativo especial, o Estatuto e as condições gerais do exercício das funções do *Ombudsman* Europeu, após parecer da Comissão e com a aprovação do Conselho”. BRU-SELAS, 2008. [Tradução da autora deste artigo].

39 MARIAS, 1994.

razoabilidade de suas opiniões nos casos que conheça e em sua habilidade para apresentá-los à atenção do público⁴⁰.

Desfruta o *ombudsman* de plena autonomia com relação ao Parlamento, que carece de direito a ditar-lhe diretrizes. Os relatórios referentes aos casos em que os *ombudsmen* intervêm são examinados por alguns dos comitês parlamentares, os quais, depois de estudá-los com diligência, emitem pareceres de opinião ao Parlamento, cujos membros podem discutir acerca do que o *ombudsman* deveria ou não fazer, nos diferentes casos.

Este, entretanto, submete-se unicamente à Lei e ao Direito, de modo que é fundamental para a sua atuação a existência de todas as garantias do império da lei (*rule of law*), pois em países que padecem de altos níveis de corrupção fracassa o *ombudsman*, devido à pressão excessiva por parte dos partidos políticos.

II. Representação da Legislativa

O *ombudsman* é um representante da legislatura, não do governo. É um agente do Parlamento, não do Executivo⁴¹.

Isto é particularmente importante no que se refere ao *Ombudsman* Europeu. Sua natureza – do *ombudsman* – fundamenta-se na aproximação do cidadão, do que deriva, no caso do *Ombudsman* Europeu, sua relação especial com o Parlamento Europeu, única instituição da União Européia cujos membros são eleitos pelos próprios cidadãos europeus⁴².

III. Previsão Constitucional

O *ombudsman* é um funcionário de alta categoria, devendo sua instituição estar prevista na norma fundamental do Estado, a Constituição. No caso do *Ombudsman* Europeu, previsto no Tratado de Funcionamento da União Européia, de sua importância decorre o fato de que, quando designado, deve prestar juramento perante o Tribunal de Justiça da União Européia, já que sua categoria se assimila à de um juiz desse tribunal e se lhe atribui imunidade quanto às atividades efetuadas no exercício de seu cargo⁴³.

40 ROWAT, 1973, pg. 373.

41 *Idem*, p. 371.

42 O autor chama a atenção para o fato de que a cidadania que serve de substrato à aparição do *ombudsman* não é a nacional, mas a “européia”. CARMONA Y CHOUSSEAT, 2000, p. 150.

43 *Idem, ibidem*.

IV. Vigilância da Administração

Sua principal atribuição é vigilar a situação dos funcionários públicos para defender os particulares contra o procedimento ilegal – por falta, excesso ou desvio – da administração pública. É também importante mencionar o fato de que a opinião pública, ao discutir os casos controvertidos que chamam sua atenção, exerce funções de controle e vigilância sobre o *ombudsman*.

V. Atendimento a Queixas do Público

Qualquer cidadão – e no caso da atuação do *Ombudsman* Europeu, qualquer residente de um Estado membro também – que se sinta afetado em decorrência da atuação – ou omissão – da Administração Pública, pode apresentar uma queixa ou reclamação, ao *ombudsman*, que decidirá, livremente e com independência, se a mesma tem justificação, merecendo uma investigação e se requer, neste último caso, algum tipo de ação corretiva. Em virtude do fato de que não pode revogar nenhum ato, esta ação corretiva será sugerida pelo *ombudsman* através de resoluções e recomendações.

VI. Atuação Contra Injustiças e Erros Administrativos

No dia a dia da atuação administrativa não é raro que ocorram erros e injustiças que, nos mais graves casos, são manifestações de uma postura insolente típica de detentores de cargos públicos naquelas sociedades em desenvolvimento onde a maioria da população, carente de educação, tem escassa consciência de seus direitos.

A atuação do *ombudsman* neste caso tem o condão corrigir a inclinação dos burocratas – alguns dos quais mostram uma atitude mais de superioridade do que de serviço⁴⁴ – de tomar decisões de acordo com seus caprichos e interesses pessoais, tendência que chega ao arbítrio e à ilegalidade.

Democracias mais maduras tampouco estão livres do atuar injusto e errôneo da Administração, e ali também não raras vezes os direitos individuais são violados – em busca da rapidez, da eficácia e do interesse público mais geral ou por mera desídia – exigindo a atuação do *ombudsman* para corrigir esses erros e procedimentos injustos.

44 ROWAT, 1973, p. 38

VII. Poder Investigatório

A atuação do *ombudsman* indica o desenvolvimento de uma atividade extraordinária, com visitas de inspeção onde seja necessário – aos tribunais, postos militares, prisões, etc. – ademais de inspeção às dependências administrativas, sempre acompanhado de funcionários auxiliares, conferindo ao responsável da má administração a oportunidade de ser ouvido. Também levam a cabo investigações de longo prazo que implicam estudos conscienciosos de reclamações ou queixas particulares de que tenham notícias pelos afetados, por terceiros ou que aparecem na imprensa – jornais, revistas, radio, etc. –.

VIII. Poder de Crítica e de Dar Publicidade

Embora não tenha o poder de revogar os atos objeto de sua investigação, é inerente à figura do *ombudsman* a liberdade e a independência para fazer críticas construtivas e dar publicidade a suas resoluções e recomendações.

Numa democracia, o público tem direito ao acesso legítimo à informação, tem “direito de saber”⁴⁵. Assim, mais até do que um “poder” de crítica e de dar publicidade, o *ombudsman* “depende” de suas críticas e da publicidade, mais que da revogação das decisões⁴⁶, para gozar do respeito e da alta consideração que necessita merecer do público para levar a cabo seu trabalho.

6. Anos sessenta: notícias do ombudsman chegam ao Brasil

Os ventos que sopravam nos anos sessenta do passado século, trazendo notícias de uma instituição inovadora no âmbito da proteção dos interesses do cidadão, não passaram despercebidos no Brasil. Em 1967, o professor Caio Tácito publicou um artigo – *O controle da administração e a nova Constituição do Brasil* – através do qual apresentava o *ombudsman* como

um comissário parlamentar, escolhido pelo Poder Legislativo, com atribuições especiais de acompanhar e fiscalizar a regularidade da administração civil ou militar, apreciando queixas que lhe sejam encaminhadas ou

45 *Idem*, p. 373.

46 *Idem*, p. 371.

realizando inspeções espontâneas nos serviços públicos. Os seus poderes são limitados, não exercendo competência anulatória, nem disciplinar ou criminal, mas, segundo o depoimento dos autores, a sua advertência ou a iniciativa de processos penais contribui expressivamente para a contenção dos abusos do poder administrativo⁴⁷.

Examinava o instituto como possível instrumento a ser utilizado na consecução do objetivo do art. 48 da nova Constituição brasileira, de 1967 (“A lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo e da administração descentralizada”). Entretanto, não estava totalmente convencido da bondade do instituto para o Brasil de então:

Parece-nos, no entanto, modelo apenas adequado a países de populações reduzidas e de apreciável índice educacional, com serviços administrativos altamente concentrados. Encaramos com ceticismo a transposição desse sistema, mais suasório do que coercitivo, diante das proporções de nossa estrutura territorial e administrativa, como de nossos hábitos políticos e administrativos⁴⁸.

Compreensível a desconfiança do jurista na eficácia do instituto em solo brasileiro, se se recorda que naquela época o país vivia uma ditadura, com extravagantes hábitos políticos e administrativos.

A Constituição de 1967 havia sido imposta pelos militares que, depois de fechar o Congresso nacional no ano anterior, reconvocaram-no para aprovar o novo texto constitucional. Este ampliava os poderes conferidos ao poder Executivo, principalmente em matéria de segurança nacional, e previa uma sucessão presidencial na qual o Legislativo exercia um papel subordinado.

A sucessão presidencial se realizava, de fato, no interior da corporação militar, com audiência maior ou menor da tropa, conforme o caso, e decisão final do Alto Comando das Forças Armadas. Na aparência, de acordo com a legislação, era o Congresso quem elegia o presidente da República, indicado pela Arena. Mas o Congresso, descontados os votos da oposição, apenas sacramentava a ordem vinda de cima⁴⁹.

47 *Apud*, DALLARI, 1979, p. 95.

48 *Ibidem*.

49 FAUSTO, 1994, p. 475.

Formado por um bipartidarismo imposto pelos militares, onde a Arena agrupava os partidários do governo e ao MDB estavam afiliados os políticos de uma debilitada oposição, o Poder Legislativo estava submetido ao Executivo.

A partir de finais de 1968, o país passaria a viver o momento mais duro da ditadura militar, sob os auspícios do Ato Institucional nº 5 (AI-5), instrumento que conferia poderes absolutos aos governantes.

Em tal situação um *ombudsman* – comissário indicado pelo Parlamento para fiscalizar o Executivo –, não tinha razão de ser, mesmo que parecesse possível sua existência, albergada por uma disposição constitucional como a do citado art. 48.

7. Defensor do povo: o malogrado *ombudsman* brasileiro

No início dos anos oitenta, com o prenúncio de uma abertura democrática, vozes solitárias se levantaram nas duas casas do Congresso, pedindo a instituição do *ombudsman* no Brasil.

Assim, da Câmara dos Deputados partiram pelo menos três propostas. Duas em 1981: uma do deputado Mendonça Neto – de criar uma Procuradoria Geral do Povo, através de emenda constitucional, para investigar as violações à lei e aos direitos fundamentais do cidadão – e outra de autoria do deputado José Costa, que propunha uma Procuradoria Geral do Poder Legislativo. A terceira, em 1984, quando o deputado Jonas Nunes tentou a instituição de uma Procuradoria Popular com a função de receber e apurar queixas ou denúncias de cidadãos prejudicados por atos da Administração.

A participação do Senado Federal ocorreu em 1983, com o senador Luis Cavalcante propondo o *ombudsman* como solução para a corrupção, e um ano depois, com a proposta do senador Marco Maciel, que queria uma Ouvidoria Geral⁵⁰.

Foram intentos vãos. Todos malograram. Entretanto, melhor momento viria para a proposição de tão egrégia figura, e em 1986, no seio da Comissão Afonso Arinos (Comissão Provisória de Estudos Constitucionais), batizada pela imprensa como comissão dos notáveis, gestou-se o projeto de instituição de um Defensor do Povo, que seria nomeado pela Câmara dos Deputados, com poderes de proteção das pessoas prejudicadas por

50 SILVA, 2007, p. 148.

atos abusivos de autoridades. O autor da inclusão de um verdadeiro *ombudsman* brasileiro no esboço constitucional foi Cândido Antônio Mendes de Almeida, um dos membros daquela Comissão.

Todo o arcabouço do anteprojeto quanto à questão dos Direitos Humanos deve-se à ação de um dos mais destacados membros da Comissão Afonso Arinos, o pensador católico Cândido Mendes, que tem conhecimento não só da teoria como da mais complexa prática nesse terreno. No auge da tortura praticada nos calabouços do AI-5, Cândido Mendes atuava na surdina e salvava vidas. Cumpria esta tarefa com a ajuda do cardeal Eugênio Sales, do Rio de Janeiro, mesmo em condições em que uma ínfima indiscrição do que faziam transformaria ambos em mitos. Foi ele o responsável pela inclusão no esboço constitucional da figura do “defensor do povo”, instituição presente em países como a Espanha e a Suécia⁵¹.

Segundo Miguel Reale, o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos era “um vastíssimo repertório de temas à disposição da Assembléia Constituinte para uma filtragem através da qual se poderá chegar à Constituição reclamada pelo país”⁵².

Pelo filtro da Assembléia Constituinte não ia passar o Defensor do Povo, como se verá. Vale a pena trazer a colação todo o articulado no qual aparecia a referência ao instituto, para que se veja o alto nível que o documento quis oferecer ao *ombudsman* brasileiro:

Art. 56 – É criado o Defensor do Povo, incumbido, na forma da 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:

51 REVISTA VEJA, 1986, p. 55.

52 *Ibidem*.

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 não 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.

Art. 57, § 1º – São privativos de brasileiro nato apenas os cargos de Presidente da República e Vice-Presidente da República, de Presidente da Câmara dos Deputados, de Presidente do Conselho de Ministros, de Presidente do Senado, de Presidente do Supremo Tribunal Federal e de Defensor do Povo.

Art. 170 – Compete privativamente à Câmara dos Deputados: VI – Eleger o Defensor do Povo.

Art. 278 – Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originariamente: a) nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, o Presidente do Conselho e os Ministros de Estado, os seus próprios Ministros, os Deputados e Senadores, o Procurador-Geral da República e o Defensor do Povo; i) os mandados de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, do Presidente do Conselho de Ministros, dos Ministros de Estado, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional da Magistratura, do Tribunal Federal de Contas, ou de seus Presidentes, do Procurador-Geral da República, do Defensor do Povo, bem como os impetrados pela União contra atos de Governos estaduais ou do Distrito Federal⁵³.

Deve-se acrescentar, também, que fazia parte das sugestões do Anteprojeto, a instituição de um sistema parlamentar de governo de estilo francês, com um presidente eleito pelo voto do povo e o presidente de um Conselho de Ministros, aprovado pela Câmara dos Deputados e que por ela poderia ser demitido, com a missão de dirigir a Administração federal. Assim, propunha-se o *ombudsman* em um Brasil parlamentar, sistema de governo mais adequado – embora não imprescindível⁵⁴ – para a existência daquela figura.

53 BRASIL, 1986.

54 O professor de Ciência Política da University of Pennsylvania Henri J. Habraham, que escreve um dos

Não obstante, por ocasião dos trabalhos da Assembléia Constituinte, que começaram no dia 1º de fevereiro de 1987, ainda que tenha havido algumas sugestões relacionadas à criação de um Defensor do Povo (Joaquim Haickel; José Santana; José Ignácio Ferreira y Alércio Dias), não se quis prever a existência de um *ombudsman* brasileiro.

Havia outros interesses em jogo, e é que o então Procurador Geral da República, Sepúlveda Pertence, que era um dos integrantes da Comissão Afonso Arinos, conseguiu influenciar os trabalhos da Constituinte através de um coeso *lobby* formado pelos membros do Ministério Público. Através da Carta de Curitiba, documento que apresentava as reivindicações da categoria profissional à Assembléia Nacional Constituinte, os promotores de todo o país pediam, entre outras coisas, a absorção, pelo Ministério Público, da função de *ombudsman* – sugerida pelo Anteprojeto Afonso Arinos –⁵⁵.

Em metade dos trabalhos da Assembléia Constituinte, denunciou o próprio Cândido Mendes graves regressões do texto constitucional com relação àquela sugestão da Comissão, chamando à recuperação da figura, antes que terminassem os trabalhos de escritura da nova Constituição:

Sumiu na proposta constituinte a figura do Defensor do Povo, transferindo-se para o Ministério Público a tarefa de escrutinar e promover a responsabilidade do abuso de poder de qualquer governante. Mas o arremedo mostra a irrecusabilidade da tarefa e ao mesmo tempo o quão impossível é trazê-la ao controle interno do sistema de poderes. Seu equilíbrio se rompe por esta supercompetência conferida aos procuradores, sem freio no exercício da função excrescente. Na prática, talvez, o risco se amortece pela própria dinâmica tépida da entrada em cena da moral da corporação, temperando o controle inovador — por mais desassombrados que sejam a vontade ou o caráter postos na tarefa. No jogo das regras do poder e ao contrário da homeopatia caseira, o símile não cura o símile. Réus e cérberos, gatos pretos ou

capítulos do livro de Donald C. Rowat, analisando então as vantagens da adoção de tal figura para os Estados Unidos – país com forma de Estado (federado) e sistema de Governo (presidencialismo) semelhantes aos do Brasil –, dizia: “Sob a fusão de poderes da forma parlamentar, onde o executivo é diretamente responsável perante a legislatura, o *ombudsman*, como agente do Parlamento, encontra-se em uma posição excelente para pressionar pela adoção de medidas ao mesmo tempo corretivas e profiláticas. Mas na forma norte-americana, ainda no caso de que o *ombudsman* fosse de igual maneira o agente do Congresso – como teria que ser –, a separação de poderes geraria novas complicações. Mas as mesmas não seriam insuperáveis”. In ROWAT, 1973, p. 310. [Tradução e grifo da autora deste artigo]

55 SILVA, 2007, p. 149.

pardos conhecem, enfatiados, todos os guizos no mundo da organização. E a presente redação da proposta não só evidencia a massa enorme, mal escondida no tapete da competência do Ministério Público. Entremostra o desvio de ótica que comprova a tese, enquanto só se fala de correções de abusos do poder governamental. Nada se diz sobre o pior deles que é, exatamente, a omissão das autoridades públicas protraídas cada vez mais na inércia burocrática, presas à sua estrita e imediata dinâmica de interesses. Claro — mostra a redação — a burocracia não vê a burocracia e o instituto que substitui a defensoria do povo nasceu já de boca torta.(...) Ainda é tempo de voltarmos ao defensor do povo. Sem carreiras nem mordomias nem reeleição. Escolhido pelo Congresso para um só desempenho. Apoiado no próprio despertar da sociedade, no trabalho universitário como alternativa do serviço militar — na flexibilidade e riqueza da iniciativa que é um dos segredos fundamentais da nova confiabilidade do poder na Espanha de Felipe González. Atua ali o instituto sem meias travas e a todo o risco⁵⁶.

Entretanto, não seria ainda na Constituição de 1988 que o Brasil entraria para o rol de países detentores de um verdadeiro *ombudsman*. E, já quase esgotado o tempo para o fim dos trabalhos da Constituinte, voltava a escrever Cândido Mendes:

Desperdiçamos a oportunidade de aproveitar o exemplo espanhol e acautelar-se a sociedade civil contra o Estado através de uma Defensoria do Povo para denunciar e processar abusos de poder, por fora da corporação governamental. Não demos o passo decisivo: a tarefa continua dentro da competência do Ministério Público⁵⁷.

Promulgada a Constituição Federal brasileira⁵⁸, de 5 de outubro de 1988, a questão do Defensor do Povo se dava por resolvida: ficaram nas mãos do Ministério Público as funções que se queria com o Defensor do Povo. A nova Constituição deixou inscritas, no art. 129, as funções às quais ficou reduzido o *ombudsman* brasileiro:

56 MENDES, 1987, p. 3.

57 MENDES, 1988, p. 3.

58 BRASIL, 2005.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Assim, decidia-se por um controle sujeito ao corporativismo, em lugar de um externo e isento de interesses de classe. Optava-se por um controle diluído por toda uma categoria profissional em lugar de concentrado em uma só pessoa com nível constitucional, eleita pelo Congresso (ou pela Câmara dos Deputados), como era a proposta do Anteprojeto.

O Ministério Público como defensor do povo parece não haver convencido. A ausência de uma real figura de *ombudsman* estimula a que se volte, uma e outra vez, a propor no Brasil a adoção do instituto, máxime quando a instituição foi adotada em praticamente todos os países à sua volta.

Sob a denominação de *defensor del pueblo*, está prevista a nível constitucional em grande parte dos ordenamentos latino-americanos – Guatemala, Colômbia, Paraguai, El Salvador, Peru, Argentina, México, Bolívia –, que seguiram o exemplo espanhol⁵⁹ da Constituição de 1978⁶⁰.

A obstinação na tentativa de fazer surgir um *ombudsman* no Brasil manifestou-se outra vez por ocasião da Revisão Constitucional de 1993.

Então, uma Emenda Aditiva do Partido Democrático Trabalhista-PDT propunha a inclusão, no Título II da Constituição (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), da “instituição definitiva no Brasil do ‘Defensor do Povo’”, com o objetivo de contribuir para o desmantelamento das diferentes formas de corrupção e dos abusos dos três poderes, ademais de servir de instrumento pedagógico no sentido de fortalecer a democracia e o exercício continuado da cidadania.

Nem é preciso dizer que a proposta não frutificou.

59 FIX-ZAMUDIO, 1997, pp. 601-603.

60 Esta, em seu art. 54, dispõe que “uma lei orgânica regulará a instituição do *Defensor del Pueblo*, como alto comissionado das Cortes Gerais, designado por estas para a defesa dos direitos compreendidos neste Título [“Dos direitos e deveres fundamentais”], a cujo efeito poderá supervisionar a atividade da Administração, prestando contas às Cortes Gerais” (Constitución Española, 1978) [Tradução da autora deste artigo]. A lei em referência é a Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

8. I excesso para encobrir uma carência: demasiados ouvidores

Ainda que existam no Brasil uns organismos aos quais os cidadãos podem dirigir-se para fazer reclamações acerca de má administração, não possuem os traços essenciais indicados pela mais autorizada doutrina jurídica acerca do *ombudsman*.

Desde os anos oitenta, mais especificamente a partir de 1986, as ouvidorias⁶¹ públicas, instituições que se dizem similares ao *ombudsman*, começaram a ser criadas no Brasil.

Nos anos noventa, com as privatizações das empresas de serviços públicos e o início de uma liberalização de atividades econômicas como as de energia elétrica, telecomunicações, transportes, bancos e outras, novas ouvidorias surgiram em organismos federais.

Tendo aparecido de maneira casuística e descentralizada, há ouvidorias dos mais variados modelos, tantas quantas são as autoridades públicas de cuja decisão emana sua criação. É óbvio, assim, advertir que resultaria impossível realizar em um trabalho como este uma análise detalhada de todas as peculiaridades que os distintos modelos de ouvidoria apresentam. O que se faz aqui é chamar a atenção para alguns pontos relevantes que de forma geral configuram este *corpus* de ouvidores brasileiros.

Em alguns casos, há um único ouvidor-geral (prefeituras, quase sempre). Na esfera federal os ouvidores pertencem a específicos órgãos da Administração.

Nos Estados-membros da Federação, as distintas ouvidorias tendem a organizar-se nas chamadas “redes de ouvidores”, que podem chegar a um número tão impressionante como o de quase 180 no Paraná onde, no ano 2000, havia 112 ouvidores do Estado integrados a outros 67 pertencentes aos municípios⁶².

No Estado de São Paulo, uma lei promulgada em 1999 (Lei 10.294, de 20 de abril) criou ouvidorias em todos os órgãos da Administração com pontos de contato diretos com o público, assim como nas entidades prestadoras de serviços públicos.

61 O termo “ouvidor”, na verdade não é uma novidade no Brasil, havendo sido instituída uma função de “Ouvidor-Geral” durante o período durante o qual o país era colônia de Portugal. Servia aos interesses da metrópole, com a finalidade de garantir a aplicação da lei portuguesa em território brasileiro.

62 SPECK *et al.*, [Questionnaire], 2001, p. 19.

A quantidade e diversidade destas ouvidorias – desenhadas em conformidade com o gosto de cada Administração pública, sem responder aos essenciais critérios definidores do conceito de *ombudsman* – torna difícil sua categorização como *ombudsman*.

Primeiro, por que, como se há visto, é uma característica do *ombudsman* o depósito de suas funções em uma única pessoa ou, como máximo, em uns poucos homens e mulheres que compartilham entre si, sob a chefia de um deles, umas competências descentralizadas (os quatro *ombudsmen* suecos atuais).

Os demais argumentos contra a consideração dos ouvidores como verdadeiros *ombudsmen*, desenvolvem-se a seguir:

a) O ouvidor não goza de independência. Em geral é suscetível de demissão *ad nutum*, significando isso que sua permanência no cargo está submetida à vontade da autoridade que lhe nomeou – uma única autoridade, não um grupo, como é o caso da demissão do *ombudsman*, que depende da perda da confiança de todo ou da maioria do legislativo –.

É duvidosa a independência do ouvidor em casos nos quais, como ocorre no Estado de São Paulo (art.1º das Disposições Transitórias da Lei 10.294, de 20 de abril de 1999), as ouvidorias têm sua composição definida em atos regulamentares dos chefes do Executivo e do Ministério Público. Está o ouvidor, assim, em uma posição de submissão, ademais de ao Executivo, ao Ministério Público? Fica a pergunta.

b) Não se pode defender a idéia de que o ouvidor está isento da influência do poder político, quando na grande maioria dos casos não dispõe de proteção legal contra o arbítrio de quem lhe nomeia para o cargo. Um dos primeiros ouvidores brasileiros, o de Santos, um município do Estado de São Paulo, foi demitido por discrepâncias com o Executivo⁶³.

c) Ao contrário do *ombudsman*, que tem que ser, e é, um representante do Legislativo, as ouvidorias respondem em sua grande maioria ao Executivo. São constituídas e mantidas pelas próprias Administrações – do Executivo e em alguns casos do Legislativo e Judiciário – para receber queixas contra seus erros e omissões. Funcionam como um controle interno da Administração pública. Entretanto, “o símile não cura o símile”, já dizia, com razão, o pai do Defensor do Povo brasileiro.

63 *Ibidem*.

d) O ouvidor não está estabelecido na Constituição, como uma autoridade com alto *status* como é o caso dos *ombudsmen* da *Commonwealth*, dos *ombudsmen* dos países europeus (incluído o *ombudsman* da União Européia, estipulado pelo Tratado da União Européia, de Maastricht) ou dos *ombudsmen* dos países latino-americanos, derivados do *Defensor del Pueblo* espanhol. Não há previsão constitucional para as ouvidorias. E, em geral, tampouco estão elas previstas em leis. A maioria dos ouvidores tem sua existência fundada em meros decretos executivos.

9. Conclusão

O fato de que não se reconheça nem o Ministério Público – em cumprimento das funções do art. 129 da Constituição Federal – nem as ouvidorias (tampouco os *ombudsmen* da imprensa ou dos consumidores) como *ombudsmen*, não obsta a que se tenha por legítimo o importante papel que desempenham, na realização de suas atividades, em prol da sociedade brasileira.

Entretanto, o que se conclui é que tais institutos não substituem a figura do *ombudsman* (ou do Defensor do Povo, para utilizar a denominação que se quis, um dia, para a configuração brasileira), desprovidos que estão dos traços considerados pela doutrina jurídica como definidores do mesmo e que, longe de serem meras formalidades, constituem-se em características essenciais ao desempenho das funções para as quais foi moldado o *ombudsman*.

Não cabe dúvida de que a reforma política que há muito o país espera, é fundamental para preparar um ambiente adequado à existência de um *ombudsman* legislativo. Exercendo este uma magistratura de persuasão, não é questão banal a exigência de um Legislativo que goze do respeito e respaldo dos cidadãos, no momento de escolher e nomear um Defensor do Povo.

Referências bibliográficas

- ARMAS, Pedro Carballo. *El Defensor del Pueblo: el “Ombudsman” en España y en el derecho comparado*. 1ª ed. Madrid: Tecnos, 2003.
- BRASIL. *Anteprojeto constitucional*. Elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Brasília: Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, (Suplemento especial ao nº 185), 26 set. 1986.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRUSELAS. *Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, Diario Oficial de la Unión Europea, C 115, 9 mai. 2008.
- CARMONA Y CHOUSSAT, Juan Francisco. *El Defensor del Pueblo Europeo*. 1ª ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000.
- CONSTITUCIÓN Europea y Constitución Española (1978). 1ª ed. Madrid: La Ley, 2004.
- CORREIA, Fernando Alves. *Do Ombudsman ao Provedor de Justiça*. 1ª ed. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1979.
- CORTE-CABALLERO, Gabriela Dalla. La vuelta al globo: Condiciones de la expansión de la figura del ombudsman en el mundo a partir de la segunda Guerra Mundial. *Scripta Nova: Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Barcelona, n. Extra 4 (69), 2000.
- COULANGES, Fustel. *La ciudad antigua*. Traducción de J. Petit y A. Vilá. 1ª edición en español. Madrid: Plus Ultra, 1947.
- DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das empresas públicas. *Revista de administração de empresas*, São Paulo, v. 19, n. 3, pp. 87-98, jul./set. 1979.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13ª ed. São Paulo: Edusp, 1994.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. Garantías de los derechos. Control judicial. Amparo. Ombudsman. La protección jurídica de los derechos humanos en Latinoamérica: habeas corpus, amparo y ombudsman. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; CLAVERO ARÉVALO, M.; (Dir.), *El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Cívitas Fundación BBV, 1997, pp. 601-633.
- GELLHORN, Walter. *Ombudsmen and others: citizen's protectors in nine countries*. 1ª ed. London: Harvard University Press, 1966.
- GUILLÉN, Victor Fairen. Normas y notas sobre el "Ombudsman" de Suecia. *Revista de estudios políticos*, n. 21, pp.127-152, mai./jun. 1981.
- KERBER, Nathalie Marguerite. *L'Ombudsman Israélien*. 1ª ed. Paris: Éditions A. Pedone, 1975.
- LEGRAND, André. Une Institution Universelle: L'Ombudsman? *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 25, pp. 851-861, 1973.
- MARIAS, Epaminondas. *The European Ombudsman*. 1ª ed. Maastricht: European Institute of Public Administration, 1994.
- MENDES, Cândido. *O gato comeu o defensor do povo*. São Paulo: Folha de

- São Paulo, 24 nov. 1987.
- MENDES, Cândido. *Igreja, ordem e esperança na Constituinte*. São Paulo: Folha de São Paulo, 26 ago. 1988.
- MORTATI, Constantino. *L'Ombudsman: (Il difensore civico)*. 1ª ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1974.
- OTERO, Antonio Viñas. Del tribunos plebis romano al defensor del pueblo (Ombudsman). *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 3, pp.942-949, jul./set. 1984.
- PADIAL, Mercedes Vera. Notas sobre la adaptación del ombudsman a los ordenamientos de las comunidades autónomas. *Autonomies: Revista catalana de derecho público*, n. 19, pp. 9-24, 1994.
- REIF, Linda C. *The Ombudsman, Good Governance and the Internacional Human Rights System*. 1ª ed. Leiden: Martines Hjhoff Publishers, 2004.
- REVISTA VEJA. *Um baú de idéias*. São Paulo: Abril, Ed. 942, 24 set. 1986.
- ROWAT, Donald C. *El Ombudsman: El defensor del ciudadano*. Traducción de Eduardo L. Suárez. 1ª ed en español. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.
- SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. Defensor do povo: contribuições do modelo peruano e do instituto romano do tribunato da plebe. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 30, pp.146-155, jan./jun. 2007.
- SILVEIRA, Luis. El Defensor del Pueblo en Portugal. *Revista de estudios políticos*, n. 60-61, pp. 661-698, abr./set. 1988.
- SPECK, Bruno Wilhelm; ABRAMO, Cláudio Werber; FIGUEIREDO, Marcelo. *Integrity Systems: Report on Brazil*. São Paulo: Transparencia Brasil, 2001.
- THE PARLIAMENTARY Ombudsmen. Estocolmo, The Parliamentary Ombudsman, 2005. Apresenta informações sobre o Ombudsman Parlamentar sueco. Disponível em: <<http://www.jo.se/Page.aspx?Language=en>>. Acesso em: 27/03/2010.
- TIME. *Great Britain: The Grievance Man*. New York: Time, 27 jul.1959.

Recebido em setembro/2009

Aprovado em fevereiro/2010