

PAULO DA VEIGA MOREIRA

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA - FDV
CURSO DE MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

**OUVIDORIA PÚBLICA: DEMOCRACIA E DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada como requisito para a conclusão de curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais Constitucionais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, tendo como orientador o Professor Aloísio Krohling.

VITORIA - 2009

PAULO DA VEIGA MOREIRA

OUVIDORIA PÚBLICA: DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada como requisito para a conclusão do Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em _____/_____/_____

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Aloísio Krohling - Orientador
Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Ao Poder Superior pelo dom da vida, pois só Ele me concede esse milagre.
À minha esposa Mara Janaína, aos meus filhos Diogo, Igor e Caio, aos meus
enteados Luan e Yasmin, aos meus sobrinhos Bruno, Higuina e Ana Zita, pelo
carinho e tolerância nos momentos de ausência.
Aos meus pais José Moreira e Zita da Veiga e aos irmãos Fio, Tarcísio, Maria e
Luiz, que já partiram para a glória do Senhor - a saudade ficou, mas o meu
consolo é todo dia dizer...amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Prof. Aloísio Krohling pela sua paciência e dedicação comigo nos momentos difíceis, por vezes deixando suas ocupações habituais e momentos de lazer junto da família, para mostrar-me os caminhos a serem percorridos em busca dos objetivos a serem consumados neste trabalho.

Aos membros das bancas de qualificação e de defesa que prontamente aceitaram o desafio de participar como examinadores, dando uma contribuição inigualável ao meu crescimento acadêmico.

Aos professores do Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), pelos ensinamentos e dedicação.

Aos colegas de turma pelos inesquecíveis momentos que passamos juntos, marcados pela cordialidade e respeito.

Ao meu amigo e colega do Ministério Público e da Fundação Universidade Federal do Amapá – UNIFAP Prof. Nicolau Eládio Bassalo Crispino, pela sua grandiosa contribuição ao prefaciar o livro Justiça e Libertação – A Dialética dos Direitos Fundamentais do qual sou coautor.

Aos meus colegas do Ministério Público do Amapá e aos professores da Fundação Universidade Federal do Amapá (UNIFAP) pelo incentivo que sempre dispensaram ao meu crescimento acadêmico.

A Faculdade de Direito de Vitória (FDV), pela oportunidade de realização do Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais.

“Somos ideólogos da democracia ao mesmo passo que juristas das causas constitucionais. E o somos para defender com denodo a soberania deferida ao povo, a soberania popular e nacional, que é o princípio de nosso sistema, o axioma cardeal da organização política, econômica e social da nação”.

PAULO BONAVIDES

RESUMO

A consolidação da democracia no Brasil se principia com a Constituição Federal de 1988. Uma nova sociabilidade política surge nas décadas de 1970 e 1980 em virtude dos movimentos sociais de setores da sociedade, motivando uma transformação no modelo e funções do Estado e da sociedade civil, com participação mais coletiva e solidária. Isso porque as pessoas começaram a ter mais consciência de seus direitos, buscando cada vez mais informações sobre eles e os entes públicos encarregados de garanti-los e defendê-los. Com o fortalecimento da democracia participativa na Europa e na América Latina, abre-se caminho para a criação de canais entre o cidadão e o poder público, mediante mecanismos importantes de participação popular. Entre tais mecanismos, o *Ombudsman* é criado na Europa, incentivando sua criação na América Latina. No Brasil Colônia se criou o Ouvidor, mas como defensor da coroa e, até o início dos anos mil novecentos e oitenta foi tido como o defensor dos interesses da Administração Estatal e nunca do cidadão, usuário do serviço público. Embora a Constituição de 1988 não tenha contemplado no seu texto a instituição Ouvidoria, ela abre margem à existência necessária da mesma, ante o dever da Gestão Pública de observar os princípios contidos no art. 37 e a possibilidade do cidadão, usuário dos serviços públicos, hoje mais consciente de seus direitos, participar da Gestão Pública com reclamações, denúncias, críticas e sugestões quanto aos serviços públicos. Mas, para isso, criada a Ouvidoria Pública, a escolha do Ouvidor Público deve ser feita com a participação da sociedade civil, sob o olhar da democracia participativa, o que lhe daria a condição de autônomo estrutural e funcional e independência na sua atividade. Assim, respeitam-se os princípios constitucionais do Estado de Direito Democrático, reprimindo a prática atual que constitui cooptação política e não contempla a participação da sociedade civil, retirando a autonomia estrutural, funcional e a independência do Ouvidor no exercício de suas atribuições.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania, Democracia, Ouvidoria, direitos humanos fundamentais.

ABSTRACT

The consolidation of the democracy begins in Brazil with the 1988 Federal Constitution. A new political sociability appears in the seventy and eighty decades in virtue of the social sector movements of the society, motivating transformation in the model and functions of the state and civil society, with more collective and solidary participation. This because the people started to have more conscience of their rights, searching each time more information about them and the public agents in charge of guaranteeing them and defending them. With the reinforcement of the participative democracy in Europe and Latin America, opens path to the creation of canals between the citizen and the public power, by means of important mechanisms of popular participation. Between such mechanisms, the Ombudsman is created in Europe, having stimulated its creation in Latin America. In Brazil Colony was created the ombudsman, but as the crown's defender and, until the beginning of the eighties was considered as the defender of the interests of the State Administration and never of the citizen, user of the public service. Although the 1988 Constitution hadn't contemplated in its text the institution ombudsman, it opens way to the necessary existence of the same one, before the duty of the Public Management to observe the principles contained in art. 37 and the possibility of the citizen, user of the public services, today more conscious of their rights, to participate of the Public Management with claims, reports and suggestions as of the public services. But, for this, created the ombudsman, the choice of the ombudsman must be made with the participation of the civil society, under the eyes of the participative democracy, what would give the ombudsman his condition of structural and functional autonomous worker and independence in his activity. Thus the constitutional principles of the Democratic State of Right are respected, restraining the current practice that constitutes political aggregations and does not contemplate the participation of the civil society, removing the structural, functional autonomy and independence of the ombudsman in the exercise of his attributions.

KEY WORDS: Citizenship, Democracy, Ombudsman, Fundamental Human Rights.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal
CDC – Código de Defesa do Consumidor
FDV – Faculdade de Direito de Vitória
MPE – Ministério Público Estadual
MP – Ministério Público
ONU – Organização das Nações Unidas
ABO – Associação Brasileira de Ouvidorias/*Ombudsman*
CGU – Controladoria Geral da União
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
CC – Código Civil
FMI – Fundo Monetário Internacional
CPC – Código de Processo Civil
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil
PROCON – Órgão de Proteção e Defesa do Consumidor
ACP – Ação Civil Pública
ONG – Organização Não – Governamental
UNIFAP – Fundação Universidade Federal do Amapá

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA.....	19
1.1 Dignidade da pessoa humana.....	19
1.2 Cidadania.....	27
1.3 Soberania Popular.....	40
2 DEMOCRACIA E GESTÃO PÚBLICA.....	45
2.1 Democracia Representativa e Democracia Participativa.....	45
2.2 Direito Fundamental de acesso à Gestão Pública.....	60
2.3 Princípios ético-administrativos e Políticos do Modelo de Gestão Pública.....	69
2.4 Espaço Público e Sociedade Civil.....	80
2.5 Republicanismo e Ética Pública.....	87
3 OUVIDORIA PÚBLICA E OUVIDOR PÚBLICO.....	93
3.1 Ouvidor Público no Brasil.....	93
3.2 Ouvidor Público – defensor dos direitos fundamentais perante a Gestão Pública brasileira.....	99
3.3 Ouvidoria Pública como mecanismo para assegurar os direitos humanos fundamentais.....	105
3.4 Autonomia e independência do Ouvidor Público - modelo não democrático no Brasil.....	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	126
REFERÊNCIAS.....	129

INTRODUÇÃO

A nova sociabilidade política que se instalou no Brasil a partir das décadas de 1970 e 1980 foi uma conquista de todos os setores sociais que, ardorosamente combateram o regime militar implantado com a Revolução de 1964. Essa sociabilidade apresenta vários instrumentos de participação popular que foram inseridos no ordenamento jurídico nacional, entre eles, a instituição da Ouvidoria Pública, como um meio de acesso do cidadão à Gestão Pública na defesa de seus direitos, possibilitando-o a fazer denúncias, reclamações, críticas e sugestões, visando a melhoria na qualidade dos serviços públicos.

Contudo, o instituto da Ouvidoria Pública não foi contemplado na Constituição Federal de 1988 e, somente integra o texto de algumas Constituições Estaduais, como uma conquista da sociedade civil na luta por maior participação popular nas decisões a serem tomadas conjuntamente, baseadas no relacionamento entre o Estado e o cidadão, usuário dos serviços públicos.

A partir de então, o modelo de Estado e suas funções se transformaram com o surgimento de outras demandas e manifestações, com participação da sociedade civil, de forma coletiva e solidária, buscando dar cumprimento aos princípios consagrados numa Constituição Federal editada sob um novo paradigma, o do Estado de Direito Democrático. É um novo constitucionalismo baseado em princípios ético-filosóficos e políticos desse novo modelo de Estado, em que o cidadão busca os seus direitos pela participação popular, com o exercício pleno da democracia e da cidadania.

Ao lado de outros instrumentos de participação popular na gestão do Estado próprios de consultas populares como o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa popular de lei e do Orçamento Participativo, Conselhos Gestores e de Fiscalização de Políticas Públicas, estão as Ouvidorias Públicas. Esses instrumentos servem para inibir a corrupção, a prestação de serviços públicos de má qualidade e, proporcionam maior transparência ao funcionamento do Estado, aumentando a eficiência e moralidade na Gestão Pública.

A necessidade de gestão conjunta e fiscalização nas atividades estatais incentivou e ainda incentiva a criação de ouvidorias nas instituições públicas e, se destaca como um fenômeno, expandindo-se com enorme velocidade nos espaços públicos, recebendo e apurando críticas, reclamações, denúncias, e até fazendo recomendações, orientações e proposições de medidas corretivas necessárias para o aperfeiçoamento dos serviços prestados à população. Constituem importantes canais práticos, desburocratizados e de acesso fácil para todos os usuários dos serviços públicos, consumidores e a sociedade em geral.

Esses mecanismos de participação popular são adotados pela Gestão Pública como ponto de apoio no processo de modernização de suas unidades. A finalidade é elevar o nível de eficiência e eficácia na prestação dos serviços públicos que possam satisfazer as pretensões sociais, buscando recuperar e consolidar a sua imagem perante a sociedade, mediante a melhoria da qualidade de seus serviços.

A Ouvidoria Pública como um importante canal prático, direto, sem burocracia e de acesso fácil para todos os usuários dos serviços públicos, consumidores e a sociedade, no exercício de suas atribuições, é uma forma de limitar o poder do Estado pelo direito, para que todos possam agir de acordo com as previsões contidas no ordenamento jurídico. É uma necessidade para o controle público sobre as políticas públicas e as instituições e um elo entre os direitos humanos e democracia, esta entendida como o regime político da soberania popular e do respeito integral, proteção, reconhecimento e promoção dos direitos humanos.

Para que a sociedade civil e o Estado sejam cooperados na realização de atividades voltadas para o desenvolvimento social e humano, é preciso que a Ouvidoria Pública seja eficaz no controle da atividade estatal para evitar, diminuir ou constranger os abusos e excessos cometidos pelo ente público que deve agir de acordo com os princípios ético-administrativos e políticos da moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, contidos no art. 37 da Constituição Federal.

O instituto da Ouvidoria Pública no ordenamento jurídico brasileiro é o reflexo do crescimento da democracia participativa que aproxima o cidadão da Gestão Pública, atuando como agente indutor no processo de participação popular, ampliando o exercício da cidadania pela participação no processo de implantação das políticas públicas.

Por ser esse canal direto, sem burocracia entre o cidadão, usuário do serviço público e o Estado, a Ouvidoria Pública não é apenas um escritório de atendimento à população, mas, uma unidade administrativa, um órgão que, como tal, deve responder à altura com suas atribuições. O seu titular, o Ouvidor Público, no exercício de suas funções deve ter prerrogativas para agir com autonomia e independência, características próprias de uma Ouvidoria Pública autônoma e democrática, legitimada para a defesa do cidadão, usuário dos serviços públicos que, hoje é colocado como protagonista central da *práxis* política.

Por isso, não se pode continuar, na prática governamental como vem acontecendo, a falta de autonomia e independência do Ouvidor Público como titular da Ouvidoria Pública. Com atuação autônoma e independente é a própria sociedade agindo, por ser o Ouvidor Público o seu porta-voz nos órgãos públicos. O processo de nomeação do Ouvidor Público deve ser democrático, com participação da sociedade, a fim de que seja legítimo defensor do cidadão. A democracia participativa é a própria sociabilidade política hoje no país. É inarredável dos princípios do Estado de Direito Democrático, “inviolável e invulnerável como a liberdade e o desenvolvimento”¹ .

Aqui reside o problema que se busca investigar, podendo ser traduzido na seguinte questão: A legislação infraconstitucional e a prática governamental na escolha do Ouvidor nos órgãos estatais no Brasil contemplam a participação da sociedade civil, representando, de fato, a efetivação radical, isto é, voltar às

¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa – por um direito constitucional de luta e resistência – por uma nova hermenêutica – por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.9.

raízes da práxis coletiva da democracia participativa na Gestão Pública, conforme os princípios do Estado de Direito Democrático?

Assim, o objetivo geral é investigar os procedimentos atuais de escolhas dos Ouvidores Públicos e as práticas políticas das Ouvidorias Públicas nos órgãos estatais brasileiros, a fim de verificar se isto representa, de fato, a democracia participativa da sociedade civil, a partir de suas raízes comunitárias e fundamentadas no princípio fontal da dignidade da pessoa humana e dos princípios rizomáticos do direito à vida, à igualdade, à liberdade e à alteridade-fraternidade, pilares dos princípios constitucionais fundamentais a serem desenvolvidos do decorrer deste trabalho.

Os objetivos específicos são explicitados na apresentação dos três capítulos a seguir.

Para a análise do problema, será feita uma abordagem em três capítulos intitulados: Capítulo I – Princípios Constitucionais Fundamentais da República; Capítulo II – Democracia e Gestão Pública e, Capítulo III – Ouvidoria Pública e Ouvidor Público.

Inicialmente, no primeiro capítulo – Princípios Constitucionais Fundamentais da República será feita uma análise dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, cidadania e soberania popular, como de importância fundamental para uma nova hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais, dividindo o capítulo em subitens.

O princípio da dignidade humana será abordado como princípio fontal, originário, ontológico da pessoa humana de acordo com a teoria fenomenológica de Heidegger, na explicação de que teoria e prática são possibilidades ontológicas na sua fundamentação. O respeito que se expressa pela ética como cuidado está na raiz e na constituição do ser humano.

O princípio da cidadania será analisado de acordo com sua evolução histórica até chegar à consolidação na Constituição Federal de 1988, fazendo

abordagem do termo cidadania, de acordo com a teoria de Theodor Marshall, sustentando que não se limita somente aos direitos de nacionalidade e políticos, mas também aos direitos sociais e outros direitos, que levam o cidadão a ser um membro completo da sociedade.

Mostrará que, na atualidade, a participação do cidadão na Gestão Pública é direito a ter direitos de cidadania exercitados em todos os espaços ou esferas públicas, inclusive nas Ouvidorias Públicas e que se desenvolve de acordo com a evolução democrática. A cidadania também constitui um dever do cidadão.

O princípio da soberania popular será analisado como práxis do cidadão consciente na necessidade de participar da Gestão Pública, como membro do povo, titular do poder, como agente controlador das atividades estatais. Será mostrado que esse princípio expressa a democracia como sistema de governo exercido pelo povo para atender os seus interesses e, que com a democracia a soberania se relaciona em sua essência. Além disso, o princípio surgiu para garantir ao povo o poder de autogovernar, exercendo o poder de forma direta ou indireta.

No segundo capítulo - Democracia e Gestão Pública serão analisados os subitens: a Democracia Representativa e Democracia Participativa; o Direito Fundamental de acesso à Gestão Pública; os Princípios ético-administrativos e Políticos do Modelo de Gestão Pública; o Espaço Público e Sociedade Civil e, o Republicanismo e Ética Pública.

Na abordagem sobre Democracia Representativa e Democracia Participativa, serão analisados: a evolução histórica da democracia, a origem do termo, a crise do modelo liberal de democracia representativa ou indireta a partir dos anos de 1980 e 1990, as diferenças entre elas e a necessidade de uma Democracia Participativa de acordo com a Teoria Constitucional da Democracia Participativa de Paulo Bonavides.

Há também a necessidade de se buscar espaços onde os novos sujeitos, numa dinâmica de alteridade um com o outro, com a comunidade e com o poder

político, na afirmação de Antônio Carlos Wolkmer, possam buscar soluções para os problemas sociais, as carências e o reconhecimento de seus direitos.

Na abordagem do Direito Fundamental de acesso à Gestão Pública, procurar-se-á primeiramente desenvolver o conceito de Gestão Pública, como estrutura organizada formada pelo Estado e pela sociedade. Depois será demonstrada a necessidade de se ter um ordenamento jurídico forte, inclusive um Constituição forte, para que sejam efetivados os direitos fundamentais, entre eles o de acesso à Gestão Pública, especificamente por meio das Ouvidorias Públicas. Direitos que foram conquistados depois de muitas lutas até à edição da Constituição Federal com bases estruturantes no Estado de Direito e no Estado Democrático.

Na abordagem dos Princípios ético-administrativos e políticos do modelo de Gestão Pública serão abordados os princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal, dando ênfase aos princípios da moralidade, legalidade e, ao mais novo, o princípio da eficiência que pela Emenda Constitucional nº19 de 4 de junho de 1998, passou a integrar o referido dispositivo. Esses princípios, aliados à ética, submissos ao princípio fonte da dignidade da pessoa humana, norteiam o atuar da Gestão Pública, o que será demonstrado.

Na abordagem sobre Espaço Público e Sociedade Civil será demonstrado que, diante dos novos movimentos sociais, do surgimento de novos sujeitos sociais, o Estado se viu obrigado a criar novos espaços públicos onde a sociedade civil, com ele e com a comunidade, possa discutir os problemas sociais e buscar as soluções.

Far-se-á uma abordagem do que é “público” e do que é “privado”, para estabelecer a diferença entre o espaço ou esfera pública onde se encontram a sociedade civil e a Ouvidoria Pública, do espaço ou esfera estatal, onde se encontra o Estado e espaço ou esfera privada, onde se encontra o mercado.

Na abordagem sobre Republicanismo e Ética Pública será demonstrada a necessidade de voltar a viver o modelo republicano, onde o indivíduo busca a

felicidade e o bem comum como uma busca coletiva, idéias trazidas desde Aristóteles e, que, a ética na política é essencial para uma vida em sociedade. Será ainda sustentado que a realização do bem comum é preciso que o cidadão seja livre e, ser livre é poder participar dos destinos da sociedade, tendo em vista o caráter emancipador do republicanismo. Para isso, é preciso que o povo tenha poder soberano, o poder em que, todos os cidadãos possam agir em prol da realização do bem comum.

No terceiro capítulo – Ouvidoria Pública e Ouvidor Público serão abordados em quatro subitens os temas centrais do trabalho intitulados: Ouvidor Público no Brasil; Ouvidor Público – defensor dos direitos fundamentais perante a Gestão Pública brasileira; Ouvidoria Pública como mecanismo para assegurar os direitos humanos fundamentais e, Autonomia e independência do Ouvidor Público – modelo não democrático no Brasil.

Sobre o Ouvidor Público no Brasil, será feita uma análise do surgimento da figura do Ouvidor Público, inicialmente como *Ombudsman* na Europa, a origem do termo, e a entrada na agenda nacional tanto no setor privado como previsto no Código de Defesa do Consumidor e, depois, no setor público desde o Brasil império até os dias atuais.

Será demonstrado também que, na Gestão Pública, a criação de Ouvidorias Públicas tem se tornado um fenômeno nos dias atuais, expandindo-se em grandes proporções nos espaços públicos desde 1986 quando se consolidou como canal de acesso direto, sem burocracia, do cidadão à Gestão Pública, mesmo sem que tenham sido contempladas na Constituição Federal de 1988.

Sobre o Ouvidor Público como defensor dos direitos fundamentais perante a Gestão Pública brasileira, será demonstrado que, no Brasil, desde a concepção do *Ombudsman*, modelo sueco, representante do cidadão perante o governante e perante as empresas no setor privado, como previsto no Código de Defesa do Consumidor – CDC se tem considerado o Ouvidor Público como defensor do cidadão.

Sobre a Ouvidoria Pública como mecanismo para assegurar os direitos humanos fundamentais, inicialmente será feita uma abordagem sobre os direitos humanos, suas dimensões, suas concepções na contemporaneidade, especialmente sobre o aspecto sociológico, como origem da vontade soberana do povo, muito antes da criação do Estado e como um processo de construção constante. Entre os instrumentos que lhes garantem está a Ouvidoria Pública, porque hoje em dia não se tem como falar em direito das pessoas se não for na concepção de direitos humanos.

Sobre a Autonomia e independência do Ouvidor Público como modelo não democrático no Brasil, será demonstrado que, como defensor do cidadão, o Ouvidor Público deve ter autoridade moral, equilíbrio, ética e, principalmente, imparcialidade no exercício de suas atribuições, sem qualquer submissão à autoridade fiscalizada. O modelo no Brasil é não democrático, pois, não há participação da sociedade civil, por meio de conselhos ou outras formas democráticas na indicação do Ouvidor Público. Ele é sempre escolhido entre servidores do próprio quadro da instituição pública ou indicado em cargo em comissão, diretamente vinculado à autoridade fiscalizada.

Todo o trabalho se focalizará nos elementos informadores diretamente ligados ao tema Ouvidoria Pública, Gestão Pública e Direitos Fundamentais, com suporte teórico no neoconstitucionalismo e nos princípios ético-administrativos, filosóficos e políticos do novo modelo de Estado de Direito Democrático, levando-se em consideração a Teoria da Democracia Participativa de Paulo Bonavides e o conceito mais amplo de cidadania proposto por T. H. Marshal, além de outros importantes autores com temas adstritos à matéria tais como, Antônio Carlos Wolkmer, Daury César Fabríz, Aloísio Krohling e outros.

A metodologia a ser utilizada será a histórico-dialética, uma vez que o tema envolve avanços e recuos, progressos e retrocessos, contradições sócio-econômicas, analisados a partir do conceito de cidadania, dos direitos fundamentais e humanos, e o embate democrático entre Estado, mercado e sociedade.

A dinâmica da história dos direitos humanos fundamentais se realiza no entrelaçamento de fatores econômicos, políticos, sociais, o que mostra a trajetória histórico-dialética das lutas entre sociedade civil e o mercado e, onde o direito avança exigindo a transformação do perfil do Estado Absolutista para um Estado Liberal, deste para o Estado Providência e, finalmente para o Estado Social.

Será evidenciado que a trajetória histórica das lutas sociais da Sociedade Civil pressionará o Estado Autoritário a tornar-se um Estado de Direito Democrático. Nesse contexto, os direitos humanos fundamentais se constituirão em processos culturais libertadores, obrigando o próprio direito que tinha se “encastelado” na segurança jurídica do normativismo positivista a cumprir uma função emancipatória ou libertadora como defendem Boaventura de Souza Santos e Enrique Dussel.

Importa analisar a evolução histórica das Ouvidorias, os procedimentos de indicações de seus titulares, as transformações da sociabilidade política, do modelo e funções do Estado e da sociedade civil. Feito o estudo da parte teórica, será a mesma confrontada com a prática, buscando, no final, o seu aperfeiçoamento. A pesquisa será apoiada com suporte de estudos de casos, consultas em legislações e procedimentos administrativos em órgãos públicos, artigos, teses, pareceres, monografias, costumes e jurisprudência.

Assim, procurar-se-á demonstrar que, o atual modelo de escolha dos Ouvidores é antidemocrático e anterrepblicano. Procurar-se-á, também, contribuir para o aprimoramento da compreensão acerca da necessidade da participação popular na escolha dos Ouvidores como modo de proporcionar, por procedimento democrático, o exercício pleno da cidadania, corolário do Estado de Direito Democrático.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA

1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antes de falar sobre princípio, mister se faz fazer algumas considerações sobre o que significa “dignidade”, que, para grande parte dos filósofos e juristas, o seu conceito foi elaborado paulatinamente no decorrer da história, e atingiu seu ápice como valor supremo, assim considerado nos sistemas jurídicos, já no final do século passado, depois das duas grandes Guerras Mundiais, principalmente após a última quando o ser humano foi relegado a coisas absolutamente descartáveis.

A dignidade não diz respeito a saber se uma pessoa é má ou boa, porque, ela nasce com a pessoa, é inerente a ela, à sua essência. Para conceituá-la, foi preciso que o ser humano passasse por todos os tipos de ofensas, de agressões contra a própria natureza humana e, realizadas pelo outro. Portanto, a dignidade do homem está no *poder ser*. Assim também a humanidade. Tanto a dignidade do homem quanto a humanidade para Martin Heidegger estão em seu *poder ser* e *poder ser* é esperança e liberdade. Para o grande fenomenólogo e existencialista da Universidade de Freiburg, em suas considerações a respeito da dignidade como essência do ser humano, “o ser do ente representa o sendo a qualidade do humano que a pessoa apresenta. A essência, o que algo é *was-sein* e existência, o fato de alguém ser *das-sein*”²

A Ética, que Heidegger identifica com o cuidado, está na raiz e na constituição do ser humano, princípio fontal, originário, ontológico da pessoa humana, o que Heidegger explicará como teoria e prática que são possibilidades ontológicas na sua fundamentação fenomenológica:

Enquanto totalidade originária de sua estrutura, o cuidado(a cura) a se acha, do ponto de vista existencial a priori, “antes” de toda atitude e situação da pre-sença, o que sempre significa dizer que ela se

² HEIDEGGER, Martin. *Sobre o problema do ser*. O caminho do campo. São Paulo, SP: Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 9, n. 114 1, p. 95-114, jan./jun. 2009 - ISSN 1677-6402. Livraria Duas Cidades, 1969.

acha *em* toda atitude e situação de fato. Em consequência, esse fenômeno não exprime, de modo algum, um primado da atitude “prática” frente à teórica. A determinação meramente contemplativa de algo simplesmente dado não tem menos o caráter do cuidado do que uma “ação política” ou a satisfação do entretenimento. “Teoria” e “prática” são possibilidades ontológicas de um ente cujo ser deve determinar-se com cuidado³.

De acordo com M.Heidegger, no texto citado, o saber cuidar ou a atitude ética que não se confunde com moral ou conduta cultural ou normativa é um fenômeno ontológico existencial fundamental. A ética seria a teoria ou a filosofia da moral. Portanto, a composição de uma pessoa humana é considerada como *ente e ser*, que, ainda segundo o autor “esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo presença (Dasein)”⁴.

O existencialismo heideggeriano se caracteriza pelos modos fundamentais de ser do ente humano (*dasein*), que não se separa do mundo, vive com as coisas, ao que chama de *ser-junto*. O ente humano é aquele ser que compreende a si mesmo, e se revela no cotidiano, no mundo e junto com os outros, o *ser-com*, formador do mesmo espaço comum das pessoas entre si e com as coisas. Nessa relação do ser com outro ser, surge a preocupação como *alter*, o outro, o cuidado que unifica todos os entes existenciais.

Ao nascer a pessoa, a dignidade já nasce com ela. Contudo, a pessoa cresce, se desenvolve física e psiquicamente, se manifesta, é um ser inteligível e dotada de razão, que a diferencia do animal irracional, merecendo, pela dignidade, respeito em suas ações, em suas intimidades, em sua imagem, em seus atos, em sua escolhas, enfim, em tudo que diz respeito à dignidade. É um ser social, e como tal, pelo simples existir, independentemente da condição social que se encontra, é racionalmente digno, não se admitindo qualquer discriminação. Existe uma diferença entre as palavras gregas *zoo* e *bios*, a

³ HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*, parte I. Petrópolis: Ed. Vozes, 1989. pp. 243.

⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte I*, SCHUBACK, Marcia Sá Cavalcante. (Trad.). 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p.33.

primeira significando *vida em geral*, referindo-se aos animais e a segunda referindo-se à *vida dos homens*. O nazismo reduziu os judeus a não-cidadãos, a animais que deveriam ser sacrificados.

A dignidade humana, no dizer de Peter Häberle possui seus indícios no modo por meio do qual o ser humano chega a ser “pessoa”, considerando como sujeito de direitos e de deveres, próprios da dignidade. Assim o autor afirma que:

Nesta senda de idéias é que ensina há que se partir da tese de que o conjunto dos direitos de tipo pessoal, por um lado, e os deveres, por outro lado, devem permitir ao ser humano chegar a ser pessoa, sê-lo e seguir o sendo. Nesta garantia jurídica, específica dos âmbitos vitais do **ser pessoa**, da identidade, encontra na dignidade humana seu lugar central: e o modo pelo qual o ser humano chega a ser pessoa nos oferece indícios do que seja a "dignidade humana"⁵.

Até mesmo o pior dos criminosos tem dignidade, embora seus atos não sejam dignos por faltar com respeito consigo mesmo e com seus semelhantes. Mas, com ele também nasceu a dignidade que faz parte, portanto, de sua essência.

Não pode ser considerada a dignidade como algo relativo, por ser garantida por um princípio, que vem do conceito grego “arché” ou princípio primordial da dignidade da pessoa humana, que é essência do ser humano. É essência de todo e qualquer cidadão do mundo, e o maior valor que firma os direitos humanos.

No dizer de Flávia Piovesan, no âmbito do direito internacional, o princípio da dignidade humana é dotado de elevada carga axiológica, afirmando:

(...) percebe-se a elaboração de textos constitucionais aberto a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana. Daí a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido⁶.

⁵ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional* - estudo introdutório. In: Diego Valádes, Tradução e Índices: Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 1 ed., 2001, pp. 169-170.

⁶ PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá: 2006, vol. 1. pp. 17-18.

Por isso que a autora destaca o valor da dignidade da pessoa humana como imposição, como núcleo básico e informador de todos os ordenamentos jurídicos do mundo, cujos ordenamentos servem de critérios de valoração para orientar a interpretação e compreensão de todo e qualquer sistema normativo, principalmente o interno de cada país.

O Professor Aloísio Krohling, único capixaba presente na Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas em Viena, ocorrida de 14 a 25 de Junho de 1993, que reuniu delegações de 171 países de tradições culturais diferentes dá o seguinte testemunho:

A questão da universalidade foi muito debatida, mas o que mais chamou a atenção na Conferência de Viena, foi o resgate da questão ética da dignidade da pessoa humana, que se tornou um elemento homeomórfico entre as várias culturas ali representadas. O diálogo intercultural e diatópico, com ênfase na dignidade, avançou nos trabalhos temáticos dos grupos de estudo, apesar de não aparecer nos relatórios finais, pois em documentos oficiais, sempre se dá prioridade ao conteúdo e não ao processo democrático dos atores presentes ao evento⁷.

É imperioso dizer que esse princípio se inclui como o mais importante entre os princípios ético-jurídicos do sistema, assim considerado não só pelo aplicador do direito, “mas para todas as atitudes e condutas de agentes públicos ou particulares”⁸. É que os princípios ético-jurídicos devem ser levados em consideração, eis que, são os princípios norteadores de todo ordenamento jurídico e se aplicam como uma máxima do universo ético-jurídico em todas as situações alcançadas pelas normas jurídicas. Assim, descem do patamar onde se encontram para a aplicação imediata e concreta em casos reais.

Mas, os princípios se diferem das normas porque, como normas de otimização, todo o sistema a eles se subordina, cabendo ao intérprete, na aplicação ao caso concreto, estabelecer a ordem fundamental, porque, hoje os princípios são integrados ao sistema jurídico como prevê a teoria do direito contemporâneo.

⁷ KROHLING, Aloísio (Org). *Justiça e libertação: a dialética dos direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2009, p.31.

⁸ *Ibidem*, p. 21.

Como afirma Ingo Sarlet, que:

a teoria do direito contemporânea, ao expandir o seu objeto de estudo da norma para o ordenamento jurídico, terminou por incluir nele espécie de norma que antes sequer era considerada também no conceito de norma até então corrente. E é precisamente nessa 'nova espécie' de norma que se irá incluir aquela de direitos fundamentais, bem como, juntamente com elas, outras, dotadas da mesma 'fundamentalidade', mas que não conferem direitos, nem configuram outra qualquer situação jurídica⁹.

Embora estejam os princípios abstratamente no plano mais alto que as normas jurídicas, não significa que inincidem nos casos concretos. Se aplicam também no plano da realidade, porque, se a eles estão subordinadas as normas jurídicas e se elas se aplicam à realidade, logo, também eles se aplicam concretamente. A própria norma jurídica, por exemplo, especificada no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC)¹⁰, e no art. 126 do Código Processo Civil (CPC)¹¹, determina que, nos casos de omissão ou quando o Juíz, alegando lacuna ou obscuridade da lei, se nega a sentenciar, caber-lhe-á recorrer à analogia, aos costumes e aos *princípios gerais do direito*.

A Constituição, como ápice do sistema de normas é real, eis que produzida por pessoas reais num contexto histórico e social e sob bases principiológicas, buscando contornar todas as garantias necessárias para atingir seus objetivos, sempre colocando a dignidade da pessoa humana como princípio original e como patamar da concretização dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana como princípio-fonte, se sustenta na experiência histórica da humanidade e na sua evolução dialética, repleta de conflitos, contradições, avanços e recuos. A miséria, o analfabetismo, a falta de

⁹ SARLET Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 p.60.

¹⁰ Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e também com os princípios gerais do direito.

¹¹ Art. 126 do Código de Processo Civil: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

atendimento à saúde, a falta de moradia, de saneamento básico, as guerras, a exploração pelo colonialismo ainda assolam a humanidade. São as contradições sociais, políticas e econômicas que fazem parte do cenário conjuntural.

O ser humano, inserido na história e na cultura de cada povo e estado-nação, não escapa das próprias idiosincrasias e contradições entre a luta pela humanização e as contracorrentes à cidadania e democracia, que provocam a desumanização. Segundo Celso Lafer, “os direitos humanos fundamentais são continuamente construídos, desconstruídos e reconstruídos”¹².

O ser humano só veio a tomar consciência de que a dignidade da pessoa humana, o respeito ao ser humano, a ética nas relações humanas, é uma conduta a ser adotada, depois da 2ª Guerra Mundial, já na metade do século XX, portanto, após os horrores do holocausto, uma verdadeira atrocidade contra a humanidade.

Contudo, aos trancos e barrancos, a história foi mudando, o mundo se transformando, e vieram as revoluções silenciosas, os movimentos sociais ou “novos movimentos sociais¹³, autônomos e independentes, sem submissão”¹⁴, como diz Wolkmer, para que uma nova sociabilidade política ocorresse e, o ser humano, passasse a ser o centro de atenção do arcabouço ético-jurídico. A dignidade da pessoa humana passa a ser intangível, porque cada ser humano se torna, dentro da constituição, igual ao outro e luta pela liberdade e solidariedade.

¹² LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p 63.

¹³ Expressão que Antônio Carlos Wolkmer utiliza, significando o mesmo que “movimentos sociais” entendidos como “sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de “institucionalização”, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais”. (Ver em: *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Alfa - Omega, 2001, p. 122).

¹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Alfa - Omega, 2001, p. 147.

A dignidade da pessoa humana é um princípio-fonte que, embora esteja, como mencionado anteriormente, no ápice de todo o arcabouço ético-jurídico, deve sempre descer do trono mais alto que está colocado para vir a tornar-se eficaz na realidade concreta, jurídica e social.

A realização concreta dos direitos fundamentais é diretamente ligada ao respeito à dignidade da pessoa humana que, a há muito tempo deixou de ser apenas um conceito do direito natural, com sua essência buscada na razão divina e na razão humana como pensavam os filósofos e teólogos dos períodos clássico e medieval. É um princípio para se tornar ligado à vida, à história e ao dia-dia do cidadão. Assume na contemporaneidade uma “proposição autônoma, do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais”¹⁵.

O respeito à dignidade da pessoa humana associa-se ao respeito à diversidade, pois cada ser humano possui qualidades intrínsecas e distintivas. Um conceito do princípio-origem da dignidade da pessoa humana é formulado por Ingo Wolfgang Sarlet assim:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁶.

Esse princípio-fonte demonstra com clareza que, o respeito ao ser humano, o respeito às diversidades, pelo fato de ser portador de um complexo de direitos e deveres, sobreleva a dignidade humana. Cada um é responsável pela construção de uma sociedade justa em que, o Estado e a sociedade, compartilhados em Gestão Pública, promovam o respeito e garantia dos direitos de todos a uma vida digna.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Op. cit., p.231.

¹⁶ SARLET Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. Op. cit., p. 60.

A Constituição da República Federativa do Brasil¹⁷, promulgada em 1988, adotou no seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado de Direito Democrático, ficando claro a valorização do ser humano e que o Estado existe em função da pessoa humana não como o meio, mas como o fim da atividade estatal. É o principal direito fundamental garantido na Carta Magna. A dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional, o princípio de comando a ser considerado pelo aplicador e intérprete dos direitos e das garantias fundamentais. A igualdade é um princípio que, para a maioria dos autores, serve para concretizar, em sua plenitude, o princípio da dignidade da pessoa humana.

É um princípio que surge reforçado na promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sob a urgente necessidade de que o mundo se tornasse mais fraterno depois dos horrores da segunda guerra mundial, onde o ser humano foi considerado um objeto descartável. Esse princípio:

Constitui um princípio edificado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, originário da idéia da necessidade de que o mundo seja mais fraterno ou solidário. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e são dotados de razão e consciência, devendo agir uns para com os outros em espírito e fraternidade, conforme consta do artigo 1º dessa declaração. Todas as constituições após a Segunda Guerra Mundial são promulgadas sob o fundamento da dignidade humana, colocando, assim, o ser humano em primeiro plano como fez a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁸.

Como fundamento da República Brasileira e do Estado de Direito Democrático, só chegou a ser assim considerado, depois de todo processo evolutivo de positivação, desde os primórdios das considerações do direito natural, da teologia, da metafísica, da dogmática positivista, até chegar a ser reconhecido entre os princípios que a nova hermenêutica jurídica o colocou.

¹⁷ Art. 1º, III da Constituição Federal de 1988: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - **a dignidade da pessoa humana**; IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - O pluralismo político.

¹⁸ MOREIRA, Paulo da Veiga. O acesso a uma ordem jurídica justa na reserva indígena do Uaçá. In: KROHLING, Aloísio. *Justiça e libertação: a dialética dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 189.

Por isso, como afirma Paulo Bonavides “é ele o ponto de chegada na trajetória concretizante do mais alto valor jurídico que uma ordem constitucional abriga”¹⁹. Assim, está no topo do arcabouço ético-jurídico, da hierarquia das normas, princípios e normas jurídicas, o mais valioso, posto que, é a força da unidade da constituição. É o fio condutor da tessitura da efetivação dos direitos humanos fundamentais.

A participação popular na Gestão Pública, por exemplo, de fato é mais compatível concretização do princípio originário da dignidade da pessoa humana, pois, é ela participando, decidindo sobre seu destino e dos seus semelhantes. Possibilitar o acesso à Gestão Pública por meio das Ouvidorias Públicas é, acima de tudo, dar primazia ao valor da dignidade humana como paradigma e referencial ético, orientador do constitucionalismo contemporâneo.

1.2 CIDADANIA

Para que se tenha uma resposta fundada em um conceito mais amplo do que seja cidadania, é preciso analisar o sentido do termo bem além de um conceito tradicional, há muito tempo formulado por sociólogos que sempre procuraram adequar a expressão no sentido de nacionalidade do indivíduo e de sua qualidade de pessoa portadora de alguns direitos políticos.

Durante décadas sociólogos e filósofos dos mais renomados procuraram dar sentido ao termo cidadania. Entre os sociólogos, busca-se uma sistematização do conceito de cidadania em textos e artigos de Theodore Marshall no idos de 1846 a 1860. Destaque para o texto “Cidadania e classe social” de 1849, onde trata a cidadania como uma medida de igualdade que deve existir na sociedade que é composta por indivíduos desiguais, motivo pelo qual, “havendo mais cidadania, mais igualitárias se tornam as sociedades”²⁰.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa. Op. cit., p. 232.

²⁰ MARSHALL, T. H. *Cidadania e classe social*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p. 62.

Para Theodor Marshall, a cidadania constitui “um conjunto de direitos além dos direitos de nacionalidade e políticos que levam o cidadão a ser um membro completo da sociedade”²¹, titular de direitos civis, políticos e sociais, cuja universalidade produz a igualdade, ainda que subsistam as desigualdades. Define cidadania “como um processo dividido em etapas”²². Os direitos civis dizendo respeito às liberdades individuais – liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de ir e vir, liberdade de escolher um trabalho, uma ocupação, ser proprietário, etc., estabelecidos a partir do século XVIII. Os direitos políticos dizendo respeito aos direitos das pessoas se organizarem em associações, partidos políticos, votarem e serem votadas, etc., emergidos a partir do século XIX, estendendo-se cada vez mais a outros segmentos da sociedade. “Os direitos sociais dizendo respeito do direito à educação, ao trabalho, à saúde, à cultura, à segurança, ao lazer, etc., estabelecidos como conquista do século XX”²³.

Historicamente, a cidadania na cidade de Atenas era privilégio dos “bem nascidos”, os gregos adultos, detentores de propriedades. A idéia de cidadania limitava-se a eles, uma vez que as mulheres, os estrangeiros, as crianças, os escravos não eram considerados como tais.

Mas, é na Grécia, berço da democracia, embora utopicamente considerada pelo simples fato de votar e ser votado, é que se principia a idéia de “cidadão”, integrante do povo, detentor do Poder Político. Segundo Daury César Fabríz, “é na Grécia de Sócrates, Platão e Aristóteles que a política começa a ser pensada do ponto de vista conceitual, dando significado aos jogos que envolvem a busca pelo poder”²⁴. Prossegue o autor:

Política vem de *polis* (cidade). É pela cidade, lugar de vida excelente, que Sócrates dá sua vida em nome da *ordem cívica* e do *governo das leis*. Para Platão, o homem da *polis* – o cidadão – tinha por tarefa primordial assegurar e manter a ordem geral da cidade. Para

²¹ *Ibidem*, p. 57.

²² DANTAS, Humberto. *Introdução à política brasileira - Democracia e cidadania: consciência e participação*. São Paulo: Paulus, 2007, p.15.

²³ *Ibidem*, p 63.

²⁴ FABRIZ, Daury Cesar. *Direitos e garantias fundamentais: cidadania, democracia e acesso à justiça*. (Org.) ALMEIDA, Eneá de Stutz. Vitória: Fundação Boiteux – 2006, p. 16.

Aristóteles, o indivíduo deveria preferir a vida de cidadão, ativa e prática, onde a constituição (*politéia*) ideal é a que assegura ao indivíduo esse modo de vida mais desejável²⁵.

Embora Sócrates, Platão e Aristóteles divulgassem sua filosofia no melhor estilo para a sociedade helênica, nem de longe, poder-se-ia dizer que “era uma sociedade sem contradições ou mesmo um modelo de democracia em que o mundo contemporâneo pudesse se espelhar”²⁶, mesmo porque, a escravidão era permitida, a igualdade e a liberdade eram apenas sonhos para mulheres, crianças, estrangeiros e escravos. A cidadania era, portanto, excludente, tendo em vista que cidadão que “a expressão cidadão indicava apenas o membro ativo da sociedade política, isto é, aquele que podia participar das decisões políticas”²⁷.

Para os romanos, “a cidadania *ciuitas* era conceito ligado à cidade e ao Estado. Cidadania, cidade e Estado eram conceitos próximos, sendo que essa idéia surge do cidadão, do homem livre, que vem antes da organização estatal”²⁸.

Na Idade Média, a idéia de cidadania é dissipada com a criação dos feudos em que, seus proprietários, os senhores feudais eram agora grandes latifundiários que dominavam os servos que prestavam serviços nas suas glebas. Durante o feudalismo não se permitiu a realização dos direitos iguais, fundada num tratamento igual entre todas as pessoas. A distribuição do poder era desigual, razão pela qual, “consolidou-se, na construção do Estado Moderno, a idéia de que os homens têm por natureza direito à liberdade e igualdade, sendo isso garantido também num pacto social formado entre os homens”²⁹.

Na Idade Moderna, a concepção de direitos individuais surge em virtude da formação de duas classes distintas: a do rei e a dos burgueses, emergindo o regime Absolutista em que o Rei detém poderes ilimitados e mantém o seu

²⁵ *Ibidem*, p. 16.

²⁶ *Ibidem*, p. 17.

²⁷ DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 82.

²⁸ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 240.

²⁹ QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. *Constituições brasileiras e cidadania*. São Paulo: Ática, 1987. p.23.

reino com os pesados impostos. Procura dar apoio político à burguesia que, com isso, fica cada vez mais rica. Essa classe burguesa impõe um projeto social como nova classe emergente alicerçada em um “novo *status*: não mais o *status* servil caracterizador do período medieval, marcado pela desigualdade institucionalizada em estamentos ou ordens, mas o *status* da cidadania civil”³⁰.

Esse é um período importante para o desenvolvimento da idéia de cidadania, agora não só em virtude do reconhecimento dos direitos civis e políticos, mas já, a sociedade engajada no reconhecimento de outros direitos emergentes, os direitos sociais a serem compartilhados, historicamente vinculados ao surgimento do discurso dos direitos humanos.

Contudo, não é só entre os romanos e gregos que a cidadania é privilégio de alguns, porque essa realidade se apresenta também após as revoluções burguesas que reconheceram apenas alguns cidadãos capazes de exercê-la, valendo citar:

A cidadania, então, representa o exercício de direitos. Segundo tese arendtiana a cidadania é o direito a ter direitos. No pensamento de Hannah Arendt, cidadania é a consciência que o indivíduo tem do direito a ter direitos. Mas, a cidadania é excetuada, composta por cidadãos atuantes e excluídos. Essa realidade não se verifica apenas na Grécia e Roma. As Revoluções burguesas, que deram ensejo à cidadania liberal, também se caracterizaram como excludentes, pois somente os cidadão de determinada camada social podiam exercê-la³¹.

A Idade Contemporânea no século XVIII se inicia dando azo ao Estado de Direito em que, “todos são iguais perante a constituição”³², anunciando que o ser humano é sujeito de direitos e que, os ideais da Revolução Francesa, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, passam a influenciar as mentes

³⁰ CORREA, Darcísio. OLIVEIRA, Janassana Indiará Almeida. *Cidadania, biodiversidade e identidade cultural na reserva indígena do guarita - A questão da cidadania na reserva indígena do guarita*. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 25.

³¹ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. Op. cit., p. 241.

³² Art. VII da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH: Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

humanas sobre a possibilidade de existência de uma sociedade justa e igualitária, onde não haja discriminação ou incitamento a ela.

A partir de então, se processa um grande avanço no conceito de cidadania com a promulgação das primeiras constituições. Ampliam-se os direitos humanos fundamentais para alguns segmentos esquecidos como as mulheres, os trabalhadores sem posses, os analfabetos, os grupos étnicos, etc., numa clara demonstração de que, no estado moderno, o discurso da cidadania, historicamente, encontra “sua gênese sob a hegemonia do estado liberal-constitucional, no estado capitalista moderno, estando vinculado primeiramente, ao princípio da igualdade formal, apanágio da ideologia liberal”³³.

A burguesia, no modelo liberal, explora, por necessidade de mão de obra, o trabalho humano, sob a proteção do próprio Estado que lhe serve, guardando-lhe, inclusive, a propriedade. O capitalismo sobrepõe à classe pobre, porque dela se alimenta, a pobreza é seu sustento, e daí, a existência da exploração no trabalho.

Aos poucos, no século XVIII, primeiro na Inglaterra, depois nos outros países europeus, seguindo a evolução da industrialização e início das organizações sindicais, aparecem as primeiras greves, quebra-quebra de máquinas e pequenos avanços na luta contra a jornada de mais de quatorze horas de trabalho. As conquistas são paulatinas e a ritmo de tartaruga. Como enfatiza Vera R. Pereira de Andrade:

Sendo definido inicialmente pela igualdade perante a lei e pela titularidade dos direitos civis, o discurso da cidadania vai tendo seu conteúdo paulatina e conflitivamente ampliado, para incorporar também direitos políticos e sócio-econômicos, na medida em que o fenômeno da industrialização – do crescimento industrial – vai tornando a sociedade moderna cada vez mais complexa, especialmente a partir do século XIX³⁴.

³³ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p.62.

³⁴ *Ibidem*, p.9.

O século XIX é marcado por um processo em que a cidadania, portanto, se amplia em face da ampliação dos direitos humanos fundamentais já insertos em várias constituições tão logo ocorridas a primeiras revoluções modernas, a exemplo do direito de voto e de ser votado estendido para grupos até então excluídos como as mulheres, trabalhadores, jovens, analfabetos etc. Em fins deste século, ampliam-se os direitos sociais como, o direito à saúde, educação, salário justo, previdência social, condições d'ígnas de vida, etc., os quais, a partir do século XX propiciam ao ser humano, vítima das desigualdades sociais, a possibilidade de participar da vida política e social.

Num contexto histórico, ainda que diferenciados, os direitos civis, políticos e sociais, compartilhados entre eles “se vinculam ao surgimento do discurso dos direitos humanos, na forma de direitos de cidadania”³⁵. Os direitos humanos refletidos na idéia de liberdade e igualdade, fundamentais no Estado Moderno, em face da ascensão do capitalismo.

O cidadão passa a trabalhar em busca de benefícios sociais, liberdade e igualdade. Essa busca sempre foi uma meta e uma luta do ser humano, um exercício de cidadania em que jamais agiu isoladamente. Isso porque, a sociabilidade é uma condição humana. O ser humano, que é político por natureza sempre procura sua realização em conjunto com os demais. Ele não consegue viver sem a presença de outro, como bem enfatiza Hannah Arendt, que: “nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos”³⁶.

Essa sua necessidade de viver em comunidade o torna participante da vida política e social da nação, constituindo verdadeira demonstração de que a cidadania é inerente à democracia e à participação política, mesmo porque “a democracia se constrói em dois pilares institucionais, que são os partidos

³⁵ CORREA, Darcisio. OLIVEIRA, Janassana. Op. cit., p. 25

³⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. (Trad.) RAPOSO, Roberto. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 31.

políticos e a sociedade civil”³⁷, e só ocorre a partir do momento que é praticada, pois,

(...)se exterioriza pelas decisões políticas nos municípios, Estados ou nas comunidades onde o indivíduo vive. A cidadania é o desdobramento da liberdade e soberania do povo garantidas pela Constituição Federal. A democracia se constrói praticando³⁸.

Portanto, cidadania e democracia não se dissociam. Guardam entre si uma relação umbilical. Historicamente, a democracia só se conhece a partir do momento em que é plenamente exercida, pois, “a humanidade não conhece uma só experiência de aperfeiçoamento democrático que não consista em sua prática”³⁹. Por isso que, a cidadania se desenvolve com a evolução democrática, razão pela qual se pode dizer que “ela é o foco para onde converge a soberania popular”⁴⁰. E, “sem democracia não há possibilidade de haver cidadania, a cidadania é exercida no espaço público, por indivíduos conscientes”⁴¹.

A cidadania se afirma como um direito de inclusão, reunindo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Todo cidadão é membro de um comunidade, motivo pelo qual é sujeito que pode reivindicar direitos mas, é também sujeito de deveres a serem cumpridos com os demais membros da comunidade. Exercer cidadania é agir participando da vida do Estado, tendo, pois, um caráter público. Assim é que:

(...)a essência da cidadania, se pudéssemos definí-la residiria precisamente nesse caráter público, impessoal, nesse meio neutro no qual se confrontam, nos limites de uma comunidade, situações sociais, aspirações, desejos e interesses conflitantes⁴².

Cidadania, portanto, se efetiva no seio de uma comunidade concreta, definida, muitas vezes, de formas variadas, mas que “é sempre um espaço privilegiado para ação coletiva e para a construção de projeto para o futuro”⁴³.

³⁷ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. Op. cit., p. 246.

³⁸ *Ibidem*, p. 246.

³⁹ AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Manual da eleições. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 3.

⁴⁰ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. Op. cit., p.247.

⁴¹ *Ibidem*, p. 247.

⁴² *Ibidem*, p. 247.

⁴³ GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estado na antiguidade clássica. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003, p.43.

Esse espaço privilegiado, muitas vezes concebido pelos governantes como mera extensão do Estado ou destinado a propagandas políticas, é o espaço ideal para se estabelecer as vias de comunicação entre as pessoas e os segmentos sociais.

O ser humano está sempre em busca de uma melhor qualidade de vida, e, participando da vida do Estado, busca sempre soluções para os problemas sociais. Inserido na esfera pública, o cidadão é também sujeito da Gestão Pública que não pode ser manipulado e nem pertencer ao clientelismo muitas vezes desejado pelo Estado.

Com acerto, afirma João Clemente de Souza Neto que:

na esfera pública se tece uma concepção de políticas sociais fundada nos direitos sociais, que prioriza a participação e ultrapassa a concepção de que o usuário da assistência social é objeto sem desejos ou aspirações, manipulado por relações de favoritismo e clientelismo. Um de seus objetivos é o estabelecimento de vias comunicativas entre os segmentos sociais, em busca de caminhos e soluções propícias à qualidade de vida e à viabilidade de um conjunto de reformas dentro da estrutura da ordem social vigente⁴⁴.

Assim é que, exercendo a cidadania, pela prática da democracia, a participação é “um instrumento de controle da atividade pública, um treino político das massas”⁴⁵, porque se encontra circunscrita nos limites das relações e forças sociais. Esse controle da atividade estatal é imperativo porque o Estado é “um instrumento da sociedade civil para coordenar as coisas públicas, sendo ele produto da sociedade, com a finalidade de prestar serviços públicos, que é sua natureza”⁴⁶.

Em razão disso, o Estado não pode ser dominado por interesses privados e nem servir a grupos dominantes que, na maioria das vezes, se apropriam da coisa pública e, quando o Estado assim se comporta, disseminam-se a

⁴⁴ NETO, João Clemente de Souza. Mutações na esfera pública. In: BATISTA, Dulce; SORIA, Margot; SILVEIRA, Maria Lúcia; SILVA, Maria do Rosário; STORNI, Maria Otilia T; MANFROI, Vânia M. (Org.). *Cidadania e subjetividade*. São Paulo: Editora Imaginário, 1997. p.72.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 72.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 72.

corrupção e a miséria. Por isso, a esfera pública se “destaca pelo exercício do controle democrático sobre as coisas públicas”⁴⁷, na medida em que os grupos sociais e os indivíduos cobram a melhoria na qualidade dos serviços públicos, fazendo a pressão necessária. O Estado vai se transformando em “espaço de acesso da população aos serviços públicos”⁴⁸.

O Estado cede espaço público para que a sociedade, por meio de seus instrumentos possa validar e legitimar a sua vontade, em nome do que é melhor para todos em termos de serviços públicos.

O espaço público ou esfera pública como lugar em que se tomam as decisões, onde haja a comunicação de conteúdos e opiniões, e, onde “os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos”⁴⁹.

A esfera pública é onde há o diálogo entre os atores sociais, a gestão compartilhada, onde o Estado é o gestor. Nela se encontra uma estrutura comunicacional e que Habermas assevera:

A esfera pública constitui principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo, não com as *funções* nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana⁵⁰.

É, portanto, imprescindível que a esfera pública seja um espaço de diálogo, onde possa haver negociações e entendimentos, os quais só qualificam as políticas sociais, a exemplo, no Brasil, dos Conselhos Gestores e Fiscalizadores das Políticas Públicas.

A Ouvidoria Pública é também um espaço ideal, abstrato e institucional, o lugar certo criado pela sociedade democrática para onde são levados os problemas relativos ao interesse público, interesses que dizem respeito aos direitos das

⁴⁷ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre a facticidade e validade.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Trad.). Vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 92.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 92.

peças. É um espaço ideal, exatamente porque o cidadão tem acesso direto ao Ouvidor, onde dialoga, se comunica, coloca a sua argumentação, as suas reclamações, as suas denúncias contra um desserviço do Estado.

Portanto, nessa conjugação de cidadania, democracia e esfera pública pode-se afirmar que, como integrada aos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, conquistas conseguidas ao longo do tempo, sua definição “não é uma definição estanque, mas um conceito histórico, o que significa que seu sentido paira no tempo e no espaço”⁵¹.

Ela é o meio de realização da democracia a partir do momento em que haja:

uma pluralidade de opiniões e interesses articulados em partidos, ou seja, só é possível se existe uma realidade política democrática, se os indivíduos consideram que a democracia é algo a conservar e dela participam exercendo os seus direitos⁵².

Assim, o cidadão como partícipe da sociedade política, está credenciado pela cidadania a participar da vida social, política e econômica do Estado de forma efetiva, passando a ser um dos seus elementos integrantes, exercendo todos os seus direitos relativos à sua dignidade.

É preciso dizer que a prática da democracia reforça a normatividade da Constituição, que se torna ineficaz se não existir vontade política de realizá-la. Por isso, Konrad Hesse afirma:

embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade a

⁵¹ PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. In: CORRÊA, Darcísio; OLIVEIRA, Janassana Indira Almeida. Cidadania, biodiversidade e identidade cultural na reserva indígena do guarita - *A questão da cidadania na reserva indígena do guarita*. Ijuí: Unijuí – 2007, p.25.

⁵² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade. In: SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. Op, cit., p. 248.

vontade de poder (*Wille zur macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)⁵³.

A criação de canais de comunicação com o poder estatal serve como meio de concretizar, portanto, a democracia pelo exercício da cidadania, oportunizando a todos os cidadão exercer seus direitos e deveres sem que sejam impedidos pela negação ou omissão estatal ou, ainda, sua má prestação do serviço público e administração da coisa pública. Esses canais de comunicação, como os Conselhos Gestores, as Ouvidorias Públicas, o Orçamento Participativo, constituem verdadeiros instrumentos de acesso à Gestão Pública pelas massas periféricas. Por isso, “cidadania é a prática da Constituição Democrática”⁵⁴.

No Brasil, a cidadania é fundamento da república, o que preconiza a Constituição Federal. Surge com base na perspectiva do princípio democrático, o alicerce da Constituição, por onde se expandiu os direitos fundamentais. Na afirmação de Daury Cesar Fabriz:

A expansão dos direitos dos cidadãos e as novas imposições do mundo globalizado nos obrigam a uma avaliação do conceito de cidadania que se busca em nosso dias. A constituição de 1988 permitiu a expansão dos direitos fundamentais ambientados em um espaço público que se instituiu na perspectiva do princípio democrático⁵⁵.

Prossegue o autor dizendo que “a idéia de cidadania é manipulada e utilizada em diversos sentidos, seja como expressão de igualdade, como capacidade de exercício dos direitos e deveres ou como participação política”⁵⁶.

Como Princípio Fundamental da República, o que consta do art. 1º, II da Constituição Federal, ao lado de outros tão importantes como a soberania e a dignidade da pessoa humana, a cidadania “pode significar um apelo geral na

⁵³ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição (*Die normative kraft der verfassung*). MENDES, Gilmar Ferreira (Trad.) Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.19.

⁵⁴ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. Op. Cit., p.249.

⁵⁵ FABRIZ, Daury Cesar. *Direitos e garantias fundamentais: cidadania, democracia e acesso à justiça*. (Org.) ALMEIDA, Eneá de Stutz. Op. cit., 13.

⁵⁶ *Ibidem*, p.13.

perspectiva de maior integração e harmonização social”⁵⁷, tida no conceito de princípios como norma das normas. Por isso, entre os princípios, a cidadania está no topo do ordenamento jurídico, tendo em vista que, em sendo “os princípios, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento”⁵⁸.

A Carta Magna da nação brasileira reflete uma “expressão de consenso social sobre os valores básicos”⁵⁹, advinda depois de muitas lutas de vários segmentos da sociedade, ao fim do regime militar a partir de 1978, com a redemocratização do país e, depois de os princípios saírem dos códigos como forças supralegais, passando para a Constituição, elevados ao mais alto grau da hierarquia normativa. Neste patamar, estão os princípios como “verdades primeiras” e “as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*”⁶⁰.

Cidadania, então, como um dos princípios fundamentais é “norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõe”⁶¹, como afirma Crisafulli.

Portanto, ao integrar como fundamento da República, nos moldes da Constituição Federal, é norma que orienta conjuntamente com os demais princípios as metas de um novo constitucionalismo, sob a égide de um Estado de Direito Democrático. Na Lei Maior, a cidadania é garantida por instrumentos mais eficazes de proteção como o Mandado de Segurança Coletivo, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, vista, portanto, no seu sentido mais amplo, abrangendo os direitos civis, políticos, sociais e, também os deveres.

O Brasil passou por uma transformação a partir das décadas de 1970 e 1980 com os movimentos sociais em prol da redemocratização do país, advindo daí

⁵⁷ *Ibidem*, p. 14.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* – 24 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 289.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 290.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 255.

⁶¹ *Ibidem*, p.257.

uma nova sociabilidade política. A sociedade se mobilizou, inicialmente pela abertura política para que ocorressem eleições diretas, sendo este um momento marcante de resistência ao arbítrio imposto pelo regime militar. Embora, em 1984 não tenha ocorrido eleição direta, mesmo assim, ainda que indiretamente, foi eleito um presidente civil que, ao tomar posse em 1985, põe fim ao dito regime militar. Esse processo vem no ano seguinte a se consagrar com a instalação da Assembléia Nacional Constituinte, já visando a construção de um sociedade livre e democrática.

O lamentável é que a cidadania ainda se encontra numa cultura política arraigada de autoritarismo. O cidadão brasileiro só é visto nessa condição por ocasião das eleições. Obrigado a votar, nada mais é do que um objeto de justificação de um processo eleitoral e do próprio sistema.

Aliás, o Prof. Daury César Fabríz, com muita propriedade enfatiza:

Sempre em épocas próximas às eleições para o Executivo e o Legislativo, o presidente do STE apresenta-se à população em geral, através dos veículos de comunicação de massa, para *convocar a todos ao exercício da cidadania*. Em outras palavras, o ministro-presidente do Tribunal Superior Eleitoral convoca todos os cidadãos para votarem no dia das eleições e assim exercer a cidadania; paradoxalmente quem não o fizer será punido. A convocação ao exercício da cidadania às vésperas das eleições é no mínimo caricata. Em primeiro lugar porque o voto no Brasil é obrigatório e não facultativo; em segundo lugar porque, se há um apelo por parte de determinada autoridade, é porque o *exercício da cidadania* serve apenas para dar legitimidade aos eleitos, garantindo o processo eleitoral e o próprio sistema ⁶².

Como o voto é obrigatório o cidadão tem a sensação de estar cumprindo uma obrigação que lhe é imposta em nome da democracia, sem se perceber que sua cidadania está sendo comprada.

Apesar disso, a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 é um marco do restabelecimento da democracia e da conquista dos direitos de cidadania e garantias individuais e sociais, estes tidos como uma

⁶² FABRIZ, Daury César. *Direitos e garantias fundamentais: cidadania, democracia e acesso à justiça*. (Org.) ALMEIDA, Eneá de Stutz. Op. cit., p. 20.

incorporação das constituições europeias do pós-guerra, o que justifica dizer que foram conquistas advindas às duras penas pelo povo brasileiro e surgidas tardiamente.

A Constituição de 1988 no Brasil veio depois de muitas lutas de classes, depois do estabelecimento de forças sociais que agiam em busca de um novo horizonte de esperanças para que, o Estado de Direito Democrático se passasse de um sonho à realidade. Era preciso que esse sonho se tornasse realidade e necessitava que uma Constituição fosse elaborada e editada e que transcendesse poderes efetivos de libertação e igualdade aos sujeitos humanos da nação e, para tanto, o povo teve que enfrentar a dura realidade no enfrentamento do regime militar então imposto. Ela é, sobretudo, um marco da união e relação de forças sociais que atuaram para que fosse promulgada.

1.3 SOBERANIA POPULAR

Como já dito alhures, a Constituição Federal de 1988 fornece os instrumentos adequados e imprescindíveis para o exercício da democracia participativa. Sua estrutura constitucional se baseia nos “quatro princípios cardeais que são, respectivamente: o da dignidade da pessoa humana, o da soberania popular, o da soberania nacional e o da unidade da Constituição”⁶³.

Todos esses princípios são de importância fundamental para uma nova interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais. Por isso que, não se pode prescindir de “uma nova hermenêutica e do conceito de soberania para fazê-la exequível”⁶⁴.

Para que o Estado seja politicamente organizado e, até mesmo para que exista, é imprescindível que exerça um conjunto de poderes com autoridade suprema e indispensável à democracia. A soberania é esse conjunto de poderes, um poder máximo que torna um país independente em seu território

⁶³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Op. cit., p. 10.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 42.

como em suas relações com outros estados. Ela é o necessário poder de autodeterminação do Estado e, “expressa o poder de livre administração interna de seus negócios. É a *maior força* do Estado, a *summa potestas*, pela qual dispõe sobre a organização política, social e jurídica, aplicável em seu território”⁶⁵.

Entre os elementos constitutivos, a soberania popular é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, conforme consta do art. 1º, I da Constituição Federal de 1988⁶⁶ e, como já mencionado, expressa a democracia como sistema de governo que deve ser exercido em nome do povo, visando atender os seus interesses. Por isso, soberania e democracia estão relacionadas em suas essências.

O exercício da soberania popular é a *práxis* política do cidadão consciente que traduz em ações de fiscalização e participação do seu poder popular.

E, povo soberano, é o povo participativo como povo organizado, que se constitui no próprio Estado. Como diz Paulo Bonavides:

com o Estado-democrático participativo o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo, a constituição aberta no espaço das instituições, concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no contrato social e no legítimo exercício da autoridade⁶⁷.

Prossegue o autor, ao falar sobre a soberania constitucional que:

a verdade, faz-se mister assinalar que nesse prospecto e nessa ordem de reflexões, a soberania constitucional é a verdadeira soberania do Estado – noutras palavras é a soberania do povo havida por pedra angular da democracia participativa. Assim concebida, em identidade com o povo, a soberania é qualidade do poder, conforme já entendia Jellinek; qualidade do supremo poder popular. Não é, de conseguinte, órgão senão poder⁶⁸.

⁶⁵ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 25ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 132.

⁶⁶ “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;”.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 21.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 42-43.

A soberania popular surgiu para garantir ao povo o poder de se auto-governar, exercendo o poder de maneira direta ou indireta. Essa característica fundante fundamental está consagrada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988⁶⁹ e é entendida como a efetiva, autêntica e legítima participação popular nos mecanismos de produção e controle das decisões políticas e funções do poder estatal, possuindo, segundo Canotilho “cinco dimensões: 1ª) o domínio político; 2ª) a legitimação do domínio político pelo povo; 3ª) o povo como titular do poder; 4ª) a soberania popular e 5ª) a constituição como organizadora da democracia”⁷⁰.

A soberania popular se legitima quando a Constituição deixa de ser autoritária, própria da ditadura do empresariado e dos generais como foram as do Brasil de 1967 e 1969, para ser tipicamente social como a Constituição de 1988 que introduz o novo conceito de Estado Social e de Direito Democrático. O povo é a sua única fonte de poder-regra: todo poder emana do povo, conforme o art. 1º, parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil e, com a participação direta ou indireta do povo no poder, constitui a expressão da vontade popular, princípios fundamentais da democracia. A democracia, no dizer de Fábio Konder Comparato, “é o único regime compatível com o pleno respeito aos direitos humanos – arts. XXI e XXIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948”⁷¹.

Num Estado Social, a soberania popular, como fundamento democrático, não se dissocia de outros que são fundamentais, eis que, o cidadão no poder, lhe é garantido o acesso à Gestão Pública. Não se trata apenas do acesso à justiça como uma liberalidade do Estado, mas, o acesso como cidadão participativo a todos os direitos individuais, civis, sociais, políticos, econômicos e culturais, caracterizadores da ordem jurídica justa.

⁶⁹ Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p.292.

⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. In: PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A constituição viva - Poder constituinte permanente e cláusulas Pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 247.

As prestações do Estado devem ser efetivas, concretas e realizáveis de forma justa. As bases garantidoras da soberania popular, da democracia e da acessibilidade à Gestão Pública “são verdades objetivas nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”⁷², e os primeiros fundamentos das normas, principais fontes de inspiração e criação das leis num ordenamento jurídico. As constituições nesse novo tempo sobrelevam o princípio da dignidade da pessoa humana como o eixo fundamental de todos os demais princípios.

Embora a Constituição Federal de 1988 apresente a soberania popular como um dos fundamentos da república e o modelo de democracia representativa, pode-se dizer que, esse modelo de democracia brasileira na atualidade, nem de longe representa os reais valores da soberania popular. O povo como verdadeiro titular do poder soberano está muito longe de exercer o poder constituinte, como bem observa Adriano Pedra:

(...) apesar do povo ser o titular do poder constituinte não é ele quem o exerce. Ele é um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma minoria dominante. Não se pode negar que, muitas vezes os órgãos representativos não representam a maioria do povo, mas sim uma minoria dominante⁷³.

Evidente que o interesse geral é do povo e não da minoria que o representa, porque a vontade geral, nas palavras de Rousseau, diz “respeito ao interesse comum”⁷⁴, e “somente a vontade geral pode dirigir o Estado”⁷⁵, que surge como sociedade organizada devido ao acordo estabelecido entre a vontade geral e os interesses particulares.

O Brasil é um país de contrastes, pois o povo não tem legitimidade para governar e encontra-se privado de seus valores e, não é mais o povo-ícone do contrato social e da vontade geral de Rousseau, da Revolução Americana e da

⁷² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p.229.

⁷³ PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A constituição viva - poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamento, 2005, p. 263.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 264.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 264.

Revolução Francesa. Isso porque, “a elite hegemônica desfruta o poder, sempre em proveito próprio, fazendo do povo-ícone a base moral do *status quo* e da legitimação”⁷⁶.

Embora a Constituição Federal de 1988 estabeleça princípios que fundamentam a República, tendo na base central o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento ético, o povo está longe de ser o verdadeiro soberano. Isso porque, ainda se vive numa cultura política arraigada na negação dos direitos civis e sociais, que “torna a luta pela cidadania um dos pontos-chaves de qualquer aposta na consolidação de uma trajetória rumo a uma sociedade democrática, plural e com justiça social”⁷⁷.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Op. cit., p. 54.

⁷⁷ SILVA, Ana Amélia. Esfera pública e sociedade civil – uma (re)invenção possível. *São Paulo em perspectiva*. Sociedade civil – estado e democracia. São Paulo, vol. 8, n. 2, p. 61, abr./jun. 1994.

2 DEMOCRACIA E GESTÃO PÚBLICA

2.1 DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Inicialmente cumpre falar um pouco da origem etimológica do termo democracia, criado, segundo consta na história, há aproximadamente vinte e cinco séculos na Grécia, com seu território formado por várias cidades-Estado, a *polis* grega, sendo Atenas, a principal delas. Em suas praças públicas, denominadas *ágoras*, os cidadãos se reuniam a fim de discutirem os problemas da cidade, com a maioria decidindo os rumos que seriam tomados, daí surgindo a idéia primeira de que, democracia é o povo no comando de seu próprio destino. O governo, portanto, assim considerado, era o povo que, tempos depois, Abraham Lincoln sustentou que democracia é o governo do “povo, pelo povo e para o povo”⁷⁸.

A origem do termo, portanto, é da Grécia, derivando de *demos*, o povo, habitantes da cidade e, *kratos*, o poder. Como afirma Adriano Sant’Ana Pedra:

A democracia tem como base a participação do povo no governo. Na concepção de Abraham Lincoln, é o governo do povo, pelo povo e para o povo, ainda hoje considerada como a síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático. A participação popular constitui em um comportamento político no qual o cidadão toma parte das decisões do Estado. Como membro deste, embora povo e Estado não se confundam⁷⁹.

Por muitos séculos a democracia nem existiu. Formalmente, somente com o movimento constitucionalista e com o Estado Liberal, veio evoluindo no final do século XVIII e, no início do século XX, se consolida materialmente, possibilitando sua realização prática, porque antes era apenas uma representação a serviço do poder econômico da burguesia, considerada uma ideologia clássica, mas que depois se transforma em vista da relação que se estabelece pelo contrato social. A democracia formal se traduz em hegemônica e a material em não-hegemônica, como afirma Boaventura de Souza Santos que:

⁷⁸ PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A Constituição Viva – Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*. Op. cit., p. 241.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 241-242.

as primeiras se traduzem nas formas tradicionais: a liberal-democracia e a democracia marxista; as segundas, por eles chamadas de concepções alternativas ou contra-hegemônicas, rompem com a ideologia clássica e consideram a democracia, assim como Habermas, uma gramática de organização social e da relação entre estado e sociedade. Dessa forma, o regime democrático deixa de ser uma mera construção teórica utilizada pelos governantes para legitimar o poder e passa a ser concebida como real possibilidade de inovação social⁸⁰.

Quando se fala em democracia, o senso comum traduz o termo como sinônimo de eleições, idealizando-se como a vontade da maioria que se expressa diante das alternativas apresentadas para a escolha e vence a que obtiver nas eleições o maior número de votos. Esse é o entendimento que nele se aposta ou se atém, por ser uma forma simples de optar e seguir o que a maioria escolheu. Quando se pensa em democracia, pensa-se no voto que representa um instrumento de escolha na esfera pública, por meio das “eleições que representam um processo onde todos os cidadãos escolhem representantes, idéias, programas e projetos”⁸¹.

Mas, se a decisão da maioria a ser seguida se impõe sem que haja respeito à posição tomada pela minoria, cuja posição, um dia, pode tornar-se realidade, então, isso não é democracia. A democracia é verdadeira a partir do momento em que, todos respeitam a possibilidade de a minoria, futuramente, estar com a razão. E, o respeito a essa possibilidade garante a igualdade de oportunidade a todos os cidadãos de se manifestarem, de se expressarem em todos os setores da vida, seja pública ou privada.

Às vezes a minoria pode estar com a razão e a sua posição ser a correta e tem possibilidade de, com os argumentos que tiver, convencer a sociedade. Portanto, o respeito à minoria, com a garantia de oportunidade a todos os cidadãos, é uma das principais características da democracia, como afirma Humberto Dantas:

⁸⁰ SANTOS; Boaventura de; AVRITZER, Leonardo. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, São Paulo: Civilização Brasileira, 2002, p. 15.

⁸¹ DANTAS, Humberto. *Democracia e cidadania: consciência e participação*. Op. cit., p. 18.

garantir a todos a oportunidade de expor suas idéias e convencer a sociedade, por meios previstos em lei, de que seu posicionamento é relevante e pode ser apoiado. A simples possibilidade de mudança, promovido pelo desejo da maioria, é um dos motivos que nos leva a afirmar que a democracia é preferível em relação a qualquer outro tipo de regime. A liberdade de expressão e a possibilidade de formar oposição, sendo igualmente respeitadas, despertam em nós, cidadãos, a crença na garantia de expressarmos nossa opinião⁸².

A democracia é, portanto, um regime em que, o Estado de Direito garante efetivamente a proteção dos direitos de igualdade e liberdade a todos para que participem do processo democrático, sobretudo, no que diz respeito à participação do cidadão na Gestão Pública no Brasil. A igualdade e a liberdade que, aliados a outros direitos inerentes à pessoa humana, são direitos humanos.

Por ser um regime próprio do Estado de Direito brasileiro, que garante ao ser humano a efetivação de direitos de igualdade e liberdade, é por isso mesmo, um direito fundamental, construído ao longo dos anos, assim entendido, tendo em vista o longo desenvolvimento cultural do povo brasileiro de acordo com os “anseios sociais, a conjuntura política, o cenário jurídico, os ditames econômicos e os valores presentes em uma sociedade que determinam o desenvolvimento do processo democrático”⁸³. Nas constituições brasileiras, desde a do império de 1824, é demonstrada essa construção histórica como afirma Jaqueline Hertel que:

Como parte integrante de um processo, a democracia como regime político situa-se numa posição preliminar, pois se apresenta logo no início do processo democrático. A análise das Constituições brasileiras de 1824, de 1891, de 1934 e de 1937 demonstra que a democracia no Brasil constitui um processo construtivo, que foi formado ao longo dos anos⁸⁴.

Tais constituições brasileiras procuraram inserir a democracia na sua forma participativa, cujas tentativas serviram para que houvesse o desenvolvimento da idéia de se postar a democracia como direito fundamental, sendo hoje um princípio fundamental da Constituição Federal editada em 1988, adotada como

⁸² *Ibidem*, pp. 18-19.

⁸³ HERTEL, Jaqueline C. Saiter. *As dimensões democráticas nas constituições brasileiras*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007, pp. 29-30.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 215-216.

regime político, próprio do Estado de Direito que tem, por objetivo fundamental, a proteção dos direitos humanos, como afirma Paulo Nader que:

O fundamental à caracterização do Estado de Direito é a proteção efetiva aos chamados *direitos humanos*. Para que esse objetivo seja alcançado é necessário que o Estado se estruture de acordo com o clássico modelo dos *poderes independentes e harmônicos*; que a ordem jurídica seja um todo coerente e bem definido; que o Estado se apresente não apenas como poder sancionador, mas como pessoa jurídica portadora de obrigações. A plenitude do Estado de Direito pressupõe, enfim, a participação do povo na administração pública, pela escolha de seus legítimos representantes⁸⁵.

O Estado de Direito importa, dessa forma, na participação do cidadão na vida social, política, econômica e cultural do Estado, na Gestão Pública, de modo que, nos dias atuais, tem ele também direitos públicos, como diz Bobbio: “No Estado de Direito, o indivíduo tem em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos”⁸⁶.

É certo que a democracia, atualmente, ao que parece vem passando por uma crise sem precedentes. Embora o Estado de Direito, por lei, garanta a participação política do cidadão na eleição de seu representante, a sociedade cada vez mais sente a necessidade de se expressar mais assiduamente, de participar cada vez mais diretamente das decisões em conjunto com o Estado para que os fins sejam alcançados na gestão dos interesses sociais. As próprias mudanças alcançadas a partir dos anos de 1980 e 1990 no Brasil demonstram isso, porque, a sociedade sempre ansiou cada vez mais por mais democracia.

A luta pela democracia sempre foi árdua diante dos obstáculos que sempre existiram para a sua concretização, principalmente os impérios que se instalaram no mundo que impondo seus autoritarismos baseados na força e nos privilégios dos donos do poder. Ainda na atualidade se vê no mundo verdadeiros estados que impõem hegemonicamente o seu império.

⁸⁵ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Op. cit., p. 23.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. 9ª Ed., COUTINHO, Carlos Nélon (Trad.), Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 61.

O Brasil passou por essa experiência quando, as liberdades por várias décadas foram usurpadas a exemplo do regime imposto pela “Revolução de 1964”⁸⁷. Mas, as forças populares derrubaram dito regime, e impôs um novo modelo político de condução dos destinos do Estado e da sociedade, o que se consolidou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, demonstra com clareza, o reconhecimento do cidadão dentro de sua comunidade e sendo uma peça fundamental no funcionamento do Estado.

Esse vai-e-vem da democracia é a dinâmica que se estabelece no reconhecimento entre os direitos fundamentais e o princípio democrático que demonstram que, a participação dos cidadãos em igualdade, em associações, conselhos gestores e fiscalizadores etc., fundamenta a prática da democracia. Aliás, Canotilho afirma:

ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia⁸⁸.

Para que haja uma democracia forte, é necessário que o povo seja a única fonte de poder. Como consta da Constituição Federal de 1988 ao dispor em

⁸⁷ Essa Revolução é tida como o Golpe Militar de 1964 e designa o conjunto de eventos ocorridos em 31 de março de 1964 no Brasil. Esse Golpe de Estado encerrou o governo do presidente João Goulart, ou Jango, que havia sido democraticamente eleito vice-presidente pelo Partido Trabalhista Brasileiro - PTB na mesma eleição que conduziu Jânio Quadros à presidência pela União Democrática Nacional – UDN que, renunciou ao mandato no mesmo ano de sua posse em 1961 e, quem deveria substituí-lo automaticamente era João Goulart, segundo a Constituição vigente à época e promulgada em 1946. Porém este se encontrava em uma viagem diplomática na República Popular da China. Militantes então acusaram Jango de ser comunista e o impediram de assumir seu lugar como mandatário no regime presidencialista. Depois de muita negociação, lideradas principalmente pelo cunhado de Jango, Leonel de Moura Brizola, na época governador do Rio Grande do Sul, os apoiadores de Jango e a oposição acabaram fazendo um acordo político pelo qual se criaria o regime parlamentarista, passando então João Goulart a ser chefe-de-Estado. Em 1963, porém, houve um plebiscito e o povo optou pela volta do regime presidencialista. João Goulart, finalmente, assume a presidência da República com amplos poderes, e durante seu governo tornaram-se aparentes vários problemas estruturais na política brasileira, acumulados nas décadas que precederam o golpe e disputas de natureza internacional, que desestabilizaram o seu governo. O Golpe de 1964, que durante a vigência do ciclo militar no Brasil foi chamado de Revolução de 1964, submeteu o Brasil a uma ditadura militar alinhada politicamente com os interesses dos Estados Unidos da América. O ciclo militar durou até 1985, quando, indiretamente, foi eleito Tancredo Neves, o primeiro presidente civil desde as eleições de 1960.

⁸⁸ CANOTILHO, J.J. *Dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático*. In: PEDRA, Adriano Sant’Ana. Op. cit., p.246.

seu art. 1º, parágrafo único que: “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”, quer mostrar que, a soberania popular, aliada ao princípio da participação direta ou indireta constitui princípio fundamental da democracia.

Há tipo de democracia que, na prática é impossível de ocorrer diante das inúmeras impossibilidades, principalmente material. No mundo atual é impraticável a implementação de democracia direta, em que o exercício do poder político se realiza pelo povo reunido coletivamente em assembléia. Inúmeros são os problemas como: “a grande número de cidadãos que compõem um Estado, além de sua incapacidade de compreender os problemas técnicos e complexos do Estado contemporâneo...”⁸⁹, aliados ainda à falta de tempo das pessoas no mundo moderno a as grandes extensões dos territórios dos estados.

Diante da impossibilidade de implementação da democracia direta, o meio de gestão democrática nasce pela democracia representativa ou democracia indireta, que teve seu princípio marcante na Inglaterra no século XVII, quando, até então, a Europa vivia sob o regime absolutista e veio a adotar o regime de separação de poderes. O parlamento inglês passa a ser formado por cidadãos eleitos, mas, na verdade, os eleitos representavam somente a parcela mais rica da sociedade, a classe burguesa. Assim mesmo, “o poder dos governantes passou a ser limitado não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados”⁹⁰.

O representado seria “o cidadão que tivesse algo a perder, sob o ponto de vista econômico, que escolhia representante, o restante era desprezado”⁹¹. Logo, a democracia representativa ou indireta foi idealizada com base na posse, ou seja, aquele cidadão que tivesse propriedade e, que, por isso mesmo, corria o risco de, por qualquer modo, perdê-la, podia eleger o seu representante no parlamento, por meio da escolha da minoria dominante.

⁸⁹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A constituição viva – poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Op. cit., p.249.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 250.

⁹¹ DANTAS, Humberto. *Introdução à política brasileira*. Op. cit., pp.20-21.

Essa prática de democracia representativa não foi diferente no Brasil, pois, durante o império, a renda do cidadão servia de parâmetro para o exercício do voto, cujo processo era conhecido como o voto censitário, o que levava a uma “(...) nítida separação entre os que exercem essa função de querer pela nação e o povo em geral, onde uma ponderável parcela não tinha qualquer participação política”⁹².

O poder teria que ser exercido por pessoas cultas ou preparadas, as mais ricas e, outras seriam apenas as capacitadas para o voto. Transcorre esse modo de pensar durante praticamente todo o século XIX e, somente no século XX se abre pela adoção do sufrágio universal em que, todos, homens e mulheres, já são admitidos como capazes para representar o cidadão, um modelo não-hegemônico de democracia, a sua realização material.

A partir dos anos de 1980 e 1990, a democracia representativa, do modelo liberal já não representa os interesses da sociedade brasileira, principalmente de interesses de grupos mais vulneráveis socialmente, havendo uma necessidade de articulação dela com a democracia participativa. Boaventura de Souza Santos diz que, o modelo de democracia liberal, representativa, é de baixa intensidade, diante da distância entre os que representam e os que são representados, estes fadados à exclusão social. O autor justifica:

(...) Paralelamente a este modelo hegemônico de democracia sempre existiram outros modelos, como a democracia participativa ou a democracia popular, apesar de marginalizados ou desacreditados. Em tempos recentes, (...) a democracia participativa tem assumido nova dinâmica, protagonizada por comunidades e grupos sociais subalternos em luta contra a exclusão social e a trivialização da cidadania, mobilizados pela aspiração de contratos sociais mais inclusivos e de democracia de mais alta intensidade. Trata-se de iniciativas locais, em contextos rurais ou urbanos, em diferentes partes do mundo, e que crescentemente vão desenvolvendo vínculos de interconhecimento e de interação com iniciativas paralelas⁹³.

⁹² PEDRA, Adriano. *A constituição viva – poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Op. cit., p. 254.

⁹³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia - os caminhos da democracia participativa*. Op. cit., p.32.

A democracia participativa ou a democracia popular, por esses motivos e, sobretudo, pela hegemonia da classe dominante que sempre insiste na continuidade do modelo da democracia representativa, sem qualquer articulação com novos modelos, mais democráticos e populares, é hoje imprescindível para atender as necessidades sociais, principalmente da camada mais empobrecida da sociedade.

Importa nessa articulação, o debate, com a participação da pluralidade de sujeitos que, na esfera pública encontra o lugar ideal, porque, segundo Jürgen Habermas “a esfera pública é um espaço no qual os indivíduos – mulheres, negros, trabalhadores, minorias raciais – podem problematizar em público uma condição de desigualdade na esfera privada”⁹⁴.

Os sujeitos sociais, dentro da esfera pública protagonizam novos movimentos sociais que os tornam fontes potenciais de produção legal que não advenha do Estado. São capazes de transformarem em busca da satisfação das necessidades mais prementes da sociedade. Esses movimentos sociais são definidos por Antônio Carlos Wolkmer como sendo:

sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de “institucionalização”, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais⁹⁵.

Em meados do século XX, sobretudo, nas três últimas décadas se afloram esses movimentos sociais diante da necessidade de se construir um “novo paradigma de cultura política e organização emancipatória”⁹⁶, rompendo com a cultura e crise de valores que “atravessam a sociedade ocidental a partir da metade do século XX”⁹⁷.

⁹⁴ HERBARMAS, Jurgen. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia - os caminhos da democracia participativa*, Op. cit., 562.

⁹⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*. Op. cit., 122.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 123.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 123.

A crise que se instala no mundo ocidental a partir da metade do século XX decorre exatamente da “insegurança das populações, diante da impotência das instituições políticas clássicas (debilidade do sistema representativo, falência do Estado de Bem-Estar Social e deterioramento da qualidade de vida)”⁹⁸, aflorando-se os movimentos sociais com a finalidade de organizar “a vida social e redefinir a vida política”⁹⁹.

A transformação foi e, ainda é necessária, principalmente diante da diversidade de atores sociais que buscam embasados nos princípios norteadores da dignidade da pessoa humana, o que é de melhor para a coletividade. A democracia em que haja a participação popular é o melhor caminho para uma legislação atual e efetiva. É um modo de integração entre o Direito e a Democracia, numa relação que no mundo de hoje se baseia precipuamente no pluralismo jurídico.

Atualmente não se pode mais falar em reivindicação de direito individual, mas em sujeitos coletivos buscando direitos coletivos, em bases democráticas, mesmo porque:

(...) o capitalismo transnacional e as mudanças da sociedade industrial de massa acabaram por impulsionar não só uma crise de legitimação social e representação política, mas, sobretudo, uma crise de administração e aplicação da justiça¹⁰⁰.

Por isso, diante dessa nova realidade é necessário implementar práticas democráticas que se baseiam na descentralização e na participação popular, com o cidadão participando e decidindo com a Gestão Pública os seus destinos, efetivando direitos que satisfaçam suas necessidades humanas.

É necessário construir uma cidadania com base na democracia participativa, para que o cidadão possa exercer o controle sobre a Gestão Pública,

⁹⁸ *Ibidem*, p. 123.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 123.

¹⁰⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. A construção democrática do direito: estado, desobediência civil e Ética. In: AGUELLO, Katie (Org.). *Direito e democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 194.

fiscalizando os gastos públicos e, pugnando pela qualidade de serviços estatais que satisfaçam suas necessidades. No dizer de Wolkmer:

Torna-se imprescindível, na dinâmica da reordenação do espaço comunitário, a construção de uma cidadania aliada ao desenvolvimento de uma democracia participativa de base que tenha como meta a descentralização administrativa, o controle comunitário do poder e dos recursos, o exercício de mecanismos de co-gestão e autogestão local e a efetividade da aquisição e garantia de direitos enquanto expressão das necessidades humanas¹⁰¹.

Os novos movimentos sociais visam a implementação dos direitos da coletividade, de acordo com suas necessidades e, que são efetivados mediante a participação democrática na Gestão Pública. A famigerada “democracia formal burguesa e o sistema convencional de representação envelhecem e não conseguem absorver e canalizar as demandas sociais”¹⁰², surgindo novas identidades coletivas. Por isso, a democracia representativa, os órgãos de representação de classe e os partidos políticos já não atendem e nem compreendem mais os anseios da sociedade, suas reivindicações e lutas por novos direitos, havendo a necessidade de se buscar novos espaços participativos.

Com acerto, prossegue Wolkmer:

Não se trata mais de sujeitos de uma “cidadania regulada”, presos à formalidade do voto delegativo, mas de “sujeitos em relação”, numa dinâmica de alteridade com o outro, com a comunidade e com o poder político, objetivando a solução de seus problemas, de suas carências e do reconhecimento de seus direitos. Por isso, cabe substituir sujeitos destituídos de poder pelo subterfúgio da “delegação” por sujeitos individuais e coletivos com poder de ação e decisão, capazes de, no pleno gozo da cidadania, exercer o controle democrático sobre o Estado e criar permanentemente novos direitos. Certamente, é vital que a participação advenha de um processo democrático envolvendo sujeitos coletivos de juridicidade e o poder legitimamente instituído. É nessa forma de fazer e legitimar direitos que se institui a cidadania coletiva¹⁰³.

Na prática, no diálogo, no respeito entre os sujeitos, individualmente ou coletivamente considerados, reside o fortalecimento da democracia. Essa

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 194.

¹⁰² *Ibidem*, p. 195.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 195.

interação respeitosa, caracterizadora da ética da alteridade, tem “cunho libertatório, por estar inserida nas práticas sociais e dela ser produto”¹⁰⁴. É essencial para resgatar a cidadania, sobretudo, daqueles que estão à margem do capitalismo periférico.

No Brasil, com a redemocratização e, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 sob as bases do Estado de Direito e do Estado Democrático, ocorre uma evolução da democracia representativa. Isso porque, a Carta Magna inova ao introduzir em seu texto instrumentos próprios da democracia direta como o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa popular de lei e, instrumentos de democracia participativa como a participação nos Conselhos Gestores e o Orçamento Participativo. Seria, no dizer de Rosângela Batista Cavalcanti, uma democracia *híbrida*, cujo “princípio estaria explícito no primeiro artigo da atual constituição brasileira, que afirma que o exercício do poder pelo povo pode se dar por intermédio de representantes eleitos ou diretamente”¹⁰⁵.

Sempre se pergunta se o povo estaria ou não satisfeito com aqueles eleitos. Na verdade, a insatisfação é geral diante dos desmandos dos representantes, mormente no Brasil onde a corrupção macula todas as instituições.

O exemplo vivo na atualidade é a crise que se abateu sobre o Senado da República. Com seus atos secretos, procura se esquivar de sua responsabilidade com o povo, sempre enganado. Essa crise representa a mais nítida verdade de que, a sociedade está cada vez mais buscando a moralização das instituições, mostrando a sua força participativa por meio de seus instrumentos, sobretudo, a mídia que tem cumprido o seu papel mostrando a cara daqueles que, eleitos pelo voto popular, provam não ter qualquer responsabilidade com o povo que lhe outorgou o mandato. As crises políticas deveriam ser os crisóis ou cadinhos das reformas políticas necessárias das instituições estatais.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 191.

¹⁰⁵ CAVALCANTI, Rosângela Batista. *Introdução à política brasileira – Avanços e desafios da participação social no Brasil*. Op. cit., p. 151.

Por isso mesmo, a democracia representativa vem perdendo sua força não só no Brasil, mas em todas as democracias do mundo, pelo fato de não ter mais legitimidade. Verifica-se a apatia ou indiferença na maioria dos países que foram, após 1945, pioneiros no avanço democrático após a guerra.

A visão do povo no momento é outra, é uma interpretação aberta do sistema constitucional. Peter Häberle teorizou que o povo tem uma importante função de intérprete constitucional, porque está intimamente ligado aos fatos reais, à realidade social, sendo ele, portanto, o melhor intérprete no “momento da aplicação das normas constitucionais”¹⁰⁶. Uma constituição aberta é, portanto, que coloca o povo, democraticamente como o seu melhor intérprete, o povo formado por uma pluralidade de sujeitos que podem participar das decisões em conjunto com a atividade estatal. A constituição se tornará mais legítima e um verdadeiro instrumento de exercício da democracia.

E, essa Constituição fornece os instrumentos que a sociedade pode utilizar para o exercício da democracia participativa como já exemplificado anteriormente. Além do mais, o povo disponibiliza também de meios tecnológicos para a participação popular direta nas decisões com a Gestão Pública, a exemplo do que ocorre com as Ouvidorias que, muitas delas dispõem de acessos gratuitos pelo telefone ou pela internet para atendimento ao *cidadão*, usuário do serviço.

O que deixa a desejar, na verdade, é a mídia que, nem sempre, tem como prestar o serviço com imparcialidade, verdade e responsabilidade, porque, a maioria dos órgãos de imprensa são monopolizados ou controlados por uma casta política, cujos membros, “à revelia do povo, se alternam e permeiam no exercício da autoridade civil e governativa – sempre a serviço de interesses concentrados e com esteio na força do capital”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. MENDES, Gilmar Ferreira (Trad.). Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997, p. 76.

¹⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Op.cit., p. 13.

A mídia espetáculo dá sustentação ao Estado Policial. É assim, escravizada pelo capital, vicia a livre vontade, o livre raciocínio e, o que é pior, fortalece as ditaduras constitucionais que sobem ou permanecem no poder, contrariando, pois, todos os princípios democráticos.

Não há democracia sem povo, sem participação popular, sem manifestação da vontade popular que não pode encontrar qualquer obstáculo à sua plena realização. A democracia é um direito do ser humano, mesmo porque “não é apenas uma forma de governo, uma modalidade de estado, um regime político, uma forma de vida. É um direito da Humanidade”¹⁰⁸.

Transformou-se na atualidade a idéia positivista de que, somente a democracia liberal e neoliberal, representativa seria legítima, uma vez que os juristas positivistas a tratavam, dogmaticamente, no bojo da Constituição onde só havia juridicidade para as normas e, jamais para os princípios. Por isso, era preciso que buscasse legitimar a Constituição, a fim de que ela se posicionasse no patamar, acima das leis e, os princípios viessem a ter juridicidade.

Desse modo, com a repolitização da legitimidade, a cidadania volta ao seu degrau mais alto, porque, “fora da repolitização da legitimidade, criadora de uma neocidadania governante, não há democracia participativa, nem lealdade política, nem soberania dos postulados constitucionais”¹⁰⁹.

A realização dos valores humanos é fundamental para que, o ordenamento jurídico reconheça a identidade do povo que se legitima na identidade do cidadão, peça fundamental da formação do contrato social. Se não há valorização do ser humano, não há povo, nem cidadania.

Compatível com o respeito pleno aos direitos de cidadania, aos direitos humanos é somente o regime político ditado pela democracia, desde que seja a democracia participativa e pluralista. Ela é a que mais se ajusta às

¹⁰⁸ PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A constituição viva - poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Op. cit., pp. 257-258.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Op. cit., p.19.

necessidades humanas, à satisfação dos direitos fundamentais, havendo a necessidade urgente de ser implantada, realizada materialmente, a fim de colocar o povo como a autoridade soberana, como Adriano Sant’Ana Pedra sustenta:

É imperioso que seja implantada efetivamente a democracia participativa, a fim de fazer valer a soberania popular de forma sincera, de forma a extrair dos dispositivos da CF todas as vontades do verdadeiro titular do poder – o povo – não se acomodando em um regime de democracia formal restrita tão-somente a um processo eleitoral. Em respeito ao princípio democrático, nos termos da constituição, é cogente constituir uma verdadeira democracia participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais¹¹⁰.

A implantação da democracia participativa amplia o entrelaçamento sociedade-Estado, cuja realização-fim é o bem estar social, a formação de uma cidadania qualificada, que tenha possibilidade de manter-se constantemente integrada e interessada na gestão compartilhada. Constitui assim um princípio de deliberação societária, o que Jürgen Habermas “recoloca no interior do debate da democracia um procedimentalismo social e participativo”¹¹¹.

Habermas propõe uma teoria da comunicação como uma teoria crítica da sociedade que, na sua sustentação, é uma teoria do comportamento que forma as regras morais da vida. O agir comunicativo leva ao entendimento e constitui um processo de socialização com base no consenso e na compreensão. O modelo de gestão compartilhada é assim, a caracterização própria da democracia deliberativa fundada na esfera pública como um fenômeno social.

Essa esfera pública ou espaço público não se constitui, no dizer de Habermas, um sistema fechado, imóvel ou impermeável, porque:

ela pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*, nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se

¹¹⁰ PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A constituição viva* - poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Op. cit., p. 263.

¹¹¹ HABERMAS, Jürgen. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia* - os caminhos da democracia participativa, Op. cit., 562.

condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos¹¹².

Assim, a esfera pública se traduz no “agir comunicativo”, a busca pelo diálogo, viabilizando uma linguagem natural, compreensiva, o mundo da vida em todos os setores das atividades humanas como na religião, na escola, no ambiente de trabalho, nas instituições públicas e privadas, etc. O agir comunicativo diz respeito à interação social, a fala ou discurso como forma de comunicação, uma relação dialogal, além do aspecto argumentativo-lógico que corresponde a discussão e explanação visando fundamentar as pretensões de validade problematizadas.

Assim, externamente se forma a rede da esfera pública fora do domínio estatal em que, não prevalece nas decisões da Gestão Pública a dominação estatal, mas o estabelecimento de uma comunicação integrada entre o poder estatal e a sociedade civil, precisamente entre governante e governado.

Com muita propriedade Cláudio Pereira de Souza Neto sustenta que:

A deliberação não se processa apenas nos “fóruns oficiais”, mas também na rede informal de comunicações consistente na “esfera pública não estatal”. Na democracia deliberativa, a justificação das decisões estatais não se restringe ao âmbito governamental, mas se estrutura na forma de um diálogo entre governantes e governados, e esse diálogo deve ir além dos períodos eleitorais e se espalhar para o cotidiano¹¹³.

É preciso que a democracia funcione. Para isso, seus mecanismos precisam ser eficientes para que seja suplantada a democracia liberal e neoliberal, representativa, evoluindo-se para a democracia participativa. O que não pode ocorrer é que, alguns mecanismos cedem espaços para lideranças políticas que deles fazem seu cabedal político a exemplo do que ocorre com as Ouvidorias Públicas, que não deveriam ser instrumentalizadas para fins eleitoreiros.

¹¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia* – entre facticidade e validade. Op. cit., p. 92.

¹¹³ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp.147-148.

Como já dito alhures, praticamente todas as Ouvidorias instituídas no setor público não passam de meros escritórios de atendimentos, extensivos e de representação dos governos ou das entidades públicas que as instituíram. Normalmente seus titulares são nomeados dentre servidores dos quadros das instituições, e, até mesmo, os serviços auxiliares também são de pessoas que, de qualquer modo têm subordinação à autoridade fiscalizada. A *práxis* de se formar um dos mais importantes instrumentos de acessibilidade direta, sem burocracia, do cidadão à Gestão Pública, se forma de cima para baixo. Existe uma reprodução institucional dos órgãos do Poder Judiciário nas Ouvidorias que deveriam ser canais de comunicação a partir das bases populares.

2.2 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À GESTÃO PÚBLICA

Cumpra inicialmente conhecer o que é Gestão Pública para, em seguida discorrer sobre o direito de todas as pessoas terem acesso a ela. Ela diz respeito à participação conjunta do cidadão com o Estado na administração da coisa pública, contrariamente à forma burocratizada, própria da administração pública.

As políticas governamentais são postas à população por meio da Administração Pública, entendida, portanto, como “o instrumento de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas de governo”¹¹⁴. Assim, esse modelo de administração pública se presta à cidadania tutelada que “expressa uma cidadania que a direita (elite econômica ou política) cultiva ou suporta, a saber, aquela que se tem por dádiva ou concessão de cima”¹¹⁵. E, recorre ainda à tutela assistida como “forma mais amena de pobreza política, porque já permite a elaboração de um embrião de noção de direito, que é o direito à assistência integrante de toda democracia”¹¹⁶.

¹¹⁴ MEIRELES, Ely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 56.

¹¹⁵ DEMO, Pedro. *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. Campinas: Editora Autores Associados. 1995, p. 6.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 6.

A Administração Pública, por muitos anos, com base em um suposto estado de bem-estar social, sempre se pautou pelo assistencialismo e tutela do cidadão, sem que este tivesse condições mínimas de emancipar-se. Com isso, se produziu a pobreza política, sendo o povo sempre enganado, pois,

o atrelamento da população a um sistema sempre fajuto de benefícios estatais é seu engodo principal. Maquia a marginalização social. Não se confronta com ela¹¹⁷.

A Administração Pública, na concepção liberalista serve como instrumento para a prática das opções políticas de governo, numa clara demonstração de que existe uma enorme separação entre o público e o privado, mais precisamente entre o interesse público e o interesse privado. Esse distanciamento é o principal obstáculo de acessibilidade do cidadão à Gestão Pública. Não seria o Estado com o cidadão, mas o Estado contra o cidadão.

Contudo, diante das demandas e manifestações populares, portanto, com a participação da sociedade civil, solidária e coletivamente, surge um novo modelo de Administração Pública, agora erigido sob um novo constitucionalismo baseado em princípios ético-filosóficos e políticos, em que o cidadão passa a integrar a administração, mediante participação popular. Exerce-a por meio de vários instrumentos como o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa popular de lei (Consultas Populares), Orçamento Participativo, Conselhos Gestores e de Fiscalização de Políticas Públicas e, as Ouvidorias Públicas como canais práticos e de acesso fácil para todos os usuários dos serviços públicos, consumidores e a sociedade em geral.

Assim, sociedade e Estado formam uma estrutura de comunidade política organizada, fundamentada numa Constituição que estabelece a ordem necessária, a Gestão Pública, em que há o povo como o poder soberano, competindo ao Estado garantir, por meio do ordenamento jurídico eficiente, a efetividade dos direitos fundamentais.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 7.

Um ordenamento jurídico eficiente, erigido sob as bases de uma Constituição forte determina as tarefas do Estado na consecução dos direitos fundamentais, limitando o poder estatal e, respeita os princípios expressos e implícitos da Constituição, garantindo o acesso de todo cidadão à Gestão Pública, voltada ao bem comum.

A garantia de todas as pessoas de acesso a direitos fundamentais, considerada a supremacia do direito, é o primado da Constituição, o que demonstra a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que em seu art. 16 estabelece que: “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem determina a separação de poderes, não tem constituição”.

Evidente que esses direitos são os fundamentais do homem e que não podem ser alterados, porque, por meio da Constituição “busca-se instituir um governo não arbitrário, organizado segundo normas que não pode alterar, limitado pelo respeito devido aos direitos do homem”¹¹⁸.

Ao contrário da Constituição Brasileira revogada, a Carta Magna de 1988 proclama primeiramente os direitos e garantias fundamentais logo no Título II para, depois, tratar da estruturação do Estado, embora em outros pontos ela trata de outros direitos e garantias fundamentais. É como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho que:

a Constituição quis como isso marcar a preeminência que lhes reconhece. Em segundo lugar, no Título II, no capítulo inicial enuncia o que chama de “direitos e deveres individuais e coletivos”, enquanto no seguinte trata dos “direitos sociais”, para nos subseqüentes reger as questões concernentes à *nacionalidade*, aos *direitos políticos*, e, a final, aos *partidos políticos*¹¹⁹.

Assim, a Constituição coloca, em primeiro lugar, a valorização do ser humano, destinatário dos direitos nela instituídos, o centro de sua atenção, apto a

¹¹⁸ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos humanos fundamentais*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 99.

participar com o Estado na Gestão Pública, com direito de acesso a todos os direitos de cidadania que são humanos fundamentais.

O acesso das pessoas, indistintamente, à Gestão Pública abrange todas as possibilidades de participarem das decisões do Estado, de reivindicarem todos os direitos garantidos, gozarem de um ambiente preservado para uma boa qualidade de vida, de terem acesso à educação, saúde, lazer, transporte, vida digna, serem protegidas de todos os preconceitos e do racismo, serem respeitadas nas diferenças, no direito de ir e vir, na liberdade de expressão, na liberdade de associação, no direito de propriedade, enfim, no direito de exercer a cidadania em sua plenitude.

Todos esses direitos e garantias foram oriundos de um amplo movimento de forças sociais e outros setores democráticos que conquistaram espaços públicos em que a sociedade civil se organiza, se articula, reivindica direitos, opina e interfere politicamente nas tomadas de decisões do Estado.

São direitos de acesso a uma ordem jurídica justa que são tutelados pelo Estado de forma abrangente. As informações sobre eles é direito indispensável do cidadão, que tem ainda direito a orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição dos conflitos. Com muita propriedade, Carlos Henrique Bezerra Leite acentua:

No sentido integral, acesso à justiça significa também acesso à informação e à orientação jurídica, e a todos os meios alternativos de composição de conflitos, pois o acesso à ordem jurídica justa é, uma questão de cidadania. Trata-se da participação de todos na gestão do bem comum através do processo, criando o chamado paradigma da cidadania responsável.¹²⁰

Com a Constituição Federal de 1988, a Administração Pública brasileira passa de um viés autoritário para um outro modelo que privilegia o cidadão, institucionalizando o processo participativo, tido como direito de participação, concretizador do princípio democrático.

¹²⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Liquidação na ação civil pública – o processo e a efetividade dos direitos humanos – enfoques civis e trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004, p.33.

Por meio dos princípios estruturantes do Estado de Direito e do Estado Democrático, os cidadãos passaram a interferir e auxiliar na tomada de decisões “quanto às atividades do poder público, vinculando tais decisões ao bem comum historicamente definido, contribuindo, nesta medida, com a realização do Estado Social”¹²¹.

Daí não se falar mais em administração pública, a forma de acesso burocratizada do cidadão a ela mesma. Hoje se forma a Gestão Pública, a participação popular nas atividades do Estado, a administração conjunta da coisa pública.

O acesso à Gestão Pública é o meio adequado para a inclusão de novos segmentos sociais no espaço da cidadania, por meio da participação social que sustenta maior eficácia de um governo democrático, principalmente pela formação de organizações civis e políticas surgidas em grande número após a promulgação da Constituição Federal.

O associativismo é hoje uma realidade no país, com atuação como co-gestores nas atividades desenvolvidas pelo Estado, sobretudo, na gestão do bem público. É verdade que a participação social no Brasil surge gradativamente, lentamente, passando por três fases distintas que Rosângela Batista Cavalcanti aponta:

Na primeira “fase” deparamos com uma baixa participação social e certo distanciamento entre sociedade e Estado – pois embora seja inegável que sempre existiram grupos sociais que se manifestam e demandam ações ou políticas governamentais, é também verdade que jamais se vislumbraram tantas formas de participação popular bem como tão ampla abertura dos governantes ao diálogo e à negociação com setores da sociedade. Em um segundo momento, tem-se a ampliação dessa participação, contudo, mais intensamente na forma de controle social. Finalmente, no período atual, não somente se conta com maior e mais vigorosa participação, como também se percebe que cidadãos e grupos não pretendem controlar

¹²¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 75.

instituições e agentes públicos, mas atuam como uma espécie de co-gestores do bem público¹²².

Com a participação da sociedade formada na consciência social, a nação cresce social e politicamente, uma vez que a relação sociedade-Estado é imprescindível para a existência da sociedade civil organizada. E, organização é sinônimo de crescimento, de desenvolvimento. Além disso, essa relação diminui a distância entre o Estado e o cidadão, facilita a participação da sociedade civil na formulação e implementação de políticas públicas, aperfeiçoa a gestão das organizações do Estado e a integração de diferentes políticas nos diferentes setores governamentais.

Muitas nações no mundo em que, a sociedade participa de seus destinos, cresceram social e politicamente, seguindo o que sustentam Alexis de Tocqueville e Robert Putnam, citados por Rosângela Batista Cavalcanti:

Seguindo caminho semelhante àquele trilhado por Tocqueville, Robert Putnam procurou identificar por que certos governos podem exibir desempenhos tão díspares entre si, ainda que as suas instituições políticas sejam rigorosamente idênticas. E concluiu, por meio de um estudo teórico e empírico rigoroso, que durou duas décadas, que as comunidades mais prósperas – social e economicamente – são aquelas com maior capital social, isto é, com maior tradição/participação cívica¹²³.

Isso demonstra que, a participação do cidadão na Gestão Pública, essa associação entre os indivíduos, trabalhando em conjunto com o Estado, produz governos responsáveis, melhor controle dos gastos públicos, e “contribui para a prosperidade social e econômica das nações”¹²⁴.

Implementar esse direito fundamental de acesso à Gestão Pública não é tarefa fácil, pois já se foram mais de vinte anos de redemocratização e o Estado Brasileiro cede espaço de forma gradativa e lenta como já mencionado. A exemplo disso, foi o surgimento de inúmeras Organizações Não Governamentais – ONGs, após a Declaração do Rio de 1992 – Eco 92 – com vistas a trabalhar na implementação de políticas públicas, com apoio, o que é

¹²² CAVALCANTI, Rosângela Batista. *Introdução à política brasileira – Avanços e desafios da participação social no Brasil*. Op.cit., p. 143.

¹²³ *Ibidem*, pp. 141-142.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 142.

inaceitável, de organismos internacionais, sobretudo, nas exigências de atividades com base na legalidade diante dos desmandos com as políticas públicas desenvolvidas no país, levadas a efeitos por interesses políticos estrategicamente eleitoreiros.

Atualmente, são incontáveis o número de Organizações Não Governamentais - ONGs em atividade no Brasil e, inúmeras são as associações de pessoas, formadas por conselhos gestores como os de saúde, educação, assistência social, infância e juventude, segurança pública, etc., que interagem com o Estado na efetivação de direitos sociais fundamentais, não só no controle e fiscalização do Poder Público, mas também “na definição de prioridades e na elaboração de planos de ação governamentais”¹²⁵.

A existência de tais Organizações Não-Governamentais – ONGs no Brasil constitui o reflexo da incapacidade do Estado de atender as demandas sociais, porque, inúmeros são os problemas causados pela má administração da coisa pública. Com muita propriedade afirma Ana Amélia da Silva:

Uma crise de ordem social faz com que a miséria, o desemprego, a fome e o aumento dos índices de violência se expressem sob formas de exclusão cuja visibilidade se faz, de forma mais acentuada, via *apartheid* social no espaço das cidades¹²⁶.

Afora esses problemas sociais, o Brasil vive ainda, historicamente, em crises políticas e morais que, resumidamente, se correspondem a uma crise do Estado com a sociedade. O maior exemplo disso é afirmar aos quatro cantos um utópico estado de bem-estar social, que só ficou na imaginação dos donos do poder. Ao que parece, esse estado de bem-estar social, segundo ainda Ana Amélia da Silva:

(...) cresceu pelo seu avesso. Esta crise solapa as bases de uma sociabilidade-política e cotidiana – em que o clientelismo, a corrupção, a falta de ética na política e os particularismos de todo o tipo exacerbaram atitudes individualistas e provocam uma descrença profunda nos seus aparatos públicos e nas instâncias legislativas de

¹²⁵ *Ibidem*, p. 150.

¹²⁶ SILVA, Ana Amélia. Esfera pública e sociedade civil – uma (re)invenção possível. *São Paulo em perspectiva*. Sociedade civil – estado e democracia. Op. cit., p. 61.

formulação de políticas. Produz-se, assim, uma noção perversa de desrespeito e desinteresse pelo bem comum ou público¹²⁷.

Por isso, é imprescindível acabar com os particularismos de todo o tipo, com a corrupção que assola as instituições públicas, com o clientelismo que é uma prática na visão dos gestores interessados no poder e, impor, por justiça, a ética na política como necessidade de garantias de acessibilidade indistintamente de todos os cidadãos à Gestão Pública, mediante instrumentos que os coloca na condição de co-gestores da coisa pública.

A consolidação de todos os instrumentos constitucionais, disponíveis hoje ao cidadão brasileiro, que lhe dá possibilidade não só de acesso, mas também de ser co-gestor da coisa pública, como afirma Rosângela Batista Cavalcanti,

constitui resultado, do ponto de vista histórico, do desenvolvimento da participação social desde o “movimento social e as ligas camponesas das décadas de 1950 e 1960; os movimentos sociais baseados em diferenças étnicas e de gênero dos anos 1970; as Organizações Não Governamentais (ONGs) que marcam a década de 1980 e uma infinidade de organizações sociais que emergem do período pós-ditadura¹²⁸.

Na atualidade, o terceiro setor no Brasil, formado por associações e entidades sem fins lucrativos, nas mais variadas formas de atuação, esse contra-ponto ao primeiro setor, o Estado e ao segundo setor, o mercado, representa o modelo ideal de defesa da sociedade, porque busca os seus benefícios, sem integrar como órgão do governo e ter natureza privada.

Os meios alternativos de que o cidadão dispõe para acessar a Gestão Pública, por vezes são constituídos por mecanismos não institucionalizados. As Ouvidorias Públicas não foram previstas na Constituição Federal e, só aparecem em algumas Constituições Estaduais. Se espalharam em órgãos públicos diante da necessidade de fazer com que, os gestores públicos, agentes políticos principalmente, sejam compelidos a observarem os princípios

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 61-62.

¹²⁸ CAVALCANTI, Rosângela Batista. *Introdução à política brasileira – Avanços e desafios da participação social no Brasil*. Op. cit., p. 143.

que regem a Administração Pública, sobretudo, os constantes no art. 37 da Constituição Federal.

Tais meios alternativos, embora limitados, são criados para atender carências que o cidadão necessita para que sejam efetivados e garantidos direitos existentes e os que estão por virem, já que os poderes resistem, como é *práxis*, aos instrumentos que limitam a atuação estatal. Com acerto Wolkmer afirma:

Daí a obrigatoriedade de não só detectar os “novos direitos” advindos das carências e das necessidades dos sujeitos sociais, como instrumentalizar o modo de viabilizar a representação efetiva desses interesses insurgentes que não foram ainda contemplados ou, quando previstos pela legislação, não chegam a ser bem assegurados, nem representados adequadamente pelos canais delegativos convencionais¹²⁹.

Ademais, como não poderia deixar de ser, a Ouvidoria Pública constitui um dos mais importantes canais de acesso do cidadão à Gestão Pública, onde é possível reclamar, reivindicar direitos, criticar, denunciar e até elogiar a atividade estatal. Centra suas atividades na satisfação do usuário dos serviços do Estado, no atendimento de suas necessidades. As Ouvidorias Públicas, segundo Daisy de Asper y Valdés funcionam “como promotoras e agentes de mudanças capazes de favorecer uma gestão pública flexível e centrada na satisfação das necessidades de seus cidadãos”¹³⁰.

Por outros motivos a Ouvidoria é importante canal na efetivação do direito fundamental de acesso à Gestão Pública, atuando de forma positiva, conforme demonstram as experiências públicas e privadas. Como acentua Aloísio Krohling:

Dentre os aspectos positivos da Ouvidoria pode-se citar: aproximação com os cidadãos mediante o estabelecimento de um canal de comunicação acessível e direto; identificação das áreas que merecem maior atenção dos dirigentes, definindo-se eixos prioritários de ação; *feedback* sobre a atuação da organização pública ou privada, permitindo a correção de disfunções e o redirecionamento das ações; identificação das necessidades dos

¹²⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. 308.

¹³⁰ KROHLING, Aloísio. *Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia*. São Paulo: Paulus, 2009, p.125.

usuários; relacionamento democrático com a sociedade; maior credibilidade da imagem da organização junto à população¹³¹.

As atividades desenvolvidas por órgãos dentro do espaço público, como as Ouvidorias, autônomas e independentes, e não como órgãos governamentais, são verdadeiras realizações dos direitos de cidadania, a maior garantia de acesso de todas as pessoas à Gestão Pública e, acima de tudo, a maior concretização da inserção do cidadão na relação sociedade-Estado. Tais órgãos não só serviriam para garantir o acesso, o controle popular, mas também a co-gestão das atividades estatais.

2.3 PRINCÍPIOS ÉTICO-ADMINISTRATIVOS E POLÍTICOS DO MODELO DE GESTÃO PÚBLICA.

Um governo, para a consecução de seus objetivos é formado por órgãos que são instituídos para determinadas funções próprias de administração, necessárias aos serviços públicos em geral, funções essas “desempenhadas por servidores públicos de forma perene, sistemática, legal e técnica”¹³².

Ao complexo de órgãos, agentes e entidades que compõem a estrutura administrativa do Estado, em cada nível - União, Estado, Distrito Federal e Município - dá-se o nome de Gestão Pública. Ela é responsável pela execução de políticas públicas, exercendo suas funções de forma direta por meio de seus próprios órgãos internos e, indireta quando a atividade estatal for exercida por outra pessoa jurídica como as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações, etc.

No desempenho de suas atividades, a Gestão Pública atua por intermédio de entidades, órgãos e agentes, estes últimos representados por pessoas físicas, incumbidas do exercício de alguma função estatal. Para que a máquina estatal possa atuar, mister se faz que suas atividades sejam desempenhadas pelo ser humano, imprescindível para a subsistência do Estado. Assim, o Estado para o

¹³¹ *Ibidem*, p. 126.

¹³² MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 64

exercício de suas funções depende do ser humano que, naturalmente é vulnerável, razão pela qual, o ente estatal também se torna vulnerável.

O ser humano é capaz de agir, de definir suas ações, mas, isso constitui uma possibilidade e, essa “possibilidade de escolha deve ser vista, em sua real amplitude, como um perigo”¹³³. Assim, o Estado vive em constante perigo ante a própria vulnerabilidade humana. No dizer de Hannah Arendt: “o fato de que o homem é capaz de agir significa que se pode esperar dele o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável”¹³⁴.

Por isso se pode afirmar que, o destino da administração estatal está ligado intimamente ao caráter das pessoas físicas que representam o Estado. Isso leva o Estado a criar mecanismos como meios de delimitação da atuação de seus agentes, tendo em vista a preservação de atitudes éticas e morais para a Gestão Pública, sobretudo no que diz respeito à gestão do patrimônio público e no trato com o administrado.

Entre os vários mecanismos de delimitação da atuação estatal, de uma maneira geral, situa-se a própria natureza hoje da administração pública como Gestão Pública, caracterizada pela atuação estatal com a participação popular por meio dos Conselhos de Administração e Fiscalização, e as Ouvidorias como elos entre o Poder Público o cidadão, usuário do serviço público.

A Gestão Pública hoje é fundamental para a atividade do Estado por meio do gestor que, por isso mesmo, tem limitado, como dito alhures, o seu campo de atuação e lhe é mostrado o caminho certo no trato com a coisa pública e com o administrado. No dizer de Clézio Saldanha dos Santos, “o gestor exerce uma função de gerência pública dos negócios do governo”¹³⁵.

¹³³ ARENDT, Hannah. A condição humana *Apud* ALMEIDA, Guilherme de Assis; CHRISTMAN, Marta Ochsenhofer. *Ética e direito*. – uma perspectiva integrada. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19.

¹³⁴ *Ibidem*, p.19.

¹³⁵ SANTOS, Clézio Saldanha. *Introdução à gestão pública*. São Paulo:Saraiva, 2006, p. 48

Segundo Cleber Demetrio Oliveira da Silva, ao administrador público, neste novo modelo de gestão, resta-lhe tão somente exercer:

atos de governo, como atividade política, *atos de administração*, vinculados à lei, como uma atividade neutra e *atos de gestão* realizando planejamento, controle, administração de recursos humanos, materiais, tecnológicos e financeiros, inserção de cada unidade organizacional no foco da organização e tomada de decisão diante de conflitos internos e externos¹³⁶.

Assim, na realização do interesse público é fundamental a Gestão Pública, tendo em vista que ela tem a função de viabilizar o controle da eficiência do Estado na realização do bem comum por meio de políticas públicas.

Dessa forma, sob os princípios estruturantes constituídos pelo Estado de Direito e o Estado Democrático, e com a redemocratização, a partir da década de 1990, surge uma gestão pós-burocrática caracterizada pela definição correta de suas finalidades, com resultados precisos e autonomia do gestor em relação a gestão de pessoas, recursos materiais e financeiros, descentralização, flexibilização e, principalmente a adoção da participação popular nos destinos do Estado e da sociedade.

Esse novo modelo de Gestão Pública a faz agir com muito mais eficiência, garantindo à sociedade civil e ao mercado o atendimento de suas necessidades. Os gestores públicos, nesse novo modelo têm muito mais autonomia e responsabilidade, mesmo porque o ente estatal passa a desenvolver e executar mais diretamente suas próprias tarefas, centralizadas ou descentralizadas.

As atividades ou tarefas centralizadas equivalem a “estilos político-administrativos autoritários e com grande ênfase na estrutura hierárquica”¹³⁷, próprias da administração Estadocêntrica.

A descentralização se deve ao surgimento de novos atores autônomos oriundos dos movimentos sociais e do novo modelo de administração estatal

¹³⁶ SILVA, Cleber Demétrio Oliveira. *Conceito de gestão pública*. Disponível em: <www.rzococultoria.com.br> . Acesso em 26 set. 2009.

¹³⁷ KEINERT, Tania Margarete Mezzomo. *Administração pública no Brasil – crises e mudanças de paradigmas*. São Paulo: Annablume Fapesp, 2000, p.94.

baseado no sociocentrismo, diferentemente da administração centralizada baseada no estadocentrismo.

No dizer de Tânia Keinert:

Fazendo uma aproximação poderia ser afirmado que modelos de gestão centralizados correspondem à matriz Estadocêntrica, enquanto descentralizados seriam mais adequados à matriz Sociocêntrica. É claro que esta não é uma associação mecânica, porém estilos de gestão descentralizados são um imperativo em sistemas em que há uma multiplicidades de atores autônomos¹³⁸.

A sociedade civil é colocada na condição de co-responsável nas atividades da Gestão Pública para a produção de bens e prestação de serviços públicos, auxiliando, portanto, o Estado no desempenho de suas atribuições. Como sustenta ainda Tânia Keinert:

A produção de bens públicos a partir de organizações públicas não-estatais e de controle social – ao nível principalmente *local* – por meio das agências e serviços públicos cada vez mais descentralizados são processos que podem ser erroneamente entendidos como estratégias conservadoras para reduzir o poder do Estado, ao invés disso, verifica-se que têm potencial para o fortalecimento do Estado em termos de representatividade, capacidade institucional e responsabilidade pública¹³⁹.

Evidente que, a sociedade civil para assumir certas tarefas ou atividades é imprescindível que tenha capacidade para, agir em conjunto com o Estado, dentro dos princípios ético-administrativos, filosóficos e políticos que regem a Gestão Pública.

A Gestão Pública deve ser baseada na verdade, na ética, na investigação séria dos fatos, na realização e edição de atos de administração sem qualquer manipulação, essencialmente voltado ao bem comum, com respeito ao ser humano como o destinatário das atividades estatais. Ética como fundamento da normatividade jurídica, imprescindível na construção desta, a fim de que haja um ordenamento jurídico justo e valoroso, protetor dos seres humanos e de suas relações entre si e com o Estado.

¹³⁸ *Ibidem*, p.94.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 94.

Isso importa em afirmar um direito que seja emancipatório, baseado numa nova ética, a “ética da alteridade”, “que tem cunho libertatório por estar inserida nas práticas sociais e delas ser produto”¹⁴⁰.

Essa *práxis* é a solidariedade humana já que, segundo Wolkmer:

a “ética da alteridade” é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos. Em síntese, a “ética da alteridade”, base fundamental na edificação de um novo direito, por traduzir valores emergentes de novas identidades coletivas instituidoras de uma *práxis* comprometida com a dignidade do “outro”, tem como fonte teórico-prática, de um lado, os pressupostos epistemológicos da “filosofia da libertação”, de outro, as práticas sociais cotidianas e as necessidades históricas reais¹⁴¹.

Assim, é preciso buscar em princípios ético-administrativos, filosóficos e políticos os caminhos a serem percorridos pelo modelo de Gestão Pública, sobretudo, na ética, já que o ser humano é capaz de cometer excessos, por ter possibilidade de agir com liberdade, sendo ele dotado de virtudes que o torna capaz de discernir os caminhos a seguir. Mas, é também portador de vícios que o torna doente, débil ou enfermo, conforme nos ensina desde os tempos idos a filosofia grega, como Platão já asseverava: “a virtude será, ao que parece, uma espécie de saúde, beleza e bem estar da alma; a doença, uma enfermidade, fealdade e debilidade”¹⁴².

O ser humano, em constante comunicação com o outro, busca a maior felicidade possível, o respeito mútuo, o bem comum como justiça “desenvolvendo ações virtuosas e mantendo-se longe dos vícios, tudo isso se baseando no conhecimento e na felicidade”¹⁴³, ensinamento que não surgiu em Platão, mas é um legado deixado por Sócrates.

¹⁴⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. A construção democrática do direito: estado, desobediência civil e ética. In: ARGUELLO, Katie (Org.). *Direito e democracia*. Op. cit., p. 191.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 192.

¹⁴² ALMEIDA, Guilherme de Assis Almeida; CHRISTMAN, Marta Ochsenhofer. Op. cit., p. 20.

¹⁴³ BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 3ªEd. São Paulo: Atlas, 2004. p. 61.

Nesse interagir do ser humano com ele mesmo, com os outros e com o Estado está o caminho para a realização do bem comum, em benefício de todos. Em razão disso, não há como falar em Gestão Pública se não pensar numa atividade estatal ética, democrática, transparente, responsável, plural, participativa, eficaz, eficiente, acessível, equânime e subsidiária, além, é claro, baseada naqueles princípios que estão consagrados constitucionalmente na Carta Magna da nação brasileira.

A esses princípios, todo agente público está independentemente da sua esfera de atuação ligado ao Estado e, por isso mesmo, deve obediência aos princípios constitucionais que norteiam toda a atividade da Gestão Pública. O sistema jurídico, por meio da norma estabelece a conduta do agente público na consecução de atos administrativos, sejam os de governo ou de gestão. Em caso de transgressão à norma na realização do ato administrativo, fica ele sujeito à sanção prevista.

Na Constituição Federal, promulgada em 1988, o art. 37 aponta como princípios da Administração Pública, que hoje se traduz em Gestão Pública, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da eficiência foi introduzido no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998¹⁴⁴.

O princípio da legalidade surge no momento que nasce o Estado de Direito. Ele se constitui numa garantia aos direitos individuais previstos em lei, limitando a atuação estatal.

¹⁴⁴ Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998 - Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências - Art. 3º O caput, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao artigo os §§ 7º a 9º: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte..."

A partir do momento que o Estado Brasileiro atua abusivamente em desrespeito não só à lei em sentido estrito, mas também a todos os princípios elencados na Constituição Federal de 1988, como no caso da edição de medidas provisórias, estará descumprindo com o princípio da legalidade, pois fere o princípio da soberania popular, um dos fundamentos da república.

O princípio da impessoalidade decorre da prerrogativa de que todas as pessoas devem ser tratadas de forma igual, cuja igualdade não é só perante a lei, mas também na lei. Não pode haver qualquer discriminação ou favoritismo no trato com as pessoas, havendo, portanto, impedimentos aos tratos discriminatórios e atentatórios à dignidade da pessoa humana. Além disso, o Estado, por esse princípio está obrigado a realizar o bem comum.

O princípio fonte é o respeito ético à dignidade da pessoa humana, isto é, o cidadão, sujeito de direitos e deveres que se torna o centro fulcral da Gestão Pública. Aplicando o imperativo categórico de Kant, Guilherme Almeida e Martha Christmann afirmam que: “o ato de imperar (ordenar, mandar, prescrever) realiza-se no mundo do dever-ser”¹⁴⁵.

Assim, atentar contra a probidade administrativa, além de crime de responsabilidade do gestor público ou do agente público, que enseja a destituição do cargo é também atentatório aos princípios éticos.

A moralidade administrativa corresponde, segundo Juarez Freitas ao:

dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez¹⁴⁶.

¹⁴⁵ ALMEIDA, Guilherme. CHRISTMANN, Martha Christmann. Op. cit.,p.18.

¹⁴⁶ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 45.

Para Hely Lopes Meirelles, ao falar sobre o ato administrativo:

(...) por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: - "non omne quod licet honestum est"¹⁴⁷.

Por essa afirmação se torna implícito que além da distinção que se traduz no ato administrativo legal e o ilegal, justo e o injusto, conveniente e o inconveniente, oportuno e o inoportuno, se verifica também a existência do ato honesto e do desonesto, que atenta contra o princípio ético, princípio fonte da dignidade da pessoa humana.

A quem sustenta, como é o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

(...) sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio constitucional da moralidade¹⁴⁸.

Esse princípio da moralidade administrativa é fundamental como princípio ético como já mencionado, por constituir-se como princípio que impera, que ordena e que, por isso, mesmo em se tratando de atividade administrativa em consonância com a regra jurídica, mas que seja um ato desonesto, passa a ser imoral, ofensivo aos bons costumes, à justiça, à equidade e à qualidade da administração.

Assim, a ética, como já dito alhures, na Gestão Pública passa a integrar, após a promulgação da Constituição Federal, todos os momentos do ato administrativo, desde a sua edição até a sua execução. Não existe meia ética, assim como não existe meia gravidez.

O Princípio da Publicidade se traduz no dever que a Gestão Pública tem em prestar contas de todos os seus atos, contratos e procedimentos, sendo

¹⁴⁷ MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit., p. 89.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74.

relevante a transparência, excetuando-se nos caso em que, por lei, a publicidade não é admitida em respeito ao interesse público.

O princípio da publicidade diz respeito não só à atuação estatal na divulgação oficial de seus atos, mas também na “propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes”¹⁴⁹.

O Princípio da Eficiência foi introduzido no ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998. O atuar da gestão pública, seja do próprio gestor ou dos agentes deve ser imparcial, transparente, neutro, eficaz, sem burocracia, com qualidade, sempre em busca do bem comum. Atuar dentro da legalidade e da moralidade quando da utilização de recursos públicos, evitando desperdícios e garantindo maior rentabilidade social.

Aliados a esses princípios existem ainda diretrizes que orientam a política de atuação da gestão pública, tais como:

a) *Da motivação*, que assegura o direito do cidadão saber os motivos fáticos e jurídicos que levaram o gestor a tomar uma decisão ou realizar um ato e, se esse ato está de acordo com os padrões éticos, morais e legais;

b) *Da supremacia do interesse público sobre o privado*, que proclama a superioridade do interesse da coletividade sobre o interesse particular, necessário para a estabilidade da ordem social em que, cada pessoa e todas se sentem garantidas e resguardadas;

c) *Da indisponibilidade*, significando que o gestor exerce uma atividade em nome e do interesse do povo, não podendo, pois, dispor de interesse que não é seu, a exemplo dos bens públicos que são indisponíveis. São interesses públicos “os interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis”¹⁵⁰;

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 654.

¹⁵⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.45.

d) *Da razoabilidade*, significando o dever que o gestor tem de agir de forma razoável, lógica e coerente, exigindo relação de pertinência entre a *conveniência* e a *oportunidade* com a *finalidade*. Esse princípio encontra-se implícito na Constituição Federal, embora a Emenda Constitucional nº 45/2004 tenha inserido a expressão “prazo razoável” no art. 5º, LXXVIII, defendendo poucos doutrinadores de que se refere literalmente ao dito princípio. Contudo, esse princípio representa uma grande limitação da discricionariedade do ato administrativo.

e) *Da proporcionalidade*, também implícito na Constituição Federal, significando que o gestor tenha uma atuação equilibrada entre o ato praticado e a medida aplicada, aplicando, por exemplo, sanção leve em caso de infração leve, ou, no caso de benefícios alcançados e prejuízos sofridos. A proporcionalidade deve ser analisada diante de casos concretos e sob critérios comuns, aceitos pela sociedade em que vive. “Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade”¹⁵¹. Ao Poder Público cabe, portanto, atuar com presteza, coerência, lógica, porque o resguardo do interesse público deve ser a sua meta.

Essas diretrizes são as bases do funcionamento do Estado, hoje uma administração/gestão desburocratizada. O Estado gerencial que possibilita a legitimação democrática do poder do Estado por meio da participação popular no processo político, na Gestão Pública, nas decisões do governo e no controle da gestão pública.

O Estado de Direito Democrático se caracteriza essencialmente pela participação popular em que, o povo soberano, seus sujeitos integrantes, participam e tomam decisões conjuntas. Por isso, a importância das diretrizes que regem a Gestão Pública, expressos ou implícitos no texto constitucional,

¹⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p.76.

que demonstram o estabelecimento da relação entre a ética, a política e o direito.

Esses princípios submetem ao princípio maior, o princípio fonte que é a dignidade da pessoa humana, o fundamento “radical” da cidadania e da democracia. A democracia representativa há muito tempo está em crise no Brasil e, pela inobservância dos princípios, sobretudo pelo desrespeito ao princípio-fonte da dignidade da pessoa humana, ela está desacreditada pela falta de ética dos representantes do povo.

Por isso, é uma democracia de baixa intensidade, porque, na realidade, os representantes do povo buscam suas eleições a qualquer preço. Além disso, existem ainda: um enorme distanciamento entre os representantes e representados; os mandatos são violados; os bens do povo são privatizados; os representantes se elegem sob o domínio do poder econômico; a exclusão social é crônica e o clientelismo constitui uma forma de fazer política.

Em contrapartida, a democracia participativa recria a política, recria os espaços públicos, onde todos se interagem de maneira contínua, informal e plural, com a consciência de que todos têm direito a ter direitos, buscando a cidadania como uma conquista, uma luta constante.

Traduz, assim, a democratização da política como a forma mais ideal de radicalização da democracia em que os múltiplos atores, de distintas formas participam da Gestão Pública.

Essa democratização da política é um legado dos anos de 1980 que, a cada momento se expande pela consciência coletiva da necessidade de participação destinada a enfrentar a cultura da política ainda dominante. Radicalizando a democracia, as dimensões da vida social estão democratizadas.

2.4 ESPAÇO PÚBLICO E SOCIEDADE CIVIL

Como já mencionado, os denominados novos movimentos sociais fizeram emergir novos atores que, por meio de suas demandas obrigam o Estado a criar espaços públicos direcionados simbolicamente para a vida coletiva, onde tanto representantes políticos quanto representados podem agir para a construção de uma sociedade livre e igualitária.

Contudo, é necessário conhecer o que é “público”, pois, ao que parece, à primeira vista tem-se a noção, pelo senso comum de que “o termo “público” pode ser entendido como relativo àquilo que é “de todos e para todos” à “coisa pública” (*res pública*) e ao “interesse público”¹⁵². Por vezes, o entendimento pode se relacionar às relações econômicas, políticas e sociais que “interferem na produção do *espaço público*. Sendo assim, os “diferentes conceitos de “público”, envolvem questões de poder, de legitimidade, de valores”¹⁵³.

A primeira idéia que surge quando se fala de *público*, é a de seu oposto, o *privado*, no sentido de propriedade, uma dicotomia já superada nos dias atuais, diante da inserção, cada vez mais, do público no privado, quando se fala em Gestão Pública. Na própria esfera econômica, constituída pelo mercado, se revela a interferência da esfera estatal, pública, no controle de suas atividades, sendo, portanto, um objeto de interesse público.

O mercado “produz o coletivo por meio de suas ações”¹⁵⁴, para quem o espaço público é muito valioso, porque, por meio dele tem como obter a melhoria de sua imagem institucional, ampliar seus negócios, ampliar investimentos, inclusive em atividades filantrópicas, sem, contudo, interferir na seara da sociedade civil. Além disso, o que a sociedade mais espera das empresas é que atuem com responsabilidade social, sobretudo, em relação ao desenvolvimento sustentável.

¹⁵² KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. *Administração pública no Brasil – crises e mudanças de paradigmas*. Op.cit., p. 61.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 61.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 62.

Nos dias atuais, os direitos ou interesses difusos, a exemplo do direito ao meio ambiente sustentável, são direitos de todas as pessoas, entendido aqui como “público”, razão pela qual, também os integrantes da esfera privada devem respeitá-los. Se, por exemplo, uma empresa comete um dano ao meio ambiente, a sua responsabilidade surge, não porque tenha uma relação jurídica com as pessoas, mas, porque, com elas está unida por circunstâncias de fato, como, no caso de “a pessoa morar na mesma região, consumir os mesmos produtos, participar das mesmas atividades empresariais”¹⁵⁵. Causando o dano ambiental, a empresa tem o dever de repará-lo.

Então, nessa hipótese, a empresa, integrante da esfera mercadológica, é responsável pelo meio ambiente quando lhe causar dano. O meio ambiente como patrimônio público, direito difuso, por ser de um número indeterminado de seres humanos. Agindo assim, a empresa evita “que o Estado tenha que intervir, mais tarde, com programas de despoluição ambiental consumindo outro recurso escasso, o fundo público de financiamento”¹⁵⁶.

Sob o aspecto jurídico, é comum estabelecer a diferença entre público e privado com base na clássica divisão do direito público e direito privado. Aqui se trata de regime jurídico, porque, a doutrina jurídica sempre apregoou que para saber se uma atividade é pública ou é privada dependerá de tal regime. Como afirma Bandeira de Mello: “não é o sujeito da atividade nem a natureza dela que lhe outorgam caráter público ou privado, mas o regime a que, por lei, for submetida”¹⁵⁷. Assim, é o Estado, por meio do ordenamento jurídico, que dita para a coletividade o que é público e o que é privado, pois, se o regime, no caso, for público, a atividade será pública. Caso contrário, a atividade será privada.

Contudo, se for levado em conta essa clássica divisão entre público e privado, considerando o regime jurídico, as atividades desenvolvidas pelas

¹⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Revista de Processo, ano 25, n. 97, janeiro-março 2000, pp. 9 -15.

¹⁵⁶ KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. *Administração pública no Brasil – crises e mudanças de paradigmas*. Op.cit., p. 62.

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p.

Organizações Não-Governamentais – ONGs, que possuem personalidade jurídica de direito privado, sujeitas ao regime jurídico privado, seriam estritamente privadas. Na verdade, ditas organizações desenvolvem atividades públicas, em benefício da sociedade, articulando em movimentos sociais e com o próprio Estado e, fazem parte de “novas dimensões de interlocução pública que traduzem formas múltiplas de sociabilidade política e sinalizam caminhos para uma reconstrução da sociedade civil”¹⁵⁸.

O termo “público” é, ainda, muitas vezes interpretado nas mais diversas concepções de Estado e, também, nas mais variadas concepções de sociedade civil que não se encontra inserta na esfera estatal.

Assim, o espaço público se insere na intersecção das esferas estatal e não-estatal, “algumas em oposição, outras em complementariedade”¹⁵⁹. Nessa intersecção acaba por colocar um ponto final na dicotomia existente entre o público e o privado, não obstante poder falar que a esfera pública sempre se referiu à esfera estatal, assim considerada historicamente. Contudo, a esfera pública “ancora suas raízes na sociedade, ainda que com múltiplas contradições”¹⁶⁰. Isso é um processo permanente que vai sendo construído pela sociedade, embora, juntamente com o Estado, essa dicotomia é superada já que, ambos têm a incumbência de respeitar o que é específico de cada esfera.

As atividades exercidas pela sociedade civil, sobretudo, as desenvolvidas pelas associações comunitárias servem para derrubar as barreiras burocráticas que separam o cidadão comum da estrutura estatal, porque, em nome do cidadão-indivíduo, da família, da coletividade, pertencentes à esfera privada, estabelecem relação com a esfera estatal para que efetive os direitos de cidadania que se encontram na esfera pública.

¹⁵⁸ SILVA, Ana Amélia. Esfera pública e sociedade civil. Op. cit., p.63.

¹⁵⁹ KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. *Administração pública no Brasil – crises e mudanças de paradigmas*. Op.cit., p. 61.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 62.

A colocação dos direitos de cidadania na esfera pública é adotada no modelo de sociedade baseado na teoria de Thomas Janoski¹⁶¹ que “divide a sociedade nas esferas estatal, mercadológica, pública e privada, colocando na esfera pública os direitos de cidadania”¹⁶². Entre essas esferas existem relações ora em oposição, ora em complementariedade, uma característica do próprio sistema.

A sociedade civil, formada pelas associações comunitárias, entidades ecológicas, Organizações Não-Governamentais, sindicatos, escolas, terceiro setor, igrejas, etc. estão inseridas na esfera pública. Na esfera estatal se incluem os poderes da república com todas as suas unidades de funcionamento. Na esfera mercadológica se incluem todas as empresas de capital, bancos, empresas comerciais, etc. e, na esfera privada se inserem a família, o indivíduo, sua propriedade, privacidade e relações sociais.

Nessas considerações, já se observa que há uma diferenciação entre o Estado, evidentemente interligado à esfera estatal na sua atividade, a sociedade civil, fora da esfera estatal e inserida na esfera pública e o indivíduo, inserto na esfera privada. A sociedade civil é assim, um canal por meio do qual, todos os setores que a integram podem levar ao Estado, a esfera estatal, suas demandas, suas reivindicação que, *a priori*, são legítimas.

Portanto, nessa condição, é fundamental que se reconheça na sociedade civil, que se encontra dentro da esfera ou espaço público, um objetivo que:

não somente crie a possibilidade de tornar a Gestão Pública mais permeável às demandas emergentes da sociedade, mas que também retire do Estado e dos agentes sociais privilegiados o monopólio exclusivo de definição da *agenda social*¹⁶³.

Para atuar com independência, retirando do Estado e de seus agentes o monopólio de definição da agenda social, mister se faz que a sociedade civil

¹⁶¹ Sua obra com o título “Citizenship and civil society” – publicada em 1988.

¹⁶² KROHLING, Aloísio. *direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia*. Op. cit., p. 128.

¹⁶³ KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. *Administração pública no Brasil – crises e mudanças de paradigmas*. Op.cit., p. 61.

tenha autonomia para atuação, sem que possa ser influenciada pelo Estado ou pelo mercado, e não ser como um instrumento do Estado, dos Partidos Políticos e, muito menos dos Políticos. Imprescindível que se posicione como uma organização popular, com poder soberano e atributos de agir democrática e comunicativamente, num constante processo de construção da soberania popular.

Aliás, com muita propriedade afirma Aloísio Krohling que:

Para a sociedade civil só interessa um Estado socialmente controlado e um mercado socialmente orientado. A “nova esfera social-pública” é o espaço público dos direitos dos cidadãos, que se organizam e reivindicam ser ouvidos e atendidos com efetividade. A nova esfera da organização cidadã é não-estatal e não-mercantil, pois escapa da dominação do Estado e da lógica do lucro do mercado. Nem *estadocentrismo* e nem *mercadocentrismo*, pede a sociedade civil¹⁶⁴.

Nessa visão de espaço público como nova esfera social-pública encontra o agir comunicacional entre os atores sociais e a esfera estatal, na realização e discussão de questões políticas que sejam relevantes. No dizer de Habermas:

A esfera pública quando abrange questões politicamente relevantes ela deixa ao cargo do sistema político a elaboração especializada. A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo, não com as funções, nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana¹⁶⁵.

Assim, o espaço público ou esfera pública, onde a sociedade civil se localiza, não se constitui de uma instituição em si, nem como uma organização, atributo próprio da sociedade civil, mas um local onde os atores sociais possam travar discussões e reivindicar seus direitos. Pertencem ao mundo da vida, a exemplo das escolas, as igrejas, as associações comunitárias, a família, que são verdadeiros espaços de ação comunicativa.

¹⁶⁴ KROHLING, Aloísio. *direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia*. Op. cit., p. 129.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Vol. II. SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 92.

Desse modo, a esfera pública pode ser traduzida como “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões”¹⁶⁶, onde a sociedade civil debate suas questões em foros, seminários, encontros, audiências públicas e outros modelos de comunicação, interagindo pela linguagem, atualmente tão expressiva nas estruturas comunicacionais.

A forma mais ideal de exercício pleno da democracia popular no espaço ou esfera pública é quando ela se opera de forma descentralizada. A estrutura comunicacional se torna mais eficaz, principalmente em sedes de comunicação locais, onde é possível estabelecer discussões mais centradas nos problemas e nas decisões a serem tomadas pelos sujeitos coletivos.

Nesse sentido, Wolkmer bem traduz que:

Mais do que nunca, em estruturas periféricas como a brasileira, marcadas por uma cultura autoritária, centralizados e excludente, impõe-se identificar, como indissociável no processo de reordenação do espaço comunitário, a construção de uma verdadeira cidadania aliada ao desenvolvimento de uma democracia de base que tenha como meta a descentralização administrativa, o controle comunitário do poder e dos recursos, o exercício de mecanismos de co-gestão e autogestão local/setorial/municipal e o incremento das práticas de conselhos ou juntas consultivas, deliberativas e executivas¹⁶⁷.

A participação do cidadão na construção de uma sociedade democrática há de ser baseada na responsabilidade de cada um dentro da comunidade, uma “cidadania consciente e atuante”¹⁶⁸, uma vez que as demandas são muitas e representam necessidades coletivas e, nestas condições a descentralização é um marco importante, tanto político-administrativo quanto na distribuição dos recursos e atribuições de cada membro da comunidade.

Quando se fala em espaço público, mister se faz referir sobre o papel da comunidade, de vez que o “*público* se produz, sobretudo na sociedade, pelo fortalecimento da noção de cidadania”¹⁶⁹. Portanto, como membro atuante no

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.92.

¹⁶⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*. Op. cit., pp. 252-253.

¹⁶⁸ *Ibidem*. p. 253.

¹⁶⁹ KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. *Administração pública no Brasil – crises e mudanças de paradigmas*. Op.cit., p. 62.

espaço público, é preciso que o cidadão tenha a noção de que cidadania é exercício de direitos e a consciência do direito a ter direitos, conforme Hannah Arendt, citada anteriormente no capítulo específico.

Embora a Constituição Federal tenha criado instrumentos de participação popular, ora para consultas populares como o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa de lei, ora os de gestão e fiscalização baseados nos Conselhos, ainda está longe para que a sociedade civil possa, concretamente, ser agente direta na Gestão Pública, tendo em vista que ainda existem barreiras que a impedem de cumprir sua missão.

Ainda se convive com a tradição liberal que luta pela não inclusão de uma visão pluralista na política, formada por atores coletivos capazes de influir nas tomadas de decisões e nos processos de elaboração da agenda social. No espaço público ou esfera pública a política cumpre seu papel para garantir a implementação de interesses da sociedade civil junto ao Estado, este entendido como o aparato administrativo que age com o cidadão em Gestão Pública.

O atuar da sociedade civil é imprescindível que tenha força para impossibilitar a dominação da esfera pública pelas esferas estatal ou mercadológica, porque, ela, como grupo de pressão para a realização de políticas públicas pelo Estado, é a garantia de uma estrutura institucional que favoreça a cidadania. É onde as associações e organizações realizam seus debates em busca de conquistas pela cidadania, sem contudo ser ela a realizadora dos direitos de cidadania, mas serve como um esteio, sustentá-lo na busca de efetivação de tais direitos.

2.5 REPUBLICANISMO E ÉTICA PÚBLICA

Na conjuntura histórica do republicanismo, ao que parece, as grandes preocupações sempre foram com a coisa pública, a *res publica*, e a procura pelo valorização das virtudes cívicas, as quais, na modernidade já não são as mesmas, tendo em vista que, a liberdade formal de antes transformou-se hoje pela necessidade de ser uma liberdade material que dê condições ao cidadão de, efetivamente participar da vida pública com bases em ideais que ainda não tinham sido cumpridos.

As diretrizes orientadoras da vida em sociedade, principalmente as que dizem respeito à efetividade do direito fundamental de acessibilidade do cidadão à Gestão Pública, demonstram que, para ser livre é preciso participar nos destinos da sociedade, em busca do bem comum, tendo em vista o caráter emancipador do republicanismo, saindo das amarras do conservadorismo, próprio do liberalismo e do neoliberalismo, que só trouxeram crises de regulação e emancipação social. No dizer de Boaventura de Souza Santos:

a tensão que habitava o modelo político no seu todo, a desintegração da emancipação social acarretou consigo a desintegração da regulação social. Daí a dupla crise de regulação e de emancipação que nos encontramos hoje, uma crise em que o conservadorismo floresce sob o nome enganador de neoliberalismo. O neoliberalismo não é uma versão nova do liberalismo, mas antes um versão velha do conservadorismo¹⁷⁰.

A participação do cidadão na vida social, era um dever cívico e, constituía uma qualidade; mas, hoje é uma necessidade, pois, para estar inserido na sociedade civil como sujeito ativo nas reivindicações nos espaços públicos, é necessário que esteja livre, ser emancipado, estar envolvido com os problemas da sociedade.

As diretrizes fundadas no ordenamento jurídico e nos princípios ético-administrativos e políticos que regem a Gestão Pública como os da moralidade, impessoalidade, legalidade, publicidade e eficiência, aliadas aos direito

¹⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório?. FDV publicações. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 19.

fundamentais de liberdade e igualdade, prescrevem os deveres de todas as pessoas e da Gestão Pública que, estão a elas submissas, desde que não sejam arbitrárias. Essa submissão e a realização do bem comum, são indispensáveis para a viabilização da república, numa noção de Estado, e oposta à monarquia, que, segundo Bobbio “república é uma forma ideal de Estado fundada sobre a virtude dos cidadãos e sobre o amor pela pátria”¹⁷¹.

Evidente que, um ordenamento jurídico forte, justo, que não seja arbitrário é aquele fundado na democracia participativa. Portanto é aquele que tem origem no poder soberano do povo, origem no consenso e no consentimento, próprios de uma democracia ideal, uma vez que “a democracia como ideal político pode significar diferentes formas de organização do Estado”¹⁷², e sua virtude está “em ser um círculo virtuoso de consensos e consentimentos entre os cidadãos capazes de reproduzir uma comunidade auto-regulada sem gerar crises de legitimação de ordem política”¹⁷³.

O exercício do poder soberano não é uma prática politicamente isolada, já que, os indivíduos se comunicam, agem coletivamente na realização do bem comum, ainda que numa pluralidade de sujeitos e de conhecimentos. Por essa razão, o poder do povo não se constitui de um objeto que pode ser negociado, porque ele é soberano. A partir da modernidade, só por meio do conceito de poder se pode diferenciar a política de outras vertentes do conhecimento, inclusive da ética. Como sustenta Giuseppe Tosi:

O que define, em última instância, a política – pelo menos a partir da modernidade – e a distingue dos outros âmbitos do conhecimento como a economia, a arte, a religião, a ética é o conceito de poder. Portanto, nesta ótica, a questão da relação entre ética e política implica a determinação da legitimidade do poder e da possibilidade que o poder se fundamente sobre princípios éticos distintos, mas não alheios à política¹⁷⁴.

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. In: VIROLI, Maurizio. *Diálogo em torno da República*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 11.

¹⁷² EISENBEG, José. *A democracia depois do liberalismo – ensaios sobre ética, direito e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 203.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 203.

¹⁷⁴ TOSI, Giuseppe. *Direitos humanos como ética republicana*. Disponível em: www.dhnet.org.br Acesso em 26 out. 2009.

O poder é prática social, eis que pertence democraticamente ao povo, que, por meio dos instrumentos de controle social limita a atividade estatal. O Estado tem que ser ético, de acordo com a nova concepção trazida pelo Estado Liberal, sustentação feita por Hegel que procura mostrar os ensinamentos aristotélicos para depois do fim do jusnaturalismo. Ele retorna ao pensamento aristotélico de que o indivíduo busca a felicidade e se completa ao realizar o bem comum. O Estado deve garantir a liberdade sendo ético no cumprimento de suas obrigações, respeitando o indivíduo, educando-o sob valores éticos para a vida em comunidade.

Tanto que Giuseppe Tosi ainda sustenta que:

Para Hegel, como para Aristóteles, fora da *polis* não há humanidade, o todo é maior do que as partes e o indivíduo é um membro de uma totalidade que lhe é superior e o antecede. O Estado, para o filósofo alemão, é uma totalidade ética superior aos indivíduos, que realiza a síntese entre subjetividade e objetividade: “A *eticidade* é o cumprimento do espírito objetivo, a verdade do próprio espírito subjetivo e objetivo”. Desta maneira, o Estado, definido por Hegel como “a substância ética *autoconsciente*, a unificação do princípio da família e da sociedade civil”, tem a obrigação de educar os cidadãos para os valores éticos coletivos típicos daquele povo, expressão daquele *ethos* particular, daquela tradição que se encarna em instituições como a religião, a escola, o exército, a justiça, os tribunais. No momento em que surge o Estado, começa a existir uma história humana, no Estado e nas suas instituições se realiza a verdadeira liberdade humana, e o homem é verdadeiramente livre¹⁷⁵.

Contudo, a eticidade do Estado reside na obediência aos princípios fundantes da república, sobretudo, ao princípio da soberania do povo, porque ele é o titular do poder e criador de mecanismos próprios como a participação popular por meio de seus instrumentos para controle e fiscalização da atividade estatal.

Com acerto Michel Foucault assegura que:

(...) poder não é um objeto, mas uma prática social. Mais que reprimir o poder serve para gerenciar, controlar, fiscalizar. Ao entender-se que em um Estado Democrático de Direito o poder pertence ao povo, para se viver em uma democracia, esse mesmo povo deve criar mecanismos de controle e fiscalização do Estado e

¹⁷⁵ *Ibidem...*

de si mesmo. Para tanto, deve construir o que é verdadeiro para si e para a comunidade na qual vive¹⁷⁶.

O poder soberano vem de uma Constituição forte. A força do ordenamento jurídico representa o papel do direito e da lei na regulação das relações sociais numa pluralidade de sujeitos em busca do consenso e do consentimento para produzir interesses comuns. O direito e a lei cumprem um papel fundamental quando não deixam imperar o arbítrio e a violência no meio social. Conforme sustenta Habermas:

(...) de um ponto de vista republicano, o objetivo de uma comunidade, o bem comum, substancialmente consiste no sucesso de seu empenho político por definir, estabelecer, efetivar e sustentar o conjunto de direitos melhor ajustados às condições e costumes daquela comunidade¹⁷⁷.

Assim, o direito e a lei dão segurança nas relações sociais, coerência e estabilidade, diante das diversidade sociais existentes ou diferentes formas de ver a realidade no mundo atual.

A concepção nova de república envolve o entendimento de que, tudo que é de interesse público sobrepõe o interesse particular. A prevalência do coletivo sobre o privado. Esse interesse pelo público se baseia na responsabilidade de todos os cidadãos, principalmente daqueles que têm poder político com cargos para os quais foram devidamente eleitos e são representantes do povo.

Por vezes tem que se buscar com a política até interesses que são conflitantes, mas sempre em busca do coletivo. Fazer política, portanto, é pensar no coletivo, na realização do bem comum, como afirma Maria Victória Benevides:

Política é sempre uma ação coletiva. Requer uma vocação especial para a identificação, a articulação e a busca de soluções para os problemas decorrentes de interesses heterogêneos, muitas vezes conflitantes, mas sempre coletivos – “política” que é feita só em torno de interesses pessoais ou grupais pode ser compadrio, negócio ou até mesmo *cosa nostra*, mas certamente não será aquilo que, pelo

¹⁷⁶ FOCAULT, Michel. Microfísica do poder *apud* VIAL, Sandra Regina. *Democracia: liberdade, igualdade e poder*. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. (Org.). Porto Alegre: Lvraria do Advogado, 2008, p. 203.

¹⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. São Paulo: Revista Lua Nova, 1995, nº 36, p. 42.

menos, desde Aristóteles, é identificado com a busca do bem comum. Política exige organização e organizadores, o que pressupõe tanto a definição dos agentes e dos espaços físicos e institucionais como a clareza quanto aos fins e aos meios visando a realização de um programa de ação¹⁷⁸.

A grande questão reside exatamente na realização do bem comum, diante dos desmandos que acontecem na prática política brasileira. São as fraudes nas licitações públicas, especialmente por meio do malfadado superfaturamento, prática corriqueira na Gestão Pública; o estado paralelo que se instalou principalmente nas periferias, nos morros e nas favelas, onde só produzem a violência, formam verdadeiros currais eleitorais e proliferam as milícias; a falta de moradia, educação, saúde, segurança que só produzem desigualdades, enfim, realizações básicas, necessárias à sobrevivência ou a uma vida digna da pessoa humana.

Sem política não há como a sociedade ter vida pacífica, pois estaria imperando a lei daqueles que dominam o poder que, só por meio dos instrumentos postos à disposição do cidadão pode haver controle e limites na atuação dos gestores públicos.

A participação cidadã por meio de todos os instrumentos que lhe são colocados à disposição é fundamental a fim de que possa resgatar as dimensões republicanas como medida de cada vez mais reforçar a democracia, uma vez que "(...) resgatar as dimensões mais republicanas latentes são a chave para dar uma nova interpretação à idéia de democracia"¹⁷⁹. Por meio da lei que garanta essa participação se resgatarão as dimensões republicanas, porque, ela expressa e representa a convergência de todos os interesses dos cidadãos, principalmente na realização das liberdades e efetivação dos direitos fundamentais.

¹⁷⁸ BENEVIDES, Maria Victoria. *Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia*. In: BENEVIDES, Maria Victória; VANNUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (Org.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Ed. Perseu Abramo, 2003, pp. 83-84.

¹⁷⁹ EISENBERG, José. *A democracia depois do liberalismo – ensaios sobre ética, direito e política*. Op. cit., p. 197.

Entre os instrumentos de participação popular que servem de controle social, de limitação da atividade estatal estão as Ouvidorias Públicas com suas atribuições de receber reclamações, denúncias e críticas, não sendo só um direito do cidadão, mas também um dever seu, uma vez que, assim agindo, estará atuando em defesa da democracia, da coletividade e, principalmente, mostrando as necessidades de mudanças na Gestão Pública no cumprimento de seus serviços com qualidade.

Para isso é preciso que ocorram mudanças nos costumes, nas mentalidades da pessoas, como afirma Maria Victoria Benevides que:

A democracia em nosso país, depende, nesse sentido, das possibilidades de mudanças nos costumes – e nas “mentalidades” em uma sociedade tão marcada pela experiência do mando e do favor, da exclusão e do privilégio¹⁸⁰.

A sociedade brasileira por longos anos passou por todas as experiências em que, os fundamentos da república foram desconsiderados. Os princípios estruturantes do Estado de Direito e do Estado Democrática só faziam parte dos manuais proclamados pelo liberalismo e neoliberalismo. A cidadania vista apenas como uma atividade política lembrada por ocasião dos pleitos eleitorais como uma espécie de cidadania tutelada ou assistida. Cidadãos foram e ainda são os mais privilegiados.

Por isso, é indispensável que haja ética na política. Exercer política responsável é um atuar nobre, alicerçado em princípios morais e que exige competência. Respeitar o cidadão é acima de tudo, ter espírito republicano e um dever ético, em que se busca o poder, mas pensando que, como representante do cidadão, deverá agir na realização do bem comum.

São qualidades que não podem ser diferentes para o Ouvidor Público na condição de defensor do cidadão perante a Gestão Pública, devendo agir com autonomia e independência, com competência, aberto às reivindicações, denúncias e críticas e, acima de tudo, agir de acordo com a ética.

¹⁸⁰ BENEVIDES, Maria Victoria. *Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia*. In: BENEVIDES, Maria Victória; VANNUCHI, Paulo; KERCHÉ, Fábio (Org.). p. 114.

3 OUVIDORIA PÚBLICA E OUVIDOR PÚBLICO

3.1 OUVIDOR PÚBLICO NO BRASIL

É preciso registrar inicialmente que são escassas as fontes de pesquisa e informações a respeito da criação de Ouvidorias Públicas na Gestão Pública brasileira. Pouquíssimos livros existem a respeito, a não ser sobre as Ouvidorias no setor privado, tendo em vista que, a figura do *Ombudsman* é muito utilizada nas empresas.

Por esta razão, algumas informações aqui serão obtidas na página da Associação dos Ouvidores do Brasil – ABO, onde condensa muitas informações sobre as Ouvidorias no setor público, sobretudo, no que se refere o surgimento delas.

A criação de ouvidorias nas instituições públicas e privadas no Brasil vem se destacando como um fenômeno, expandindo-se com enorme velocidade nos espaços públicos e privados para que, de forma independente possam receber e apurar críticas, reclamações, denúncias, e até fazer recomendações, orientações e propor medidas corretivas necessárias para o aperfeiçoamento dos serviços prestados à população.

Constituem, na prática, um importante canal de acessibilidade fácil do cidadão, consumidor, usuário dos serviços públicos, à Gestão Pública. Esse acesso à Gestão Pública é um direito fundamental do cidadão que, por meio do Ouvidor, titular da Ouvidoria Pública, pode defender seus direitos, usando dos serviços que lhe são colocados à disposição. Cumpre registrar que:

o Ombudsman é, basicamente, um instituto do direito administrativo de natureza unipessoal e não contenciosa, funcionalmente autônomo e formalmente vinculado ao Poder Legislativo, destinado ao controle da administração e, nessa condição, voltado para a defesa dos direitos fundamentais do cidadão¹⁸¹.

¹⁸¹ GOMES, Manoel Eduardo Camargo e. *O ouvidor geral – uma experiência municipal*. Tese apresentada no V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (1986). Revista de Direito Público. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n. 83, p. 250-259, jul./set. de 1987, p. 253.

A sociedade se transformou, surgindo novos atores que, por meio da sociedade civil, nos espaços públicos estão sempre em busca de melhorias na qualidade dos serviços públicos. Por meio desses sujeitos sociais, as instituições públicas pretendem compartilhar suas ações com as pretensões advindas da sociedade.

Por isso, por meio das Ouvidorias Públicas, um dos mecanismos criados pelo ordenamento jurídico, a Gestão Pública busca apoio ao processo de modernização de suas unidades, visando melhorar o nível de eficiência e eficácia na realização de suas atividades, com a pretensão de recuperar e consolidar a sua imagem perante a sociedade, melhorando a qualidade dos serviços prestados.

Para o exercício de suas atividades, como canal de acessibilidade do cidadão à Gestão Pública, a Ouvidoria Pública utiliza o *Ombudsman*/Ouvidor, pessoa capacitada para ouvir o cidadão, usuário dos serviços públicos, uma figura há muito tempo criada para o exercício de funções que lhe eram delegadas.

Essa figura, amplamente utilizada nos tempos modernos tanto no setor privado quanto no setor público, foi previsto em lei, pela primeira vez na Suécia “em 1809, e, visava defender os cidadãos que tivessem os seus direitos lesados pela administração pública”¹⁸². No setor privado, é tido hoje como representante do cliente no seu relacionamento com a empresa para efeitos de reclamações, sugestões, críticas e, até elogios.

Há várias informações a respeito da origem do termo *ombudsman*. A informação mais precisa, segundo Odila de Lara Pinto, é de que, etimologicamente:

A palavra *ombudsman* é de origem nórdica e segundo Guillén, se decompõe no prefixo *om*, da raiz *bud* e do sufixo *man*. Sendo que: *man*, significa, em germânico ocidental (nórdico, gótico, holandês,

¹⁸² PINTO, Odila de Lara. *Ombudsman nos bancos – agente de mudanças nas instituições bancárias no Brasil*. São Paulo: Musa, 1998. p. 13.

alemão, frisão, anglo-saxão), homem. O termo *bud* equivalente ao alemão *Bote*, ao flamengo *Bode*, é o enviado, embaixador, delegado; e, *om* em alemão *um* e em holandês *om*, significa movimento ao redor de um ponto médio, em torno, em direção para. De modo que ombudsman, literalmente significa “homem que dá trâmite”. E, de acordo com Costa (1991), *ombud*, significa representante, delegado e *man*, homem. Ombusman, portanto, seria o procurador, defensor ou, ainda, aquele que representa¹⁸³.

Na agenda nacional o termo, ora aparece como *ombudsman*, com pronúncia “paroxítone (ombudsman), usando a mesma forma tanto para o singular como para o plural (ombudsman)”¹⁸⁴, diferentemente da pronúncia inglesa que é proparoxítone (ombudsman), admitindo o plural como sendo ombudsmen e o feminino como “ombudswoman”¹⁸⁵, e, ora, aparece como Ouvidor, conforme consta em algumas Constituições de Estados e legislação infraconstitucional. Na maioria dos textos legais, aparece sempre como Ouvidor.

A figura do *ombudsman* ou *ouvidor* é encontrada em muitos países do mundo inteiro, inclusive nos continentes africano, latino americano e asiático, onde o termo original foi mantido, mas, por vezes com significados diferentes, tendo em vista que o modelo sueco, historicamente, sofreu várias alterações em sua essência, sobretudo, nos países da América Latina.

A União Européia instituiu, pelo Tratado de Maastricht em 1992 o “*Euro-ombudsman* (Provedor de Justiça) com a atribuição de receber reclamações, denúncias e elogios de particulares, empresas e instituições domiciliadas em seu território”¹⁸⁶, com atuação totalmente independente e imparcial, desvinculado de qualquer órgão da administração própria ou da administração pública, servindo como mediador entre os cidadãos e a administração da comunidade européia.

No Brasil, de acordo com documentos históricos, desde sua divisão em Capitâneas Hereditárias, “ouvidores eram indicados pelo Rei de Portugal para

¹⁸³ *Ibidem*, pp.18-19.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 20.

¹⁸⁵ Termo citado na Folha de São Paulo, 30 de janeiro de 1992, no 3º caderno, sob o título: Grupo Garavelo tem ombudswoman”. *Ibidem*, p.20.

¹⁸⁶ Associação Brasileira de Ouvidorias - ABO. *Sobre as ouvidorias*. Disponível em: www.abo.br Acesso em 23 set. 2009.

exercerem as suas atribuições juntamente com os Governadores Gerais”¹⁸⁷, com a incumbência de lavrar e promulgar leis, estabelecer Câmaras de Vereadores, atuar como comissários de justiça e, principalmente, ouvir as reclamações e reivindicações da população sobre improbidades e desmandos administrativos.

A figura do Ouvidor surgiu no ano de 1549 em virtude da nomeação de “Pero Borges feita por Tomé de Souza como o primeiro Ouvidor-Geral, com a função de representar a administração da justiça real portuguesa, atuando como “juiz em nome do rei”¹⁸⁸, função completamente diferente do modelo sueco onde é tido como representante do povo.

A Constituição do Império em 1824, nenhuma menção fez à figura do Ouvidora e, somente após a independência, por iniciativa do Deputado Constituinte José de Souza Mello, foi criada Ouvidoria Geral, “o que só veio a ocorrer em 1923 por iniciativa do Deputado Constituinte José de Souza Mello”¹⁸⁹.

Embora houvesse inúmeras tentativas para incluir a instituição Ouvidoria Pública nas Constituições Brasileiras, tal não ocorreu. A sua presença na Administração Pública “se deve à iniciativa de gestores públicos como processo de modernização de suas atividades, reconhecendo que a Ouvidoria é o melhor canal de comunicação para se relacionar com a sociedade, visando, acima de tudo, a melhoria na qualidade dos serviços públicos”¹⁹⁰.

Nesse importante momento do Constitucionalismo Brasileiro, já se pensava na inserção da figura do Defensor do Povo no ordenamento jurídico como referencial que serviria de modelo para a criação das Ouvidorias Públicas no Brasil. Mas, “isso não aconteceu devido a marcante heterogeneidade dessa instituição no país, inviabilizando um perfil único nessas condições. As muitas

¹⁸⁷ *Ibidem* – ABO.

¹⁸⁸ *Ibidem* - ABO

¹⁸⁹ *Ibidem* - ABO

¹⁹⁰ *Ibidem* - ABO

Ouvidorias que existem, só existem de fato, sequer possuindo *status* jurídico definido em lei ou mesmo em normas internas do órgão em que atuam¹⁹¹.

A consolidação das Ouvidorias no Brasil só iniciou a partir de 1986 com a criação da primeira Ouvidoria Pública na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, ainda no “governo de Roberto Requião, então Prefeito Municipal, que editou o Decreto nº 215, de 21 de março de 1986”¹⁹², extinta em 1989.

Ainda no Paraná, por meio do Decreto nº 22, de 15 de março de 1991, criou-se a função de Ouvidor Geral com atribuições de “atuar na defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos contra atos e omissões cometidos pela Administração Pública estadual no âmbito do Poder Executivo”. Esta legislação, contudo, previa que o cargo de Ouvidor Público seria ocupado por algum dos secretários especiais de Governo.

A Constituição Federal de 1988 não contemplou a Ouvidoria Pública no seu texto, ou seja, “não instituiu um Ombudsman para controle da Administração Federal. Estas funções ficaram divididas entre o Tribunal de Contas da União, o Ministério Público e o Congresso Nacional”¹⁹³. Estes setores resistiram quanto a criação das ouvidorias públicas, sobretudo, com a instituição de Ouvidor, ao argumento de que haveria um aumento desnecessário nas contas públicas.

A Carta Magna fixou atribuições para o Tribunal de Contas da União – TCU, como órgão público que tivesse a função de receber denúncias de qualquer cidadão e instaurasse procedimento investigatório. Ao Ministério Público atribuiu prerrogativas de fiscalização, considerando-o autônomo, funcional e administrativo, conforme previsão contida no art. 127 da Constituição Federal, que lhe atribui uma função importante de defensor da ordem jurídica, dos interesses individuais e coletivos e como protetor dos direitos humanos.

¹⁹¹ *Ibidem* - ABO

¹⁹² PINTO, Odila de Lara. *Ombudsman nos bancos – agente de mudanças nas instituições bancárias do Brasil*. Op. cit., p.50.

¹⁹³ *Ibidem*, p.49.

O que levou a serem criados no Brasil inúmeros canais de acessibilidade do cidadão aos serviços da Gestão Pública, entre eles, as Ouvidorias, foi a sociabilidade política que se expandiu em todo país nas décadas de 1980 e 1990, em virtude da resistência de setores da sociedade ao regime militar implantado com a Revolução de 1964. Isso devido aos anseios da sociedade civil em busca de uma participação mais efetiva nos destinos da nação, impondo progressivamente um novo modelo de administração com cunho democrático, baseado no relacionamento entre o cidadão, usuário dos serviços públicos e o Estado.

A gestão da coisa pública passa a não ser só do Estado, mas, com o ressurgimento da sociedade civil desempenhando junto com o Estado os serviços de gestão, surge uma nova política cidadã, a participação popular nas decisões.

A partir de então, o processo de criação de ouvidorias se ampliou em todo o país, não só no âmbito da Gestão Pública, mas também no âmbito da iniciativa privada, tendo em vista a identificação da necessidade que as empresas sentiram de instituir o seu *ombudsman* sempre com os mesmos objetivos de, por meio das reclamações, sugestões e críticas dos clientes ou consumidores, buscar atingir o mais elevado nível de excelência de seus serviços e produtos, “captando os anseios de sua clientela, antecipando-se às necessidades desta e adaptando seus produtos e seus serviços para a satisfação das expectativas”¹⁹⁴.

A expansão das ouvidorias levou à criação, inclusive da Associação Brasileira de Ouvidorias/Ombudsman – ABO, o que se deu em 1995, congregando os profissionais ouvidores e objetivando defender seus interesses, promover cursos, intercâmbio com seus congêneres no país e no mundo, divulgando a atividade como essencial meio de acesso do cidadão a uma ordem jurídica justa, valorizando a cidadania e a dignidade da pessoa humana, fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p.13.

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil não tenha previsto o instituto da Ouvidoria, como já mencionado, no momento em que, pelo art. 37, obriga a Gestão Pública, direta e indireta, a observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, permite ao cidadão, usuário de seus serviços, a participar fazendo as reclamações que tiver quanto à qualidade dos serviços públicos, possibilitou a criação desse importante canal entre a Gestão Pública e o cidadão, como usuário dos serviços.

No ordenamento jurídico brasileiro são utilizadas as duas expressões: Ouvidor, que é utilizada no âmbito da Gestão Pública, tendo em vista que, historicamente não seria permitido o uso de expressões ou termos estrangeiros em instituições públicas, e *ombudsman* que é o termo usado no âmbito da iniciativa privada, inclusive no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990¹⁹⁵, além dos órgãos de proteção e defesa do consumidor (PROCON`s), instituídos pela legislação e que “iniciaram suas atividades no ano de 1976”¹⁹⁶.

A atuação do Ouvidor, de acordo com a legislação infraconstitucional no Brasil é extrajudicial, não tendo, por isso mesmo, atribuições na defesa judicial do cidadão, e nem o representa perante o judiciário. Sua atribuição é apenas de defender administrativamente os direitos do cidadão perante a Gestão Pública.

3.2 OUVIDOR PÚBLICO - DEFENSOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE GESTÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Inicialmente cumpre destacar que, quando se falava no Brasil na figura do Ouvidor, surgia a idéia de alguém que representasse o governante,

¹⁹⁵ Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

¹⁹⁶ PINTO, Odila de Lara. *Ombudsman nos bancos* – agente de mudanças nas instituições bancárias do Brasil. Op. cit., p. 64.

encarregado de representar, assim, o soberano português que, no Brasil colônia tinha por obrigação de aplicar as leis da metrópole e dar as devidas informações ao soberano do que ocorria no país.

A concepção do *ombudsman* passou a ser adotada no Brasil, seguindo, como já mencionado, o modelo sueco. A partir de então, passa a ser considerado o representante do cidadão junto ao Poder Público e perante as instituições privadas. Uma função nobre, que adotada na Gestão Pública brasileira, originou o termo “Ouvidor”, principalmente no Código de Defesa do Consumidor editado em 1990¹⁹⁷.

Por regulamentar relação de consumo, o referido código refletiu o “amadurecimento progressivo da consciência dos consumidores, o que ocorreu paralelamente à redemocratização da sociedade brasileira”¹⁹⁸. O *ombudsman* passa a ser o canal direto do consumidor com o fornecedor do produto ou serviço quando o objeto da prestação não venha satisfazer o consumidor e, especificamente é o instrumento ideal de prevenção dos conflitos.

Nas mais diversas atividades privadas, o instituto da Ouvidoria praticamente já se consolidou como mais um importante instrumento de defesa e exercício da cidadania no Brasil. Isso porque “as empresas estão se modificando em função do ambiente externo, captando os anseios de sua clientela, antecipando-se às necessidades desta”¹⁹⁹, o que representa o respeito aos direitos assegurados na lei, especificamente os constitucionais fundamentados e os que constam da legislação que regulamente a relação de consumo.

No setor público tal atribuição do *Ombudsman*/Ouvidor não é diferente. Ao exercer sua função em defesa dos legítimos interesses do cidadão, é a

¹⁹⁷ Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 – dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

¹⁹⁸ KROHLING, Aloisio. *Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia*. Op. cit., p. 132.

¹⁹⁹ PINTO, Odila de Lara. *Ombudsman nos bancos – agente de mudanças nas instituições bancárias do Brasil*. Op. cit., p.13.

cidadania fortalecida e é a legitimação da participação popular, como fatores preponderantes no aprimoramento da democracia.

O Estado brasileiro passou e ainda passa por profundas reformas por meio das emendas constitucionais, sobretudo, a mais importante delas, a Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998²⁰⁰. Essa emenda, como já consta, fez incluir o princípio da eficiência como princípio constitucional no art. 37, *caput* da Constituição Federal, e acresceu o § 3º no mesmo artigo que define a participação do usuário na Gestão Pública²⁰¹.

Dito dispositivo serviu para determinar que a Gestão Pública, por meio de seus órgãos, deverá manter os serviços públicos de atendimento ao usuário, prevendo ainda que, tais serviços devem apresentar qualidade, passando, periodicamente por avaliações²⁰².

A Ouvidoria no setor público funciona como órgão de controle. Faz, portanto, parte do contexto jurídico brasileiro. A Constituição Federal não a prevê literalmente, com o nome Ouvidoria Pública, mas, ao ser inserido, por meio de emenda no art. 37, § 3º, o seu titular, o *Ombudsman*/Ouvidor se inclui também no contexto como o órgão mediador e receptor das reivindicações, reclamações, críticas e denúncias de todos os usuários dos serviços públicos.

Em vários órgãos públicos há um vazio que só pode ser preenchido com as Ouvidorias como órgãos de controle procurando dar mais eficiência às atividades do Estado, que se concretiza na atenção e satisfação do cidadão, usuário dos serviços públicos.

²⁰⁰ Emenda Constitucional nº 19 de 4 de junho de 1998 – Modifica o regime e dispõe sobre os princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

²⁰¹ § 3º 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 serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.

²⁰² *Ibidem*...

Como dever ético da Gestão Pública, essa satisfação relaciona-se com os serviços de excelência para o cidadão-usuário, buscando, sobretudo, a transformação econômica e social que é inerente a todas as instituições públicas e privadas. Por isso, é necessário que todos os setores se atualizem, se reinventem para que guardem conexão com a nova realidade, procurando a Gestão Pública atuar sob novo modelo.

O Ministério Público é atualmente uma instituição que mais se dedica, conforme determina a Constituição Federal, à defesa do cidadão, na promoção dos direitos individuais e coletivos, e em defesa da ordem jurídica²⁰³, uma nobre função de controlador e fiscalizador das atividades estatais.

Essa nobre função, hoje exercida com muito afincamento pelo Ministério Público brasileiro, por meio das Ações Cíveis Públicas e as Medidas Assecuratórias ou Tuteladoras de direitos, deve ser primordialmente exercida pelo *Ombudsman*/Ouvidor perante o Gestor Público, nos procedimentos administrativos, fazendo as recomendações e os encaminhamentos devidos, mesmo porque, ele é também órgão de controle e fiscalização das atividades estatais.

Com muita propriedade afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O *Ombudsman* é um órgão de controle ou fiscalização da atividade estatal, atribuído a um ou mais indivíduos, com amplos poderes de investigação e de recomendação. Embora haja muita diversidade quanto ao alcance de sua ação, ela abrange sempre toda a administração pública, e em muitos países a própria justiça²⁰⁴.

O Ouvidor Público é figura amplamente utilizada por diversas organizações públicas e privadas do mundo inteiro, conforme demonstra a história. É como o tribuno da plebe do direito romano, responsável para correção dos desvios ou violações dos direitos, e capacitado a fazer recomendações para as mudanças de procedimento, atuando como um órgão individual. Prossegue o autor dizendo:

²⁰³ Conforme art. 127 da Constituição Federal.

²⁰⁴ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos humanos fundamentais*. Op. cit., p. 89.

seu trabalho escapa às delongas burocráticas, excluindo formalismos. Não lhe cabe corrigir desvios ou violações de direitos, mas sim reclamar do poder competente que o faça. Igualmente pode fazer recomendações ao legislativo ou à cúpula dos demais poderes para que mudem procedimentos ou posturas”²⁰⁵.

O acesso ao Ombudsman/Ouvidor é sem burocracia, exatamente por constituir-se em um canal direto do cidadão, usuário dos serviços públicos, com os órgãos da Gestão Pública toda vez que houver necessidade de uma denúncia, reclamação, crítica, reivindicação, e até mesmo quando se pretende fazer um elogio.

De tudo isso se pergunta: O Ouvidor é defensor dos direitos do cidadão perante a Gestão Pública brasileira ou é apenas um mediador das críticas, reclamações e denúncias?

Para responder a ditos questionamentos, é preciso tecer algumas considerações sobre qual o papel que a Ouvidoria Pública deve desempenhar, a fim de se concluir se o Ouvidor Público é ou não defensor dos direitos do cidadão perante a Gestão Pública.

Ao art. 37 da Constituição Federal coube definir os princípios que regem a administração pública, hoje a Gestão Pública no Brasil, concebendo o princípio da eficiência, inserto na Carta Maior pela Emenda Constitucional nº 19/1998, como o garantidor de um serviço de qualidade que atenda as necessidades do cidadão.

Como já mencionado, esse dispositivo constitucional ainda prevê que a atuação dos órgãos de atendimento às reclamações, denúncias e críticas, incluídas aqui as Ouvidorias Públicas, funcionam como forma de o cidadão, usuário dos serviços públicos participar, efetivamente, da Gestão Pública.

Para que o cidadão possa efetuar a reclamação, crítica ou denúncia, ele pode “fazer pessoalmente por escrito ou oralmente. O serviço de Ouvidoria é gratuito

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 89.

e sua ação baseia-se na simplificação e desburocratização dos trâmites normais administrativos²⁰⁶.

A Gestão Pública, na prática de suas atividades, principalmente na emissão de atos administrativos, pela nova sociabilidade política de hoje, em face da participação cidadã, fica compelida a observar, com rigor, os princípios ético-administrativos e políticos que regem a administração, tendo como visão geral, a humanização, procurando acabar com as burocracias.

As Ouvidorias Públicas, antes de tudo servem para isso – acabar com a burocracia nos serviços públicos, garantindo maior participação do cidadão na Gestão Pública.

Com acerto, sobre o papel do Ouvidor na Gestão Pública, Odila Pinto menciona:

De um modo geral, o papel do Ombudsman na administração Pública é de humanizar as soluções burocráticas que não levam em consideração as razões individuais das pessoas atingidas pelo atos administrativos, corrigindo inclusive estes atos. Caracteriza-se pelo informalismo na investigação e flexibilidade na atuação²⁰⁷.

Quando foi editada a Lei nº 8.490 de 19 de novembro de 1992, que criou a Ouvidoria-Geral da República na estrutura regimental básica do Ministério da Justiça, conforme contido no art. 16, “h”, orientou-se que a missão da Ouvidoria Geral é acompanhar todas as manifestações recebidas, buscando sempre “o adequado atendimento ao cidadão, a solução das questões levantadas e o aprimoramento do processo de prestação do serviço público”²⁰⁸.

Portanto, o aprimoramento da prestação do serviço público e a busca pelas soluções de todas as questões apresentadas constituem propósitos de implantação de Ouvidorias no âmbito da Gestão Pública.

²⁰⁶ PINTO, Odila de Lara. *Ombudsman nos bancos – agente de mudanças nas instituições bancárias do Brasil*. Op. cit., p.51.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 55.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 54.

Assim, se o Ouvidor Público, conforme prevê a legislação e, pelo fato de que, ouvindo o cidadão, usuário dos serviços públicos, acatando suas reclamações, críticas e denúncias, atuando na melhoria da qualidade dos serviços, humanizando a relação do cidadão com a Gestão Pública, fica claro que ele, no cumprimento de seu papel é o defensor do cidadão, mesmo porque, desempenha uma função nobre, como titular da Ouvidoria Pública, na solução dos litígios que, porventura, existam entre o cidadão e a Gestão Pública.

A Ouvidoria Pública é “importante instrumento de defesa do cidadão, usuário dos serviços públicos, porquanto interage com o ambiente na defesa do cidadão e na busca de solução dos conflitos extrajudiciais”²⁰⁹.

Atua também em defesa dos funcionários da Gestão Pública, o cliente interno, “procurando encaminhar e solucionar as suas reivindicações”²¹⁰, por serem também cidadãos, usuários dos serviços, sobretudo, contra os atos abusivos, as arbitrariedades, já que “os ombudsmen exercem um controle preventivo e corretivo da arbitrariedade ou de negligências cometidas pela administração, de problemas interpessoais ou, ainda, de abuso de poder dos chefes”²¹¹.

Portanto, embora não constitucionalmente previsto na Carta Magna, o Ouvidor Público é o defensor do cidadão, com poderes de órgão controlador ou fiscalizador da atividade estatal e, poderes de investigação e recomendação à Gestão Pública para que preste um serviço de qualidade e eficiente.

3.3. OUVIDORIA PUBLICA COMO MECANISMO PARA ASSEGURAR OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.

Primeiramente é preciso conhecer o que são os direitos humanos fundamentais. A liberdade é um direito que o ser humano, desde o nascimento dele necessita e, precisa ser assegurado para o exercício dos demais direitos que lhe asseguram uma vida digna.

²⁰⁹ *Ibidem*, p.14.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 66.

²¹¹ *Ibidem*, p. 66.

Os direitos humanos fundamentais são direitos que surgem paulatinamente, por ser uma construção humana, possuindo pluralidade de significados. Com muita propriedade, Flávia Piovesan, em seu discurso proferido em São Paulo, no 3º Colóquio Internacional de Direitos Humanos, no dia 27 de maio de 2003, com o título “Como compreender a concepção contemporânea de direitos humanos”, afirmou:

Enquanto reivindicação moral, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, não nascem todos de uma vez, e nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um constructo, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Considerando a historicidade desses direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta para uma pluralidade de significados. Entre estes, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida com a Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993.²¹²

Vistos assim, os direitos humanos estão, portanto, sendo construídos e reconstruídos constantemente. Novas concepções surgiram após 2ª Guerra Mundial, devido às brutalidades ocorridas contra o ser humano, descartável até então. Esses direitos passam a ser considerados como direitos de todas as pessoas, indistintamente, de qualquer nacionalidade e onde se encontrassem.

São, portanto, reconstruídos os direitos humanos, transformados em paradigma ético na ordem internacional. Surgem os pactos, os acordos internacionais, considerando-se universais e fundamentais para a promoção e proteção do ser humano.

Os direitos humanos fundamentais, nessa concepção universalista após a Segunda Guerra Mundial passam a ser reconhecidos como direitos de todo ser humano e, muitos deles consagrados nas constituições que surgem, sendo, pois, direitos fundamentais que o ser humano possui pelo fato de ser “humano”, assim considerado.

²¹² PIOVESAN, Flávia. *Como compreender a concepção contemporânea de direitos Humanos*-Discurso no 3º Colóquio internacional de direitos humanos de São Paulo. Disponível em: www.scielo.com.br. Acesso em 02 set. 2009.

Para o eminente jurista João Batista Herkenhoff, direitos humanos são modernamente entendidos, “aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente”²¹³.

No mesmo entendimento, Maria Victoria Benevides conceitua direitos humanos como sendo:

direitos comuns a todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, classe social, religião, etnia, cidadania política ou julgamento moral. São aqueles que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano. Independem do reconhecimento formal dos poderes públicos – por isso são considerados naturais ou acima e antes da lei -, embora devam ser garantidos por esses mesmos poderes.²¹⁴

Nessas perspectivas, se observa, então, que os direitos humanos se desenvolveram partindo da idéia de direito natural, “passando pela idéia de direito positivo particularizado e termina como direito positivo universal”²¹⁵.

Essa universalidade dos direitos humanos, porquanto proclamada por muitos, ocorre devido ao seu conteúdo e reconhecimento em princípios que consideram que, todas as pessoas no mundo devem ser iguais em direitos, principalmente no que diz respeito à igualdade de oportunidades, uma concepção humanista do direito que visa a paz social. Segundo Paulo Nader, “o Direito é processo cultural criado pela sociedade e deve sempre tutelar o direito à vida, à liberdade, à *igualdade de oportunidade* da pessoa humana”²¹⁶.

Observa-se assim, que os direitos humanos são historicamente construídos. A linguagem política se transforma, eis que os revolucionários e o socialismo foram usados pelos ditos “progressistas”, para a formulação de uma nova concepção sobre eles. Mesmo depois das maiores brutalidades ocorridas contra o ser humano, houve a complacência contra aqueles que relegaram à pessoa a condição de objeto descartável e, em nome do desenvolvimento

²¹³ HERKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, v. 1, 1994, p. 30.

²¹⁴ BENEVIDES, Maria Victória. *Cidadania e justiça*. Revista da FDE. São Paulo: 1994.

²¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Trad). Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 17-32.

²¹⁶ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Op. cit., p. 379-380.

econômico, muitos direitos, por longos anos foram inobservados. Mas, nas duas últimas décadas, segundo Boaventura de Souza Santos, “os direitos humanos se transformaram na linguagem da política progressista e em quase sinônimo de emancipação social”²¹⁷. Prossegue o autor:

de facto, durante muitos anos, após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos foram partes integrantes da política da guerra fria, e como tal foram considerados pelas forças políticas de esquerda. Duplos critérios na avaliação das violações dos direitos humanos, complacência para com os ditadores amigos do Ocidente, defesa dos sacrifícios dos direitos humanos em nome dos objectivos do desenvolvimento – tudo isto tornou os direitos humanos suspeitos enquanto guião emancipatório. Quer nos países centrais, quer em todo o mundo em desenvolvimento, as forças progressistas preferiram a linguagem da revolução e do socialismo para formular uma política emancipatória. E, no entanto, perante a crise aparentemente irreversível destes projetos de emancipação, são essas mesmas forças que recorrem hoje aos direitos humanos para reinventar a linguagem da emancipação. É como se os direitos humanos fossem invocados para preencher o vazio deixado pelo socialismo ou, mais em geral, pelos projetos emancipatórios.

A questão mais incomodante ainda na atualidade é que, no mundo, em vários países, os direitos humanos não são respeitados, o que os torna, universais só nos textos constitucionais e nos seus elementos conceituais. Em muitos países ainda existem violações de direitos humanos, sobretudo no que diz respeito às desigualdades, a exemplo do Brasil, onde a sociedade é ainda dividida entre ricos e pobres, mais pobres do que ricos.

Esse ainda é um grande debate existente no mundo, ao que Boaventura de Souza Santos sustenta “um dos debates mais acesos sobre os direitos humanos gira à volta da questão de saber se os direitos humanos são universais”²¹⁸.

Essa abordagem do sociólogo transparece de forma clara que, diante do capitalismo imperialista no mundo é difícil conceber ou imaginar que os direitos humanos cheguem a um patamar perfeito de efetivação nos vários cantos do mundo, como é também difícil elevar a dignidade humana ao patamar onde

²¹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma concepção intercultural dos direitos humanos*. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia. (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 3.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 13.

deve ficar. O capitalismo escraviza, as diferenças estão aí às escâncaras. O homem sem qualquer preocupação com a ética, o respeito ao outro ser, ao meio ambiente e a paz mundial. Sem a efetivação dos direitos humanos, não será possível o desenvolvimento pleno do ser humano.

Os direitos humanos, diante do poder dos governantes se erguem constantemente e, quando constitucionalizados, servem de limitação ao poder estatal. Mas, para que tenham essa força, como direitos fundamentais, “aqueles reconhecidos ou outorgados e protegidos pelos direito constitucional interno de cada Estado”²¹⁹, é preciso que sua fonte seja a vontade geral e soberana do povo em cada país, com base numa constituição que seja a sua fisionomia. Uma Constituição assim, “é a miniatura política da fisionomia de uma nacionalidade. Tem de esboçar, em grandes traços, o sentimento geral”²²⁰.

O fundamento ético dos direitos humanos é anterior à Constituição que, apenas os tornam fundamentais, declarando-os e garantindo-os dessa forma. Já existiam antes mesmo da formação do Estado, porque advêm da vontade soberana do povo. O Estado é somente o ente jurídico encarregado de, por meio do ordenamento jurídico e, em bases constitucionais, efetivá-los e garanti-los.

Uma vez fundamentados os direitos humanos, garantidos estão os direitos de igualdade, de liberdade como, a liberdade de expressão, de manifestação do pensamento, religiosa, propriedade; os sociais, econômicos e culturais como a educação, a saúde, a segurança, o lazer, o esporte, o salário justo, o trabalho, os ditos de quarta dimensão como o meio ambiente, a paz, a democracia e a solidariedade humana, os chamados direitos da humanidade, cuja titularidade é o gênero humano. Os não menos importantes são os de participação política como o de votar e ser votado, o de petição, e o de acesso à Gestão Pública.

²¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 36.

²²⁰ BARBOSA, Rui. *Discurso no Colégio Anchieta*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 121.

O rol de direitos numa Constituição não estabelece uma quantidade de direitos exata, literal. São apenas alguns dos direitos fundamentais do ser humano, pois, os direitos do homem ainda são muitos, os quais ainda não constitucionalizados.

Para que os direitos humanos, sobretudo, os que estão fundamentados no texto constitucional sejam efetivados e garantidos, além de uma Constituição real, forte, aberta a idéias democráticas, é preciso que os instrumentos nela contidos sejam protetores e garantidores da participação popular no processo democrático. Que a garantia da participação não seja ainda daquela dos direitos de primeira dimensão, quando a democracia estava sob o domínio do indivíduo e numa dimensão subjetiva, uma democracia sem povo.

Contudo, no Brasil ainda se vive uma democracia de direitos de primeira dimensão, diante das inúmeras transgressões, principalmente, das desigualdades que ainda perduram no meio social, impostas pelo capitalismo, a isca viva do individualismo que reprime todas as tentativas de colocar o gênero humano acima de tudo e elevar o povo à condição de titular do poder.

Por isso, segundo Paulo Bonavides,

no Brasil, a democracia, enquanto forma participativa, quase naufragada, ainda permanece direito da primeira geração, ou forma de governo em estado rudimentar, rodeado de escolhos, de transgressões, distante, muito distante, por conseguinte, de lograr, na contextura social, a concreção das expectativas políticas e jurídicas do regime²²¹.

Porém, o autor vem mostrar que, qualitativamente, o texto constitucional, na sua dimensão objetiva, “o direito fundamental à democracia varia de titularidade axiológica e se traslada do cidadão para o gênero humano”²²².

Seria como se a democracia brasileira fosse uma democracia sem o seu titular soberano, o povo, frágil diante do domínio estatal. Isso mostra a necessidade premente de trasladar para a democracia verdadeiramente participativa, fazer

²²¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Op. cit., p.59.

²²² *Ibidem*, p. 60.

valer a Constituição, editada sobre valores conquistados a duras penas pelo povo brasileiro.

A consciência política é tão superficial que, até o discurso do neoliberalismo conseguiu a aprovação, dez anos depois de promulgada a Constituição, das privatizações de empresas nacionais sem qualquer consulta popular, e a Constituição já previa o plebiscito. Isso constituiu verdadeiro atentado contra a honra, a moral e a dignidade do povo brasileiro, submetido às forças do poder econômico do capitalismo internacional.

Convive-se no Brasil, na atualidade, com a violência que se faz real no meio social, sobretudo, nas grandes cidades, fruto da falta de segurança, de emprego, de assistência social, de moradia, de saneamento básico, de preservação ambiental, de alimentação, de atendimento à saúde, educação, enfim, de iguais oportunidades para que cada pessoa possa ter uma vida digna.

Quando a pessoa precisa da atenção do Estado, falta-lhe o atendimento, as portas lhe são cerradas. E, buscar socorro onde? O maior exemplo de socorro à população, principalmente à camada pobre da sociedade, são os atendimentos feitos pelas Promotorias de Justiça de Cidadania dos Ministérios Públicos, Federal e Estadual.

É verdade que, o Ministério Público ainda está muito longe de ser o verdadeiro e tão sonhado Ministério Público social, sem que seja um tutor da cidadania, o que não é desejável em face de suas atribuições previstas na Constituição Federal. Como afirma Achilles Siquara, “o Ministério Público (MP) precisa estreitar seu relacionamento com a sociedade. Mas, não é desejável que a instituição transforme-se em eterna tutora”²²³. Ao Ministério Público compete despertar a cidadania, incentivando o crescimento da participação popular.

Porém, esse despertar da cidadania, como afirma Gilsilene Passon P. Francischetto está longe de acontecer, “pois o que se vê é um constante

²²³ FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P. *Perspectiva de atuação do ministério público*. In: ALMEIDA, Eneá de Stutz e (Org.). *Direitos e garantias fundamentais*. Op. cit., p. 134.

desrespeito aos direitos dos indivíduos, com a sonegação reiterada do mínimo necessário para uma vida digna²²⁴. Sonega-se, sobretudo, a educação quanto aos direitos fundamentais que não são ensinados nas escolas. Sonega-se o direito fundamental das pessoas de conhecerem seus direitos e deveres de cidadão, formadores da cidadania e, que são as bases da democracia, uma vez que o povo é o titular do poder que dele emana, segundo a Constituição Federal. Sonega-lhe, enfim, o direito de participação popular.

As Promotorias de Cidadania, especialmente dos Estados, na atualidade se tornaram verdadeiras extensões de gabinetes dos secretários e, em muitas situações até mesmo dos governadores, porque, em geral não se tem Ouvidorias Públicas destinadas a cumprirem as atribuições para as quais foram instituídas. São sintomas sérios de falta de democracia e sinais de cooptação do Ministério Público pelo poder executivo.

Praticamente todas as Ouvidorias, salvo raríssimas exceções, são criadas para avaliarem a própria atuação das autoridades ou dos governos que as instituíram. E, criadas, sem qualquer participação do Poder Legislativo e, muito menos de demandas populares. Aliás, nenhuma das Ouvidorias existentes foi instituída por lei, com aprovação do Poder Legislativo. Todas foram por atos do Poder Executivo.

Percebe-se o limite da democracia representativa nestas práticas de clientelismo e de instrumentalização de mecanismos alternativos pelos poderes constituídos como o governo municipal e a Câmara dos vereadores, onde haveria espaço para prática da democracia participativa, mas prevalece a teatrocracia dos políticos.

Por iniciativa da sociedade civil, se tem notícia da Ouvidoria criada por proposta da Associação Nacional dos Docentes do Ensino Superior (ANDES), com proposição do Ouvidor, como Defensor do Povo, com atribuição de zelar

²²⁴ FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P. O Ministério público do trabalho como instituição vocacionada à defesa dos direitos humanos dos trabalhadores. In: (Org.) ALMEIDA, Eneá de Stutz e. *Direitos e garantias fundamentais*. Op. cit., p. 34.

pelo respeito dos poderes do Estado aos direitos garantidos pela Constituição e pelas leis, “sendo o mesmo eleito pelo Parlamento, com a indicação de candidatos pelas organizações da sociedade civil”²²⁵.

É de suma importância ressaltar que, nas Universidades Federais, as legislações específicas determinam a realização de eleições para os cargos de Ouvidores, com a participação do corpo docente, discente e administrativo.

O exercício da cidadania é a realização mais pura do princípio democrático, pois é o povo atuando como o titular, o mandante soberano, para o qual foram criados instrumentos de efetivação dos direitos e de participação na gestão pública. Sob esse novo paradigma de constitucionalização do Estado de Direito Democrático, nos últimos tempos têm sido criadas as Ouvidorias Públicas que servem, especialmente, de canal de comunicação entre a sociedade civil e o Estado.

Nos últimos dez anos tem crescido o número de Ouvidorias ao lado de outros instrumentos de participação popular, expandindo-se por todo Brasil, nas unidades federativas, nos municípios, nas empresas públicas, nas universidades, nas empresas de economia mista e nas autarquias. A exemplo do Orçamento Participativo, dos Conselhos Gestores e Fiscalizadores de Políticas Públicas e as consultas populares do Plebiscito, do *Referendum* e da Iniciativa Popular de Lei, estes últimos constantes do texto constitucional, a Ouvidoria Pública, é o mais eficaz instrumento de defesa da pessoa humana.

Não se concebe falar hoje em direitos das pessoas, aqueles essenciais, construídos pelo ser humano, se não for os direitos humanos. Os instrumentos de defesa de tais direitos devem ser eficazes para combater os desmandos, a corrupção, os gastos descomedidos da administração, e, pugne pela moralidade e eficiência na Gestão Pública.

²²⁵ LYRA, Rubens Pinto. Ouvidor: *O defensor dos direitos na administração pública brasileira*. Disponível em www.dhnt.org.br. Acesso em 26 set. 2009.

A participação popular, por meio desses instrumentos constitui “um processo de compartilhamento de poder, ao efetivar-se no pleno respeito à igualdade jurídica e às liberdades fundamentais”²²⁶. Esse compartilhamento de poder representa o povo agindo soberanamente, decidindo seu destino junto com o Estado, formando a gestão compartilhada ou Gestão Pública dos bens públicos, dos interesses individuais e coletivos. São, pois, verdadeiros instrumentos de democracia participativa.

Com muita propriedade Rubens Pinto Lyra afirma:

no que se refere à Ouvidoria Pública, ela se apresenta como um autêntico instrumento da democracia participativa, na medida em que transporta o cidadão comum para o âmbito da administração. Este, através da ouvidoria, ganha voz ativa, na medida em que suas críticas, denúncias ou sugestões são acolhidas pela administração, contribuindo dessarte, para a correção e o aprimoramento dos atos de governo²²⁷.

Evidente que, como um instituto que se destina a proporcionar à pessoa exercitar seu direito de participação na Gestão Pública, a Ouvidoria é instrumento que favorece a cidadania ativa. Exercer cidadania é exercer direitos humanos, fundamentados ou não, por ser ético, haja vista que, quando o cidadão reclama, critica ou denuncia, estará atuando em prol da sociedade, visando apurar os abusos e as omissões do Poder Público.

O Ouvidor Público, agindo autonomamente em defesa da cidadania, estará agindo em defesa dos direitos humanos fundamentais, em defesa da atuação autônoma da sociedade, por ser o seu portador perante os órgãos governamentais. Além disso, é o defensor do cidadão, usuário dos serviços públicos, motivo pelo qual, deve agir com ética e imparcialidade em busca da efetivação dos interesses do cidadão.

²²⁶ *Ibidem...*

²²⁷ *Ibidem...*

3.4 AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DO OUVIDOR PÚBLICO – Modelo não democrático no Brasil.

Falar de autonomia e independência do Ouvidor Público é antes de tudo observar que, como defensor do cidadão contra todos os desacertos da Gestão Pública, ele deve exercer uma autoridade moral, agindo com equilíbrio, com ética e imparcialidade, acertando nas suas conclusões, sem qualquer imposição da autoridade fiscalizada.

Para agir com imparcialidade há de ser garantido ao Ouvidor Público, por meio da própria lei a sua autonomia. Como diz Odila Pinto que:

O ombudsman deve possuir autonomia de ação para garantir imparcialidade na solução dos problemas. Esta autonomia decorre do estabelecimento de normas gerais de atuação e de investidura no cargo, conforme demonstram as experiências do instituto nas empresas e na Administração Pública²²⁸.

A forma que são investidos no cargo, como será analisado adiante, é absolutamente antidemocrática, contrariando a lei e os princípios que regem a Gestão Pública.

Nas suas atribuições, o Ouvidor Público não impõe mudanças à Gestão Pública. Seu papel de recomendar as mudanças lhe obriga a fazer uma apuração meticulosa dos fatos, uma investigação séria. Essa ação é extremamente vantajosa pelo fato de estar diretamente ligado à questão posta e, também diretamente com o cidadão-usuário, vendo de perto o problema.

No dizer de Daisy de Asper y Valdés:

geralmente, o Ouvidor tem apenas o poder de recomendar mais do que ordenar mudanças. Talvez essa inabilidade de executar mudanças represente seu ponto mais forte, e não sua fraqueza. Para que o Ouvidor possa influenciar nas mudanças recomendadas deve fundamentar-se em análise profunda dos fatos, em meticolosas

²²⁸ PINTO, Odila de Lara. Ombudsman nos bancos – agente de mudanças nas instituições bancárias no Brasil. Op. cit., pp. 78-79.

considerações das várias perspectivas e em rigorosa avaliação de todos os aspectos. Através dessa racionalização bem instrumentalizada, os resultados tornam-se bem mais convincentes do que simplesmente pela aplicação da coerção impositiva²²⁹.

O problema reside quando a própria autoridade fiscalizada impõe sua vontade sobre a ação do Ouvidor Público, muitas vezes preso às amarras da função para a qual foi nomeado. Essa imposição da autoridade fiscalizada torna viciada a atividade do Ouvidor Público, porque jamais teria condição de investigar a fundo os fatos dentro das mais diversas variáveis, a fim de que possa, conscientemente e seguro realizar qualquer medida que for cabível, principalmente quando se tratar de recomendação à Gestão Pública como autoridade fiscalizada.

Essa imposição da autoridade fiscalizada “retira a independência para poder criticar e apontar erros”²³⁰, assim como retira a autonomia, pois “o ombudsman deve ser autônomo, não mantendo relações com a empresa e a administração”²³¹. Ele deve ter liberdade de ação e crítica.

Uma das mais importante características do Ouvidor Público para que seja autônomo e independente é não estar submisso à autoridade fiscalizada, ou seja, não integrar os quadros da Gestão Pública, agindo com absoluta imparcialidade. Como bem assinala Odila Pinto, como imprescindível para a autonomia e independência do Ouvidor Público que:

Deve ser instituído por lei, independer tanto do legislativo como do executivo, não integrar a administração, ser autônomo, ser de fácil e

²²⁹ VALDÉS, Daisy de Asper y. *Ética e Governança - Ouvidoria e boa governança – fundamentação constitucional e legal – propósito e missão das ouvidorias*. Palestra apresentada no III Ciclo Ético em Brasília, 19 de maio de 2006, sobre “Ética e Bem Comum”, no Centro Cultural Brasília—CCB—Brasília, DF. Disponível em: www.etica.gov.br. Acesso em 23 jun. 2009.

²³⁰ PINTO, Odila de Lara. *Ombudsman nos bancos – agente de mudanças nas instituições bancárias no Brasil*. Op. cit., p. 79.

²³¹ MUÑOZ, Ismael López. “El País” cria coluna para discutir seus próprios erros. Folha de São Paulo, São Paulo, 9 dez. 1985 – apud PINTO, Odila de Lara. Op cit., p.79.

direto acesso, ter conhecimento administrativo e jurídico, ser competente e defender os interesses da parte sem ser partidário²³².

Na gestão compartilhada da coisa pública, Estado, sociedade e o direito se interagem, mesmo porque, a ordem social, suas condições universais, são mantidas pelo Estado mediante a aplicação do ordenamento jurídico.

Nesse meio se insere o cidadão como o protagonista da nova *práxis* política surgida no Brasil após os anos de 1980 e 1990, em virtude dessa revolução na história da democracia brasileira. Assim, agora o cidadão comum participa politicamente da Gestão Pública e, por meio do Ouvidor Público, tem voz e a garantia da atuação autônoma da sociedade. Atua aliado ao Estado para, sob os princípios que regem a Gestão Pública e sob o domínio da lei, sejam alcançados os objetivos que visem o bem comum e a efetividade dos direitos sociais, humanos e fundamentais.

Aqui entram as questões da autonomia funcional, estrutural e a independência do Ouvidor Público, cujas características, nem de longe, estão observadas na maioria das Ouvidorias Públicas instituídas nos órgãos públicos no Brasil. Na maioria dos casos, os Ouvidores Públicos são escolhidos pelo chefe da autoridade fiscalizada e, quase sempre, entre aqueles que pertencem ao próprio quadro de servidores da instituição.

Em quase todas as Ouvidorias Públicas que até agora foram instituídas no setor público, as funções de seus titulares se confundem com os serviços de órgãos governamentais de promoção da cidadania, prestados como se elas fossem *meras centrais de atendimentos*. Isso porque, quase sempre os Ouvidores Públicos são nomeados dentre funcionários do próprio órgão, ou ainda que não pertencente ao cargo, mas, investido como “cargo de confiança da autoridade fiscalizada”.

²³² PINTO, Odila de Lara. Ombudsman nos bancos – agente de mudanças nas instituições bancárias no Brasil. Op. cit., p. 79.

Como exemplo, pode-se citar o caso da Ouvidoria Pública do Estado do Amapá. Dita Ouvidoria Pública foi criada por meio da Lei Estadual nº 664, de 08 (oito) de abril de 2002 que instituiu o Órgão de Proteção do Consumidor - PROCON e a Ouvidoria-Geral.

Segundo declarações prestadas pelo Doutor Oton Miranda de Alencar, Ouvidor Geral do Estado do Amapá há 8 (oito) anos, perante o Ministério Público no dia 10 de junho de 2008, “o cargo de Ouvidor-geral é comissionado, sendo que possui o mesmo *status* de Secretário de Estado, inclusive do que diz respeito à remuneração”²³³. Acerca de tais declarações, inserem-se as mesmas para conhecimento dos estudiosos e verificação da escolha não democrática de Ouvidores Públicos como ocorre na Gestão Pública brasileira:

TERMO DE DECLARAÇÕES

Na data de hoje (10/06/2008), por volta das 09:15 horas, esteve presente na sede desta Promotoria de Justiça o Doutor **OTON MIRANDA DE ALENCAR**, brasileiro, casado, natural de Vitorino Freire/MA, portador do CI 255.664-AP, inscrito no CPF n.º 017.128.532-87, residente e domiciliado na Av. Rio Jupati, n.º 04, Bairro Trem, Macapá/AP (CEP 68.900-770), diante deste Promotor de Justiça Substituto, **Dr. Alexandre Flávio Medeiros Monteiro**, com as advertências de dizer a verdade, sob as penas da lei, prestou as seguintes declarações:

que está há 06 (seis) anos na Ouvidoria-geral do Estado (OGAP), desde o início da gestão do atual Governador Waldez Góes; **que** a Lei Estadual n.º 664, de 08 (oito) de abril de 2002, criou o PROCON/AP e a Ouvidoria-geral; **que** o cargo de Ouvidor-geral é comissionado, sendo que possui o mesmo *status* de Secretário de Estado, inclusive do que diz respeito à remuneração; **que** a minuta da aludida lei estabelece um Conselho Comunitário, com a participação de bairros, pastorais, OAB, sindicatos, dentre outros, entretanto, a mesma ainda não foi regulamentada; **que** o governador pretende criar a Controladoria-geral do Estado, na qual serão absorvidas a Ouvidoria-geral e a Auditoria-geral do Estado; **que** a Ouvidoria-geral está em funcionamento desde junho/2002, com um orçamento substancial na época de criação, inclusive; **que** em janeiro/2003 assumiu o cargo e, desde então, vem sofrendo contingenciamento de orçamento; **que** o orçamento repassado, em sua maioria, somente suporta o custeio, eis que o repasse é em torno de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) por mês, sendo que existem 23 (vinte e três) funcionários lotados na Ouvidoria; **que** é feito um relatório trimestral dos procedimentos instaurados, sendo que a maior demanda é relativa aos assuntos educação e saúde; **que** existe uma ouvidoria específica para o setor de segurança pública, bem como para a CEA – Companhia Energética do Amapá e a

²³³ Declarações prestadas na Promotoria de Justiça da Cidadania de Macapá no dia 10 de junho de 2008 em procedimento sobre a falta de medicamentos nas unidades públicas de saúde do Estado.

CAESA – Companhia de Águas e Esgoto do Estado do Amapá, de modo que não recebe denúncias sobre esses temas; **que** as reclamações que recebe em relação à saúde diz respeito ao serviço como um todo, ou seja, falta de medicamentos, atraso nas consultas, mau atendimento, falhas dos profissionais, dentre outras; **que** as demandas relativas à educação são variadas, como a deficiência de aparelhamento das escolas, falta de professores, dentre outros; **que** se compromete em remeter a esta Promotoria um relatório de atendimento, com estatísticas, referente ao ano de 2007, dentro de 10 (dez) dias; **que** a Ouvidoria-geral está funcionando na Rua Procópio Rola, entre a Rua Hamilton Silva e a Leopoldo Machado (por trás da Secretaria de Educação).
Alexandre Flávio Medeiros Monteiro - Promotor de Justiça Substituto. **Dr. Oton Miranda de Alencar** – Declarante.²³⁴

Dessa forma, quando os Ouvidores Públicos recebem alguma reclamação, denúncia, crítica, reivindicação não instauram procedimento administrativo, mas, levam ao conhecimento de seus superiores hierárquicos sem qualquer investigação ou recomendação. Nessa condição nenhuma providência é tomada, gerando a falta de credibilidade da Gestão Pública, que só se solidifica quando as funções “são desempenhadas com acerto e imparcialidade”²³⁵.

Por isso mesmo, os Ouvidores Públicos, por não serem autônomos na tomada de iniciativas e serem responsabilizados não são “merecedores dessa denominação”, tendo em vista que a relação estabelecida com a autoridade fiscalizada é política, por estabelecer uma relação de poder entre os titulares das Ouvidorias e as instituições que fiscalizam.

Funcionalmente, a maioria das Ouvidorias Públicas criadas no setor público no Brasil, possui características como as da Ouvidoria Pública do Paraná, criada em 1991. Segundo Rubens Pinto Lyra, essa Ouvidoria Pública se caracteriza pela:

- 1) criação de cima para baixo, mediante norma editada pela autoridade fiscalizada, sem participação do colegiado máximo da instituição (no caso, a Assembléia Legislativa);
- 2) nomeação do titular, por livre escolha da autoridade fiscalizada;
- 3) atuação

²³⁴ *Ibidem...*

²³⁵ *Ibidem*, p. 80.

predominantemente voltada para a busca da eficácia e da modernização administrativa²³⁶.

O autor arremata dizendo que:

escolha de cima para baixo, ausência de autonomia do Ouvidor e objetivos voltados, sobretudo, para a modernização e eficácia do serviço público. Ela traz no seu bojo uma *contradictio in terminis*. Com efeito, como se pode fiscalizar numa situação de dependência?²³⁷.

Evidente que essa dependência do Ouvidor Público à autoridade fiscalizada torna comprometedor a sua atuação, mormente pela sua falta de liberdade de agir, ser demissível *ad nutum*, o que lhe obriga a atuar sempre em suas próprias condições subjetivas de acessibilidade, relação amistosa e subordinação à autoridade governamental.

A autonomia do Ouvidor Público não basta ser somente funcional, mas também a estrutura da Ouvidoria Pública deve ser autônoma, formada por seu titular e serviços auxiliares, organizados de acordo com a lei que a estrutura, a fim de que possa realizar suas atividades sem que seu titular e os funcionários dos serviços auxiliares tenham qualquer vinculação com a autoridade fiscalizada. Assim, a Ouvidoria Pública, por meio de seu titular cuidaria da sua própria administração de maneira autônoma e independente.

A Ouvidoria na Gestão Pública, levando-se em consideração a participação popular, acena para a autonomia administrativa e funcional como a melhor forma de garantir uma atividade independente de seu titular. A exemplo desse modelo de Ouvidoria Pública no que diz respeito à autonomia e independência, cita Aloísio Krohling:

Das experiências conhecidas na esfera estatal vale citar a do Município de Santo André, que conta com o trabalho do jurista Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes. É uma exceção na questão da autonomia e independência, o que é destacado por ser uma experiência inédita. O Ouvidor é eleito por um colegiado composto por seguimentos da sociedade civil sem qualquer ligação

²³⁶ LYRA, Rubens Pinto. *Ouvidor: o defensor dos direitos na administração pública brasileira*. Disponível em: www.dhnet.org.br. Acesso em 17 mai. 2009.

²³⁷ *Ibidem*.

com a Prefeitura – e a Lei Municipal nº 7.877/1999 reza que a Ouvidoria é “um órgão independente com autonomia administrativa e funcional, sem vínculo de subordinação a nenhum poder constituído”. Isto a torna uma instância comunitária, um órgão não estatal de participação popular que presta contas não à Prefeitura, mas ao colégio de eleitores integrantes de segmentos da sociedade civil e da esfera pública[...]²³⁸.

Portanto, o que se vislumbra no setor público é a existência de pouquíssimas Ouvidorias Públicas em que os seus titulares tenham autonomia, que funcionassem de forma plena e independente, o que seria ideal, casos em que seus titulares teriam mandatos certos, escolhidos com a participação da sociedade, por meio dos conselhos gestores e fiscalizadores com os colegiados das instituições, com atribuições que garantissem suas autonomias inerentes às necessidades do cargo.

A atuação autônoma e independente do Ouvidor dentro da esfera pública seria uma das maiores garantias de que o cidadão estaria, idealmente, assegurado de que suas denúncias, críticas e reclamações seriam corretamente apuradas e tomadas as devidas providências. Além disso, o próprio Ouvidor Público e seus serviços auxiliares estariam protegidos dos abusos de poder da autoridade fiscalizada no exercício das suas funções.

Por isso que, os poucos estudiosos do assunto apontam o Ministério Público como o espaço público ideal para a localização das Ouvidorias Públicas, como sustenta Aloísio Krohling que acena para a criação de Ouvidorias Comunitárias:

Por que sugerimos a Ministério Público como o melhor espaço institucional para a ouvidorias comunitárias? Primeiro pela própria função do Ministério Público como defensor do povo e dos avanços democráticos obtidos nos últimos anos. Basta citar a luta do Conselho Nacional do Ministério Público contra o nepotismo. Segundo, porque em cada comarca seria possível localizar a mediação entre o promotor público e os ouvidores da região administrativa, ou dentro das atividades específicas dos promotores que atuam com idosos, negros, índios e outros segmentos sociais. Terceiro, para estabelecer formas coletivas de atuação, com criação de outras instâncias não-jurídicas no município para o desempenho das Ouvidorias²³⁹.

²³⁸ KROHLING, Aloísio. *Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia*. Op. cit., 134.

²³⁹ *Ibidem*, p. 138.

Na atualidade, como já sustentado, as Promotorias de Justiça da Cidadania funcionam muito mais como Ouvidoria Pública do que efetivamente exercem suas atribuições na esfera do ajuizamento das medidas necessárias para a defesa da sociedade.

Mas, mister se faz estabelecer algumas distinções nas atribuições das Ouvidorias Públicas e do Ministério Público. Este tem autonomia funcional e administrativa e independência funcional no exercício de suas atribuições, aliás autonomia e independência decorrentes da própria Constituição Federal de 1988²⁴⁰, conforme prevê o art. 127, §§ 1º e 2º. Mas, não teria atribuição exclusiva de atuar administrativamente, porque, em defesa da sociedade, age judicialmente em processos que garantam a efetividade dos direitos individuais e coletivos indisponíveis e, em defesa da ordem jurídica e democrática, sempre nos procedimentos contenciosos.

Na Constituição Federal²⁴¹, o Ministério Público detém uma indisfarçável competência de controle administrativo em favor dos direitos fundamentais e de outros direitos da pessoa humana, conforme previsto nos incisos II e III.

Quando a Gestão Pública toma as suas decisões, não seria “atribuição do Ministério Público rever as decisões, mas suscitar o controle judicial sobre elas”²⁴², não sendo ele um órgão de defesa dos direitos do cidadão constantes na Constituição Federal, mas, um órgão de promoção da defesa social desses

²⁴⁰ **Art. 127** - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º - Ao Ministério Público assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no Art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

²⁴¹ Art. 129 da CF - São funções institucionais do Ministério Público: I..., 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.

²⁴² FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Op. cit., p. 91.

direitos. Ao contrário das Ouvidorias Públicas que teria atribuições de atuar em defesa dos direitos do cidadão, usuário dos serviços públicos.

Concordamos que o Ministério Público é um espaço público dos mais promissores, sobretudo, com a nova tendência de um Ministério Público Social como se tem observado na sua atuação judicial e extrajudicial. Usa de um grande instrumento em defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos interesses difusos e coletivos e da moralidade no serviço público que é a Ação Civil Pública.

Quando a Gestão Pública se abstém na prestação dos serviços públicos, viola gravemente a lei, pois, a atividade estatal em prol do cidadão, é essencialmente um direito deste. A eficiência e a moralidade na Gestão Pública constituem o equilíbrio e a estabilidade sociais na realização das políticas públicas, o engate firme na relação cidadão-Estado.

A Ouvidoria Pública busca controlar e fiscalizar a atividade estatal, por meio do Ouvidor Público com poderes de investigação e recomendação, objetivando que a Gestão Pública cumpra com presteza e responsabilidade os serviços públicos, sob o rigor dos princípios da eficiência e da moralidade. Ela “abrange sempre toda a administração pública, e em muitos países a própria justiça”²⁴³.

Ouvidoria Pública e Ministério Público são instituições que funcionam diferentemente. O instituto da Ouvidoria Pública não foi contemplado na Constituição Federal, à exceção de algumas Constituições Estaduais que o contemplaram. Mas, se tornou uma realidade no Brasil, se expandido no setor público devido a “uma nova sociabilidade política que se disseminou no país nos anos oitenta (1980) e noventa (1990), construída a partir da resistência de setores crescentes da sociedade brasileira ao regime militar”²⁴⁴.

²⁴³ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos humanos fundamentais*. Op. cit. p. 89.

²⁴⁴ LYRA, Rubens Pinto. *Ouvidor: o defensor dos direitos na administração pública brasileira*. Disponível em: www.dhnet.org.br. Acesso em 17 mai. 2009.

A Ouvidoria Pública é um instrumento inédito de participação popular, por transportar as experiências de participação cidadã para o ordenamento jurídico institucional, constituindo um grande alcance da sociedade civil que impõe ao Poder Público um novo relacionamento entre o cidadão, usuário do serviço público e o Estado.

Ao lado de outros instrumentos de participação popular como o Orçamento Participativo, os Conselhos de Gestores de Políticas Públicas, as Consultas Populares, etc., serve como instrumento de participação cidadã na gestão do Estado e a necessidade da população de ter assegurada maior transparência no funcionamento do Estado. Serve de combate à corrupção, ao desperdício e, assegura a observância rigorosa dos princípios da moralidade e da eficiência nos serviços públicos.

Num Estado de Direito, a organização da sociedade pressupõe a existência de espaço onde possa discutir e decidir sobre a vida social, cujo espaço não é somente físico. Nesse espaço, que é formado pela esfera pública, situa-se a Ouvidoria Pública destinada a proteger o cidadão contra erros, negligências, decisões injustas e a prestação inadequada ou de má qualidade dos serviços públicos, agindo no âmbito da administração e extrajudicialmente. Ela tem atribuição de investigar e fazer recomendação à Gestão Pública, não possuindo atribuição jurisdicional para representar a sociedade ou o indivíduo em Juízo. O seu titular pode ser nomeado ou eleito, sem que seja concursado e, com atribuições administrativas de natureza unipessoal e não contenciosa.

Por sua vez, o Ministério Público, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, está incumbida na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Ministério Público não defende direitos, mas promove a defesa social dos direitos individuais e coletivos. É uma instituição contemplada nos art.s 127 a 130 da Constituição Federal de 1988, gozando dos princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional, além de possuir autonomia

funcional e administrativa. Os seus cargos e serviços auxiliares só podem ser providos por concurso público de provas ou de provas e títulos.

Tanto as Ouvidorias Públicas quanto o Ministério Público se incluem na esfera pública, exatamente porque se destinam à defesa dos direitos de cidadania. As Ouvidorias Públicas de maneira direta, tendo em vista o acesso direto do cidadão, usuário dos serviços públicos ao Ouvidor sem qualquer burocracia. O Ministério Público por agir na promoção dos direitos sociais em favor, portanto, da sociedade.

Assim, tanto a Ouvidoria Pública como o Ministério Público tem o cidadão como foco, pois, agem em busca da realização de políticas sociais, defesa e promoção dos direitos sociais, fundamentais e humanos e, garantem a prestação de serviços públicos de qualidade, priorizando a promoção da cidadania, o bem estar e a dignidade do ser humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se através da metodologia histórico-dialética demonstrar que os institutos do *Ombudsman*/Ouvidor e da Ouvidoria Pública, a partir de 1986 passaram a fazer parte das agendas de inserções nos setores da Gestão Pública brasileira, pelo menos para servirem como instrumentos de participação popular e de proteção e defesa dos cidadãos.

As conclusões que se observam são a seguir apresentadas de forma sucinta e objetiva. E para responder ao questionamento: se a legislação infraconstitucional e a prática governamental na escolha dos Ouvidores nos órgãos estatais no Brasil contemplam a participação da sociedade civil, representando, de fato, a efetivação radical da democracia participativa na Gestão Pública, apresenta a seguir as conclusões tanto em relação à Ouvidoria Pública como em relação ao Ouvidor Público.

A instituição Ouvidoria Pública não foi contemplada na Constituição Federal de 1988. Só a partir da edição da Emenda Constitucional nº19/1998 que incluiu no art. 37, *caput*, o princípio da eficiência e acrescentou o §3º ao referido dispositivo que coloca o cidadão no direito de participar da Gestão Pública, é que, iniciou a formulação de legislação infraconstitucional reconhecendo-a como instrumento de participação do cidadão na Gestão Pública. Só algumas Constituições Estaduais colocam o instituto no seu texto.

Poderia tornar-se um mecanismo de defesa dos direitos humanos fundamentais e canal direto de democracia participativa, sem burocracia entre o cidadão e a Gestão Pública, levando reclamações, reivindicações, críticas e, até sugestões ou elogios do cidadão ao Ouvidor Público.

Serve como instrumento humanizador, já que mantém, por meio de seu titular, contato direto com o cidadão, procurando atendê-lo, recomendando, alertando e, até exigindo da Gestão Pública as mudanças necessárias, o aperfeiçoamento dos serviços públicos em benefício da sociedade.

Serve como um instrumento voltado para o controle da Gestão Pública no exercício de suas atividades.

Inclui-se no espaço ou esfera pública onde é possível estabelecer uma rede comunicacional de sujeitos, integrantes da comunidade que, interados, procuram a efetivação e garantia dos direitos fundamentais.

Contudo, a forma de criação da Ouvidoria Pública não é democrática porque é sempre instituída por norma proposta pela própria autoridade fiscalizada como o decreto-lei, na maioria dos casos. Sua criação não passa pelo crivo do legislativo. Normalmente criadas “de cima para baixo”, inviabilizando o exercício pleno da democracia participativa. Serve muito mais à própria Gestão Pública do que o cidadão. Ainda, por vezes, é uma mera extensão de gabinetes e escritórios de atendimentos para fins eleitoreiros.

Em relação ao Ouvidor Público, titular da Ouvidoria Pública:

É o representante do cidadão e, assim, seu defensor perante a Gestão pública, cuja defesa só é extrajudicialmente, precisamente, em procedimento administrativo. Possui apenas poder de sugerir ou recomendar.

Sua função, como titular da Ouvidoria Pública, recebe as denúncias, reivindicações, reclamações, críticas e até sugestões ou elogios em relação aos serviços prestados pela Gestão Pública.

Exerce uma atividade humanizadora a partir do momento que atende diretamente o cidadão, possibilitando a interação do mesmo com a Gestão Pública.

Assim, é um cidadão que deve ser identificável, culto, sobretudo, no conhecimento jurídico, ético, acessível, paciente e firme nas suas atitudes.

Mas, o ordenamento jurídico e a prática governamental na escolha do Ouvidor Público é antidemocrática. Evidenciou-se que, praticamente em todas as Ouvidorias Públicas, seus titulares, são cooptados politicamente. Geralmente são servidores que pertencem aos próprios quadros de funcionários das autoridades fiscalizadas ou estão, por indicação política ou por favores, em cargos de confiança, na maioria com *status* de secretário de estado.

Evidenciou-se também que, na maioria dos casos, os Ouvidores Públicos não têm qualquer qualificação para estarem nos cargos, especialmente conhecimentos em direitos humanos, imprescindível para o exercício da atividade.

Normalmente são pessoas sem qualquer preparo e que estão, na maioria dos casos, preocupados em melhorar a imagem da Gestão Pública do que, efetivamente atender e resolver os problemas do cidadão, usuário dos serviços públicos.

Por isso, não tem o Ouvidor Público autonomia funcional, estrutural e nem independência no exercício de suas atividades, diante da subordinação à autoridade fiscalizada. Pode ser demitido a qualquer momento, sem qualquer procedimento que lhe garanta o contraditório e a ampla defesa.

Não há a participação da sociedade civil, por meio de conselhos, associações ou outras formas democráticas na sua escolha, ficando ao bel-prazer da autoridade fiscalizada nomear quem lhe interessar.

Portanto, cabe ao cidadão, por meio do titular do poder, o povo soberano, exercer também o dever de cidadania para mudar esse quadro que se apresenta contra todos os princípios democráticos e que atenta contra os direitos humanos fundamentais, sobretudo, o direito de acesso do cidadão à Gestão Pública, que lhe deve respeito e possa garantir ao mesmo o exercício pleno da cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Guilherme de Assis; CHRISTMAN, Marta Ochsenhofer. *Ética e direito – uma perspectiva integrada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Manual das eleições*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.
- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. In: RAPOSO, Roberto (Trad.). 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- ASSOCIAÇÃO Brasileira de Ouvidorias. Disponível em: <www.abo.br>. Acesso em 23 set. 2009.
- BARBOSA, Rui. *Discurso no colégio anchieta*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- BENEVIDES, Maria Victoria. Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia. In: BENEVIDES, Maria Victória; VANNUCHI, Paulo; KERCHÉ, Fábio (Org.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Ed. Perseu Abramo, 2003.
- BENEVIDES, Maria Victória. Cidadania e justiça. *Revista da FDE*. São Paulo: 1994.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. In: COUTINHO, Carlos Nélon (Trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. VIROLI, Maurizio. *Diálogo em torno da república*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa – por um direito constitucional de luta e resistência – por uma nova hermenêutica – por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 2001.
- BRASIL. Coletânea de direito internacional. Organização Valério de Oliveira Mazzuoli. 7.ed. São Paulo: RT, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CAVALCANTI, Rosângela Batista. *Introdução à política brasileira – avanços e desafios da participação social no Brasil*. São Paulo: Paulus, 2007.
- COMPARATO, Fabio Konder. Afirmção histórica dos direitos humanos. In: PEDRA, Adriano Sant’Ana (????). *A constituição viva - poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- CORRÊA, Darcísio; OLIVEIRA, Janassana Indiará Almeida. *Cidadania, biodiversidade e identidade cultural na reserva indígena do guarita - a questão da cidadania na reserva*

- índigena do guarita. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. Ijuí: Unijuí, 2007.
- DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DANTAS, Humberto. *Introdução à política brasileira - Democracia e cidadania: consciência e participação*. São Paulo: Paulus, 2007.
- DEMO, Pedro. *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. Campinas: Editora Autores Associados, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- EISENBEG, José. *A democracia depois do liberalismo – ensaios sobre ética, direito e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.
- FABRIZ, Daury Cesar. *Direitos e garantias fundamentais: cidadania, democracia e acesso à justiça*. In: ALMEIDA, Eneá de Stutz (Org.). Vitória: Fundação Boiteux, 2006.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade. In: SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. *Direitos humanos e cidadania*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GALVANI, Leonardo; SOUZA, Adriano Stanley Rocha. *Os direitos da personalidade sob o enfoque da hermenêutica da faticidade heideggeriana*. Disponível em: www.cesumar.br. Acesso em 03 de nov. 2009.
- GOMES, Manoel Eduardo Camargo e. O ouvidor geral – uma experiência municipal. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 83, pp. 253, jul./set. 1987.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*. São Paulo: ano 25, n. 97, pp. 9-15, jan./mar. 2000.
- HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional - estudo introdutório*. In: VALÁDES, Diego (Trad.) e Índices: Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 1 ed., 2001.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. In: MENDES, Gilmar Ferreira (Trad.). Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Revista Lua Nova*. São Paulo, n. 36, p. 42, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre a facticidade e validade. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol.II, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. Sobre o problema do ser. O caminho do campo. *Revista Jurídica Cesumar*. São Paulo - SP: v. 9, n. 1141, pp. 95-114, jan./jun. 2009.
- _____. *Ser e tempo - parte I*. SCHUBACK, Marcia Sá Cavalcante (Trad.). Petrópolis: Ed. Vozes, 1989.
- _____. *Ser e Tempo - parte I*. SCHUBACK, Marcia Sá Cavalcante (Trad.). 12.ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002.
- HERKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, v. 1, 1994.

- HERTEL, Jaqueline C. Saiter. *As dimensões democráticas nas constituições brasileiras*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição* (Die normative kraft der verfassung). In: MENDES, Gilmar Ferreira (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- KEINERT, Tania Margarete Mezzomo. *Administração pública no Brasil – crises e mudanças de paradigmas*. São Paulo: Annablume Fapesp, 2000.
- KROHLING, Aloísio. Dialética, analética, anadialética e a consolidação dos direitos humanos da mulher no ocidente. In: KROHLING, Aloísio (Org.). *Justiça e libertação: a dialética dos direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2009.
- KROHLING, Aloísio. *Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia*. São Paulo: Paulus, 2009.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Liquidação na ação civil pública – o processo e a efetividade dos direitos humanos – enfoques civis e trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2004.
- LYRA, Rubens Pinto. Ouvidor: O defensor dos direitos na administração pública brasileira. Disponível em: <www.dhnt.org.br>. Acesso em 26 set. 2009.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania e classe social*. In: GADELHA, Meton Porto (Trad.). Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- MEIRELES, Ely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- MELO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MOREIRA, Paulo da Veiga. Acesso a um ordem jurídica justa na reserva indígena do Uaçá. In: KROHLING, Aloísio (Org.). *Justiça e libertação: a dialética dos direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2009.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NETO, João Clemente de Souza. Mutações na esfera pública. In: BATISTA, Dulce et al (Org.). *Cidadania e subjetividade*. São Paulo: Editora Imaginário, 1997.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A constituição viva – poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- PINTO, Odila de Lara. *Ombudsman nos bancos – agente de mudanças nas instituições bancárias no Brasil*. São Paulo: Musa, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá: v. 1, 2006.

- PIOVESAN, Flávia. Como compreender a concepção contemporânea de direitos Humanos. Disponível em: <www.scielo.com.br>. Acesso em 02 set. 2009.
- QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. Constituições brasileiras e cidadania. São Paulo: Ática, 1987.
- SANTOS; Boaventura de; AVRITZER, Leonardo. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2002.
- SANTOS, Clézio Saldanha. *Introdução à gestão pública*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Poderá o direito ser emancipatório?*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SILVA, Ana Amélia. Esfera pública e sociedade civil - sociedade civil, estado e democracia. *Revista São Paulo em Perspectiva*. São Paulo: vol. 8, n. 2. p. 61, abr.1994.
- SILVA, Cleber Demétrio Oliveira. *Conceito de gestão pública*. Disponível em: www.rzoconsultoria.com.br. Acesso em 26 set. 2009.
- SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- TOSI, Giuseppe. *Direitos humanos como ética republicana*. Disponível em: <www.dhnet.org.br>. Acesso em 26 de outubro de 2009
- VALDÉS, Daisy de Asper y. *Ética e governança - ouvidoria e boa governança – fundamentação constitucional e legal – propósito e missão das ouvidorias*. TITULO DO SITE?????. Disponível em: <www.etica.gov.br>. Acesso em 23 jun. 2009.
- VIAL, Sandra Regina. Democracia: liberdade, igualdade e poder. In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- WOLKMER, Antônio Carlos. A construção democrática do direito: estado, desobediência civil e Ética. In: AGUELLO, Katie (Org.). *Direito e democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Editora Alfa - Omega, 2001.