



Prisma Jurídico
ISSN: 1677-4760
prismajuridico@uninove.br
Universidade Nove de Julho
Brasil

Teixeira de Toledo, Carlos José
A posição peculiar dos ouvidores públicos e o dever de sigilo
Prisma Jurídico, vol. 8, núm. 1, enero-junio, 2009, pp. 163-183
Universidade Nove de Julho
São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93412810009>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica
Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

A posição peculiar dos ouvidores públicos e o dever de sigilo

Carlos José Teixeira de Toledo

Mestre em Direito – USP;
Professor de Direito Administrativo – Uninove.
São Paulo – SP [Brasil]
cjtoledo@sp.gov.br

Na busca por melhores garantias para os cidadãos e de controle da administração pública, as ouvidorias públicas – instituições cuja inspiração original vem do *ombudsman* sueco – tornam-se cada vez mais importantes, como um sistema alicerçado na boa-fé e na confiança do cidadão. Um dilema ético e jurídico importante se apresenta quanto ao sigilo da identidade do cidadão que recorre ao *ombudsman*, pois pode ser contrastado com outras normas jurídicas referentes à publicidade dos atos governamentais e à proibição do anonimato. Neste artigo, analisam-se tais questões, apontando para as peculiaridades éticas do exercício da função das ouvidorias públicas.

Palavras-chave: Administração pública. Controle. *ombudsman*. Ouvidoria. Sigilo.

1 As ouvidorias públicas e o controle social da administração pública

Quis custodiet custodes – “quem vigia o vigilante?” Inspirada pelo texto de uma sátira latina, essa pergunta sempre se apresenta quando se levanta a questão do controle a ser exercido sobre aqueles que, no âmbito de uma dada sociedade, são depositários dos poderes atribuídos pelos demais para atuar em prol do bem comum.

A questão do controle do poder estatal, em suas multifárias manifestações, é certamente o tema mais recorrente da doutrina política e dos estudos juspolíticos. Para os estudiosos do Direito Público, mais especificamente do Administrativo, é um dos aspectos que mais geram preocupação e, ao mesmo tempo, frustração, quando se percebe a insuficiência dos meios de controle, apesar de as regras coativas e sancionatórias se multiplicarem e de os procedimentos administrativos se tornarem mais complexos e formalistas.

No nosso contexto social, o regime instaurado pela Constituição de 1988 está prestes a atingir a maioria, mas, nem por isso, podemos afirmar, com segurança, que o princípio republicano, que impõe aos gestores do interesse público o respeito à sua indisponibilidade, esteja em pleno vigor em nosso País.

A evidente insuficiência dos meios tradicionais de participação na democracia representativa põe em evidência outras formas de exercício democrático, especialmente pelos meios de democracia participativa¹.

No que se refere às atividades cotidianas da administração pública, já se busca, há algum tempo, favorecer a participação dos cidadãos no controle da qualidade dos serviços públicos por meio das chamadas ouvidorias dos órgãos e entidades estatais.

A necessidade de meios de participação e controle da gestão dos serviços públicos pelos cidadãos já se encontra consagrada na Constituição: a Emenda Constitucional nº 19/1998, ao introduzir o princípio da eficiência

no texto constitucional, preocupou-se em estabelecer algumas regras que o prestigiassem, entre as quais se ressalta:

Art. 37 [...]

§ 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;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Trata-se de alteração que certamente representou um aperfeiçoamento, embora apenas acolhesse e incentivasse uma prática que já se vinha instalando na administração pública havia mais de uma década².

Embora não estejam acima de qualquer crítica, as Ouvidorias que se vêm instalando em nosso país fazem parte de uma nova cultura institucional, que busca focar a atuação administrativa no destinatário da atividade: o cidadão. O que é natural, pois a função administrativa visa atender às necessidades da coletividade, não sendo, portanto, um fim em si mesma, como observa Maria Sylvia Di Pietro:

Com efeito, há uma valorização da figura do cidadão usuário do serviço público. Nas palavras de Jacques Chevalier (*Revista do Serviço Público*, v. 120, p. 42-43), ‘a reforma do Estado modifica a ordem das prioridades’, à medida que busca ‘recolocar o usuário no centro da administração’ ou ainda ‘situar o cidadão no cora-

ção do serviço público'. Aponta ele os vários novos perfis do usuário que implicam 'representações diferentes do administrado e desembocam em diferentes perspectivas de reformas: o usuário protagonista, dotado de um poder de intervenção no andamento dos serviços (de onde decorre o tema da participação); o usuário parceiro, capaz de se colocar como um interlocutor de serviços (daí o tema da transparência); o usuário cliente, cujas aspirações devem ser satisfeitas pelos serviços públicos (donde o tema da qualidade). (2001, p. 55).

Portanto, enquadrada a questão na ideia de Estado Democrático de Direito – evolução do chamado Estado Social –, o exercício, pela administração, de sua atividade deve ser direcionado à satisfação das necessidades consideradas de interesse público. Ressalte-se que, na prestação de serviços, não é concebido o atendimento a tal interesse sem que sejam solucionadas as necessidades dos cidadãos e sem que eles possam ser ouvidos a respeito do serviço prestado.

Nesse mesmo sentido, confira a lição de Marçal Justen Filho:

O agente estatal é um servo do povo, e seus atos apenas se legitimam quando compatíveis com o direito. Toda a disciplina da atividade administrativa tem de ser permeada pela concepção democrática, que sujeita o administrador à fiscalização popular e à comprovação da realização democrática dos direitos fundamentais.

É indispensável ampliar o instrumental de controle democrático, indo muito além dos institutos do direito de informação e do direito de petição. É imperioso instituir autoridades políticas e administrativas independentes, que sejam investidas de garantias contra os ocupantes do poder e que disponham de competência para fiscalizar a conduta de qualquer exercente de poder estatal. (2005, p. 734).

2 A origem da figura do ouvidor público

Embora notória, não custa lembrar a origem do modelo institucional que, entre nós, gerou a posição denominada “ouvidor”, que aqui qualificamos como “Público”, para diferenciá-lo dos congêneres instalados na atividade empresarial privada. Salientamos que o termo “ouvidor”, apesar de resgatado do direito colonial, distancia-se de sua acepção original, de juiz representante da justiça real no Brasil Colônia (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2002).

O chamado *ombudsman* sueco é a inspiração inegável de diversas instituições que, hoje, existem em mais de 120 países, com nuances peculiares e denominações diferentes – *mediateur*, na França; “Defensor do Povo”, na Espanha; “Provedor de Justiça”, em Portugal –, mas irmanadas por alguns traços comuns.

O que se destaca como traço essencial do *ombudsman* – e que se impõe para correto funcionamento institucional – é a marca da independência de sua atuação. Conforme esclarece Odete Medauar (1993, p. 147-148), observando a experiência sueca:

[...] Embora designado pelo Parlamento, o *Ombudsman* pode orientar livremente suas atividades de controle, pois é independente, tanto em relação ao Parlamento, como em relação ao Governo [...] A principal função do *Ombudsman* situa-se na proteção dos direitos fundamentais. Assim sendo, ele supervisiona o modo pelo qual juízes, altos funcionários e todos os agentes públicos aplicam a lei; ele representa contra aqueles que agem de modo ilegal ou negligenciam seus deveres. Seu controle se exerce sobre os funcionários dos serviços públicos e administrativos centrais e locais, os tribunais as autoridades militares, os estabelecimentos penais, os hospícios, os centros de educação.

Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes (1987, p. 253), primeiro a ocupar a função congênere no Brasil, assim o define:

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

3 As peculiaridades do ouvidor público no direito brasileiro

A Constituição brasileira não acolheu, em sua redação original, a figura do *ombudsman*, embora se registrem tentativas de incluir a figura, por ocasião dos trabalhos da Assembleia Constituinte. O anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos de Mello Franco, previa, no capítulo que tratava dos “Direitos e Garantias”, a figura do defensor do povo, claramente inspirada no modelo sueco. Todavia, a proposta contou com a resistência de setores corporativos, especialmente do Tribunal de Contas e do Ministério Público, o que acabou por inviabilizar a inclusão no texto final³.

Somente com a recente promulgação da Emenda nº 45, de 8 de dezembro de 2004, ocorreu o acolhimento constitucional da figura do ouvidor, inserido na estrutura dos órgãos de controle da Magistratura e do Ministério Público:

Art. 103-B [...]

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou

órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

Art. 130-A [...]

§ 5º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

A criação de ouvidorias setoriais não é uma novidade, representando uma tendência do instituto em nosso País. Inviabilizada a criação de um *ombudsman* de dimensões mais amplas no Texto Constitucional, disseminou-se a experiência pelos entes políticos, com a criação de ouvidorias na União, nos Estados e Municípios, geralmente instaladas no âmbito interno dos órgãos (secretarias, departamentos) e entidades (autarquias, agências, universidades, empresas estatais) de suas respectivas esferas.

Embora haja grandes variações em relação às suas características formais, pode-se dizer que o desenho legal da função de ouvidor gravita em torno de traços essenciais, que podemos assim definir:

- ♦ trata-se de meio não contencioso de controle administrativo: embora as informações colhidas possam levar à instauração de processos sancionatórios, o ouvidor não exerce poder de polícia ou disciplinar; a eficácia de sua atuação decorre mais de procedimentos persuasórios, tais como divulgação de relatórios, propostas de alteração normativa, sugestões de alteração procedimental e críticas à cultura do órgão controlado;
- ♦ o ouvidor se coloca como um mediador entre o cidadão e a administração pública, privilegiando a ótica do administrador, sem descuidar do interesse público, em sentido amplo; ele deve acolher as reclamações, críticas e denúncias feitas pelo cidadão, apurando-as e esclare-

cendo-as. Dessa atividade devem resultar informações que lhe permitam fazer as críticas e recomendações necessárias ao aperfeiçoamento do órgão controlado;

- ✦ o ouvidor deve ter independência funcional para o exercício de sua atividade: para isso, é imprescindível a atribuição de mandato fixo, sendo altamente recomendável que sua designação seja feita de forma participativa.

As características mencionadas se encontram, em grande parte, retratadas na legislação produzida pelo Estado de São Paulo, que soube definir bem a posição peculiar do ouvidor como um representante do cidadão usuário de serviços públicos.

O Decreto 44.704, de 1º de julho de 1999, qualificou a figura do ouvidor como “[...] representante do cidadão da instituição que atua” (art. 1º, I), cabendo-lhe exercer “[...] suas funções com independência e autonomia, sem qualquer ingerência político-partidária, visando a garantir os direitos do cidadão usuário de serviço público” (art. 3º, caput). Para garantia de tal independência, o Decreto garante ao ouvidor o mandato mínimo de um ano, permitida a recondução (art. 5º)⁴. Registre-se também a existência de lei específica referente à Ouvidoria da Polícia do Estado de São Paulo, cujas normas não discrepam desse espírito⁵.

4 A relação de confiança entre ouvidor e cidadão e o consequente dever de preservar a sua identidade

Como se pode perceber, a função de ouvidor, por sua própria natureza e para que possa efetivamente atingir seus objetivos institucionais, há de pressupor uma relação permeada de confiança e boa-fé entre o cidadão e o agente que desempenha esse papel.

Essa necessidade foi bem compreendida pela legislação paulista, que estabelece como deveres para o ouvidor (Decreto 44.704/99, art. 4º):

I - dar sempre ao cidadão uma resposta à questão apresentada, no menor prazo possível, com clareza e objetividade; II - atender com cortesia e respeito, afastando-se de qualquer discriminação ou pré-julgamento; III - agir com integridade, transparência, imparcialidade e justiça; IV - zelar pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da administração pública; V - resguardar o sigilo das informações.

Os mandamentos da legislação paulista seguem, de maneira adequada, o Código de Ética dos Ouvidores Públicos, aprovada na Assembleia Geral Extraordinária da Associação Brasileira dos Ouvidores/Ombudsman (ABO), realizada em Fortaleza - CE, em 19.12.1997, que estabelece, entre os deveres dos ouvidores:

[...] agir com transparência, integridade e respeito" (art. 3º), "respeitar toda e qualquer pessoa, preservando sua dignidade e identidade" (art. 5º), "exercer suas atividades com independência e autonomia" (art. 7º), "ouvir seu representado com paciência, compreensão, ausência de pré-julgamento e de todo e qualquer preconceito" (art. 8º), "resguardar o sigilo das informações" (art. 9º), "responder ao representado no menor prazo possível, com clareza e objetividade" (art. 11), "atender com cortesia e respeito as pessoas" (art.12), "promover a justiça e a defesa dos interesses legítimos dos cidadãos" (art. 17).

Percebe-se, pela leitura das normas em questão, sintetizadoras dos aspectos éticos próprios da atividade, que entre ouvidores e cidadãos representados estabelece-se uma relação fiduciária, impondo-se ao ouvidor uma

série de deveres inerentes a essa relação, entre os quais está o de resguardar a identidade do representado, quando ele assim solicitar.

Esse aspecto – o resguardo da identidade do cidadão pelo ouvidor –, que, por vezes, tem sido objeto de incompreensão, é o que agora se analisará.

Recentemente, tivemos a oportunidade de enfrentar, no contencioso da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, processo de *habeas-data*, em que um agente público, sentindo-se atingido por denúncia apresentada à Ouvidoria de uma Secretaria do Estado, pleiteava a revelação da identidade do denunciante, para ajuizar contra ele ação de reparação de danos morais.

A tese do impetrante baseava-se, sobretudo, no direito constitucional à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas (CF/88, art. 5º, X) e no dispositivo que, garantindo o direito de expressão, veda o anonimato (CF, art. 5º, IV).

Esclareça-se, desde já, que as ouvidorias não recebem reclamações e denúncias anônimas. O cidadão, ao dirigir-se ao ouvidor, deve declinar sua identidade e fornecer seus dados pessoais. O que se resguarda é a preservação desses dados por meio do sigilo, que não se confunde com o anonimato – em que a pessoa, ao expressar uma dada opinião ou transmitir uma informação, não revela a autoria. Em defesa da recusa do ouvidor em fornecer as informações, a par de outros argumentos de cunho processual e material, baseamo-nos, sobretudo, no que dispõe o art. 5º, inciso XIV, da Carta Federal: “Art. 5º. [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

Ora, para que atue com a independência necessária e em defesa dos direitos do cidadão – pois o representa ante a Administração Pública –, é imprescindível que a relação entre o ouvidor e o cidadão seja pautada na confiança e na boa-fé.

Assim, o dever ético e jurídico do ouvidor de resguardar o sigilo da fonte das informações é um imperativo da própria natureza peculiar dessa função – dever esse que se iguala ao do médico, do advogado, do psicólogo, do padre

ou de qualquer outra relação profissional para cujo exercício sejam misteres a confiança e a confidencialidade.

Também no resguardo desse princípio, dispõe o Código Penal Brasileiro:

Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

Pena: detenção de 3 (três) meses a 1(um) ano, ou multa.

Observe-se que o Código Penal revela, de maneira mais ampla, esse dever, que se prende a qualquer exercício de atividade – função, ministério, ofício ou profissão – que implique relação de confiança/confidência.

Poder-se-á objetar: trata-se, no caso, de órgão público, ao qual se aplica o princípio da publicidade. Ora, se aplicado esse raciocínio em caráter extremo, devemos nos perguntar se o defensor público terá de confessar pelo seu cliente, se o médico do hospital público deverá revelar o prontuário de seu paciente a qualquer interessado, se o capelão militar é obrigado a revelar os segredos que lhe foram depositados no confessional etc.

Constata-se, portanto, que a questão não é tão singela de maneira que prepondere um raciocínio simplista, com base, tão somente, no aspecto subjetivo da função de ouvidor, por se tratar de servidor público. Há de se considerar, essencialmente, o aspecto material dessa atividade: no que consiste, o que representa, qual a sua função no âmbito estatal, qual a finalidade a ser atingida com o exercício desse mister. Se atentarmos para tais aspectos, veremos que ele não pode ser constrangido a revelar a fonte das informações, sob pena de trair sua própria razão de ser: colocar-se de permeio na relação, nem sempre pacífica, entre a administração e os cidadãos, velando especialmente pelo interesse de ambos, sem descuidar da busca pela melhoria da qualidade dos serviços públicos.

Portanto, quando um cidadão, espontaneamente, fornece seus dados de identificação ao Estado, para um fim que é de interesse público – pois

obter informes e opiniões acerca da qualidade e eficiência do serviço é, sem dúvida, imprescindível à função administrativa –, o órgão administrativo assume a condição de verdadeiro depositário dessas informações, não podendo fornecê-las a terceiros.

As regras que protegem o sigilo da fonte têm como base o imemorial princípio da boa-fé, que não está presente apenas nas relações privadas, mas também na relação entre o ente público e os cidadãos submetidos a seu poder, assumindo, nesse caso, até maior dimensão.

Nesse sentido, pondera Juarez de Freitas que

[...] parece inequívoco, entre nós, que o princípio da confiança estatui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada de autêntica fidúcia mútua, no plano institucional. Em sentido mais amplo, possível dizer que se trata de um dos princípios constitucionais de que mais carece o país para obter estabilidade em termos duradouros. (2002, p. 73).

O Superior Tribunal de Justiça, na voz do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., também encareceu tal princípio:

Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela Administração Pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre seus próprios passos, depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram⁶.

Embora tal princípio esteja implícito em nosso ordenamento constitucional, vem sendo, aos poucos, expressado no direito positivo. A própria Lei do Estado de São Paulo, que determinou a instituição das ouvidorias, consagra-o em seu art. 13:

Artigo 13 - Os procedimentos administrativos advindos da presente lei serão impulsionados e instruídos de ofício e observarão os princípios da igualdade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da celeridade, da economia, da proporcionalidade dos meios aos fins, da razoabilidade e da boa-fé. (Lei n.º 10.294, de 20 de abril de 1999, grifos nossos)

Se esse princípio da boa-fé deve ser observado de maneira genérica na relação entre administração e administrado, coloca-se, de maneira especialmente intensificada, na relação do cidadão com o ouvidor, em que, conforme salientamos, é inafastável a necessidade de estabelecer uma relação de confiança/confidência para desempenho da função.

Não podemos deixar de mencionar, em aparente contrariedade à nossa tese, que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de apreciar demanda semelhante, porém não idêntica, em mandado de segurança impetrado por servidor público contra o Presidente do Tribunal de Contas da União. Trata-se do MS n.º 24.405-DF, que resultou na seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DENÚNCIA. ANONIMATO. LEI 8.443, DE 1992. LEI 8.112/90, ART. 144. C.F., ART. 5º, IV, V, X, XXXIII e XXXV. I. - A Lei 8.443, de 1992, estabelece que qualquer cidadão, partido político ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU. A apuração será em caráter sigiloso, até decisão definitiva sobre a matéria. Decidindo, o Tribunal manterá ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia (§ 1º do art. 55). Estabeleceu o TCU, então, no seu Regimento Interno, que, quanto à autoria da denúncia, será mantido o sigilo: inconstitucionalidade diante do disposto no art. 5º, incisos V, X, XXXIII e XXXV, da Constituição Federal.

II. - Mandado de Segurança deferido. (Pleno – v.m. – Rel. Min. Carlos Veloso – j. 03.12.2003 – Publicação: DJ 23.04.2004).

Embora o Excelso Pretório tenha, na ocasião, firmado posição embasada no repúdio a denúncias irresponsáveis que pudessem vir a ser formuladas perante o Tribunal de Contas da União, é certo que o julgamento se baseou estritamente no exame da legislação e das características daquele órgão, cuja função é evidentemente diversa da desempenhada pelas Ouvidorias Públicas.

Ainda que ambas as instituições estejam relacionadas ao controle da administração pública, é correto afirmar que a atividade do Tribunal de Contas discrepa das funções da Ouvidoria, em razão da natureza contenciosa de sua atividade, dada a sua competência para “[...] julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos [...] e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”, podendo “[...] aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.” (art. 71, incisos II e VIII).

Compare-se com a atividade do ouvidor, conforme delineada por Daisy de Valder y Aspés:

Geralmente, o Ombudsman ou, no caso brasileiro, 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 investigação profunda de todos os fatos, em meticulosas considerações de todas as perspectivas e em rigorosa análise de todos os aspectos. Através dessa racionalização bem instrumentalizada, os resultados tornam-se bem mais convincentes do

que simplesmente pela aplicação da coerção impositiva. Impõe-se, portanto, ‘pela autoridade moral, pelo acerto de suas conclusões e pelo equilíbrio de suas atitudes’. Os poderes do Ouvidor, na Administração Pública brasileira, são, portanto, de inspeção e persuasão. (2006, p.4).

É evidente que, para o Tribunal de Contas, é inaplicável o inciso XIV do art. 5º, que resguarda o sigilo da fonte, pois não se pode dizer que há propriamente uma relação de confiança profissional entre o órgão e o denunciante ou que o Tribunal de Contas “represente” o cidadão diante da administração. Saliente-se que, não obstante essa evidente impropriedade, o dispositivo em questão chegou a ser mencionado, *en passant*, no voto do Ministro Nelson Jobim, que acompanhou o voto majoritário do relator Ministro Carlos Veloso e frisou a necessidade de realizar outro tipo de ponderação, tendo em vista as peculiaridades de cada caso.

É interessante observar que já vige, entre nós, legislação federal que embasa a atividade do ouvidor e a proteção da identidade de seu representado. Trata-se de norma que integra a Convenção Interamericana sobre Corrupção, promulgada pelo Decreto n.º 4.410, de 7.10.2002:

Artigo III - Medidas preventivas

Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, aos Estados Partes convém considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer:

[...]

8. Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno.

No nosso entender, a instituição do ouvidor é uma das formas adequadas de dar cumprimento a essa disposição, dada a necessidade de harmonização com as demais normas e princípios do sistema constitucional já mencionados. Outra forma, mais radical e, pode-se dizer, onerosa para o cidadão, é o sistema legal de proteção de testemunhas, instaurado entre nós pela Lei Federal n.º 9.807, de 13 de julho de 1999, que chega a permitir a alteração dos dados de identificação do cidadão protegido (art. 9º).

São dois sistemas que atuam com intensidade e efeitos diversos e não são excludentes, mas complementares. Resultam ambos das notórias características socioculturais de nosso País: a lamentável constância das práticas arbitrárias e abusivas; o uso da máquina pública para favorecer amigos e prejudicar desafetos; a apropriação dos recursos estatais para formar “clientelas”; a conivência e o conluio com práticas criminosas, e, somadas a isso, as dificuldades práticas de punir e responsabilizar aqueles que, de posse de um cargo público, oprimem a população e a tornam refém daqueles que deveriam ser, por definição, seus servidores.

É evidente o interesse público – do povo, propriamente – em manter um sistema de controle que, malgrado algum risco de uso indevido, possa servir de anteparo para o cidadão diante do Leviatã, muitas vezes personificado em uma pessoa que, sob ele, exerce uma pequena, mas igualmente detestável tirania.

Imaginemos algumas situações críticas: um pai que tem, sob a guarda do Estado, um filho internado em estabelecimento oficial destinado a medidas socioeducativas, que vem a sofrer maus-tratos de um servidor, ou um cidadão que presencia a prática contumaz de extorsão por autoridades policiais em um bairro popular (não custa lembrar do lamentável episódio da Favela Naval, em Diadema), ou outro que venha a saber de um conluio de autoridades ambientais com empresários de grande poder econômico. Quantos de nós se sentiriam confiantes em exercer, de maneira franca, o seu direito de petição em face de tais situações?

É necessário reconhecer que nossa sociedade é permeada de injustiças, e contribuir para sua correção é, por vezes, um ônus por demais pesado para o cidadão, se a ele não se dá algum tipo de garantia de que não sofrerá gravames pelo exercício de um direito que é, muitas vezes, também um dever.

No que se refere aos possíveis inconvenientes da instituição, em relação ao agente público que é objeto de sua atuação, cabem ainda algumas breves observações.

Em primeiro lugar, é preciso enfatizar que a reclamação ou denúncia formulada ante o ouvidor não pode ser utilizada como prova em processos administrativos e judiciais, a menos que o cidadão representado abra mão, voluntariamente, do direito à preservação de sua identidade e preste seu testemunho pelas formas convencionais. Isso não impede que, com base nas informações fornecidas, sejam colhidas as provas necessárias à responsabilização do agente público faltoso.

Ademais, a apuração dos fatos pela Ouvidoria deve ser feita também para preservar o agente público mencionado na denúncia/reclamação, evitando-se que ele seja indevidamente exposto – a exemplo do que ocorre em procedimentos de cunho disciplinar, em que também devem ser preservadas a honra e a imagem dos investigados.

Por fim, há de se examinar – ainda que brevemente, dada as limitações deste trabalho – se a proteção do sigilo prevalece, uma vez que seja patenteada a má-fé do apresentante da reclamação/denúncia.

Nesse contexto, visto que a relação entre ouvidor e cidadão repousa na confiança e na boa-fé, existe, em tese, a possibilidade de ser removida a proteção, desde que se afigure a atuação de má-fé por parte do representado. Evidentemente, a relação de confiança se baseia na reciprocidade e, se o cidadão se utiliza da Ouvidoria com o evidente propósito de lesar outrem, quebra-se a fidúcia que impõe ao ouvidor o dever de sigilo.

Com base nesse raciocínio, surge outra dúvida: pode o ouvidor, por decisão própria, revelar a identidade do reclamante/denunciante, tendo

como motivo a má-fé do seu representado? Ou seja, o ato de quebra do sigilo é – usando terminologia do direito administrativo – autoexecutório? Isso dependerá, segundo nosso ponto de vista – do regramento legal da atividade, que deve ater-se a alguns princípios: 1º) a boa-fé se presume, pelo que deve haver fundados indícios de má-fé no exercício do direito de apresentar denúncia/reclamação ao ouvidor; 2º) o ato que faz cessar o dever de sigilo pelo ouvidor deve ser motivado; 3º) deve-se notificar previamente o afetado sobre a quebra do sigilo, assinalando-lhe prazo razoável para que possa recorrer administrativamente ou, eventualmente, ajuizar as medidas necessárias para evitar um dano que se afigura, no caso, como irreversível⁷.

5 Considerações finais

Os raciocínios desenvolvidos neste trabalho nos levam às seguintes conclusões:

1. As ouvidorias públicas são um instrumento necessário ao aperfeiçoamento da administração pública nacional, na medida em que prestigiam o princípio republicano e colaboram para a realização da democracia participativa;
2. A Constituição Federal reconhece, em seu art. 37, § 3º, a necessidade de dotar o cidadão de instrumentos eficientes de controle da função pública, que é um instrumento para a realização das necessidades da coletividade, e não um fim em si mesma.
3. A figura do ouvidor público, derivada da instituição do *Ombudsman*, tem como traços peculiares a independência no exercício de sua atividade, o uso de meios persuasórios de controle e a representação dos interesses da cidadania perante a administração;

4. Para o correto exercício de sua função, o ouvidor público está sujeito a um regramento ético próprio, que conjuga a defesa do interesse público com a manutenção da relação de confiança estabelecida entre ele e o cidadão representado;
5. Em razão da relação de confiança estabelecida entre o ouvidor público e o cidadão representado, com base no princípio da boa-fé, o ouvidor está obrigado a manter em sigilo a identidade desse cidadão, quando ele o solicitar;
6. A manutenção do sigilo da identidade do cidadão representado, pelo ouvidor público, está abrigada no art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal;
7. O dever de manter a identidade do cidadão em sigilo somente é excepcionado na hipótese de comprovada má-fé, sendo o exercício dessa exceção regrado legalmente, com o oferecimento de garantias àquele cuja identidade se pretende revelar.

The peculiar position of the ombudsmans and the duty of secrecy



In order to offer better guarantees for citizens and better control of public administration, the public audits – institutions whose original inspiration are from the Swedish word ombudsman – make increasingly important, as a system based on good faith and confidence of the citizen. An important ethical and legal dilemma is presented to the confidentiality of identity of the citizen that appeal to the ombudsman, since this secrecy can be contrasted with other legal rules, related to transparency of public acts and the prohibition of anonymity. This article is proposed to analyze such issues, pointing to the ethical peculiarities of exercise of the function of the public audits.

Key words: Control. Ombudsman. Public administration. Secrecy.

Notas

- 1 Nesse sentido, assiste-se à campanha da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a liderança do Prof. Fabio Konder Comparato, de resgatar-se os instrumentos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, como meios de superar a carência de legitimidade hoje constatada. Sobre o princípio participativo, como postulado da democracia plena e necessário ao controle administrativo, vide Martins (2000, p. 115-118).
- 2 O Município de Curitiba instalou sua pioneira Ouvidoria em 1986. A União já dispunha legalmente de uma Ouvidoria-Geral desde 1992. O Estado de São Paulo instituiu sua primeira Ouvidoria em 1996, por meio da Lei Complementar 826/96, adiante referida.
- 3 Constatação de Marcos Amaral, em sua dissertação: “O *ombudsman* e o controle da Administração”. Apud Medauar, 1993, p. 156.
- 4 Esclareça-se que o Decreto citado regulamenta a Lei 10.529, de 20 de abril de 1999 – lei que estabelece as normas básicas de tutela do usuário do serviço público no âmbito estadual. O diploma em questão garante:
“Art. 8º. O usuário tem direito ao controle adequado do serviço. § 1º – Para assegurar o direito a que se refere este artigo, serão instituídas em todos os órgãos e entidades prestadores de serviços públicos no Estado de São Paulo:
a) Ouvidorias;
5 Trata-se da Lei Complementar nº 826, de 20 de junho de 1996, que é a versão precursora e mais bem-acabada da legislação que regula as ouvidorias em geral, inclusive estabelecendo mecanismo participativo para nomeação do titular da função, que é indicado em lista tríplice pelo Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (art. 3º, *caput*).
6 REsp. 184.487- SP – RSTJ 120/386.
7 Esses lineamentos já se encontram traçados, de forma coerente, na *Lei Modelo para proteção de pessoas que denunciam corrupção*, elaborada pela Oficina de Cooperação Jurídica da OEA, como medida de implementação da Convenção Interamericana sobre corrupção. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/preventivas/guate_docs/Devine_Vaughn_Henderson.htm. Acesso em: 31 maio 2006.

Referências

- DI PIETRO, M. S. Z. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1998*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FREITAS, J. de. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GOMES, M. E. A. C. e. O ouvidor geral – uma experiência municipal. Tese apresentada no V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, 1986. *Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, n. 83, p. 250-259, jul.-set. 1987.

TOLEDO, C. J. T. de

JUSTEN FILHO, M. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, F. R. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: RT, 2000.

MEDAUAR, O. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Conceituação técnica da Ouvidoria do Ministério da Fazenda*. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2002. Disponível em: portal.ouvidoria.fazenda.gov.br/ouvidoria/ouvidoriarevista/conctecouvidoriamf.pdf. Acesso em: 31 maio 2006.

VALDER Y ASPÊS, D. de. *Ouvidorias, participação e cidadania: elementos essenciais, desafios comuns*. Disponível em: http://www.etical.org.br/arquivos/TDE5_Governanca.doc. Acesso em 29 maio 2006.

recebido em abr. 2008 / aprovado em maio 2008

Para referenciar este texto:

TOLEDO, C. J. T. de. A posição peculiar dos ouvidores públicos e o dever de sigilo. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 163-183, jan./jun. 2009.