

5 REGIME JURÍDICO DAS OUVIDORIAS PÚBLICAS²²⁰

Passados quase duas décadas da criação da primeira Ouvidoria Pública no Brasil, as experiências institucionais atualmente vigentes compõem um extenso mosaico de difícil sistematização, tão complexo quanto heterogêneo.

A ausência de estudos doutrinários que tratem, de modo sistematizado, esse conjunto de experiências presente no Poder Executivo, Judiciário e Legislativo, dos três níveis (federal, estadual e municipal) de governo, reclama uma profunda investigação que a natureza deste artigo não comporta.

O que aqui se pretende é, ao menos, delinear os traços fundamentais do que se poderia denominar quadro geral de um regime jurídico das Ouvidorias Públicas Brasileiras. Para tanto, optou-se por deixar a instância estritamente conceitual, para enfrentar a difícil tarefa de estabelecer alguns marcos classificatórios capazes de viabilizar uma apropriação mais prática do tema.

Tendo como pressuposto teórico que o instituto das Ouvidorias Públicas está encartado no capítulo reservado ao Controle da Administração Pública, a primeira parte desse estudo tratará das Ouvidorias enquanto instrumento de controle (perspectiva funcional) e, a segunda, como espaço de controle (perspectiva estrutural).

Como instrumento de controle, serão tratados os principais elementos que o compõem (natureza, sujeição passiva, objeto e sujeição ativa), e como espaço de controle, será estabelecida uma classificação das Ouvidorias, apta a identificar as diferentes experiências institucionais vigentes no Brasil.

5.1 Ouvidorias Públicas: instrumento de controle

Na perspectiva funcional, a análise da natureza das Ouvidorias Públicas brasileiras como instrumento de controle, encontra fundamento no Direito Administrativo, mais especificamente no âmbito da

²²⁰ Este capítulo foi originalmente publicado no livro....

Teoria do Controle da Administração Pública. Assim, para facilitar o entendimento, será eleito um conceito produzido no próprio Direito Administrativo. Tendo esse contorno conceitual como referente, serão analisados os principais elementos que identificam as Ouvidorias como instrumentos de controle.

Na doutrina administrativa o conceito que tem merecido maior atenção – inclusive com o reforço do Prof. Luciano FERRAZ²²¹ – é o formulado pelo Prof. Hely Lopes MEIRELLES, posto do seguinte modo: “controle, em termos de administração pública, é a faculdade de vigilância que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”²²².

Na sequência, será analisada a pertinência desse conceito a partir dos diversos elementos que o compõe (natureza, objeto sujeição passiva, objeto e sujeição ativa)

²²¹ FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

²²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 14.ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 565. Esse conceito não difere substancialmente dos demais conceitos elaborados pela doutrina nacional. Senão, veja-se: a) o formulado pela Prof.^a Maria S. Zanella DI PIETRO: “*poder de fiscalização e correção que sobre ela [Administração Pública] exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico*” (DI PIETRO, Maria S. Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 417); b) o construído por GASPARINI: “*é a atribuição de vigilância, orientação e correção de certo órgão ou agente público sobre a atuação de outro ou de sua própria atuação, visando confirmá-la ou desfazê-la, conforme seja ou não legal, conveniente, oportuna e eficiente*” (GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Lê, 1991. p. 375); c) o mais recentemente elaborado por MEDAUAR: “*controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado*” (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 22); d) ainda, o de DROMI: “*Comprende el ‘autocontrol’ (de ofício o a instancia de parte), realizado internamente por los órganos públicos en ejercicio de la función administrativa. Todo órgano de la Administración (superior o inferior, jerarca o subordinado) ejerce poderes y competencias de revisión de la conveniencia u oportunidad y de la legalidad de sus propios actos*” (DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994. p. 46).

5.1.1 Natureza

A natureza do controle exercido pelas Ouvidorias Públicas não pode prescindir da análise do âmbito de sua atuação. Os elementos que oferecem essa informação são os sujeitos que executam o controle, à medida que – situando-se nos extremos da relação – determinam sua extensão.

O conceito formulado pelo saudoso Prof. MEIRELLES oferece essa possibilidade, quando circunscreve a ação de controle a um universo relacional compreendido, de um lado, pelos Poderes, órgãos e autoridades do Estado (sujeição ativa), e, de outro, à Administração Pública (sujeição passiva).

Assim estabelecido, o referido Professor exclui todo plexo de relações de controle levadas a efeito por pessoas físicas e jurídicas que não se localizam no interior do próprio Estado, excluindo, por exemplo, a competência das Ouvidorias das Agências Reguladoras sobre prestadores privados de serviços públicos (sujeição passiva) e a competência do Conselho de algumas Ouvidorias – como a do Município de Santo André e da Ouvidoria de Polícia de São Paulo – composto pelos representantes da sociedade civil (sujeição ativa).

Note-se que não se trata apenas de controle interno a ser exercido pela Administração sobre ela mesma. Ao utilizar a expressão “poder”, o mencionado autor alarga a ação de controle aos outros Poderes do Estado, fazendo que a realidade descrita pelo conceito abranja o controle interno da Administração sobre seus atos e o controle exercido desde fora da Administração pelo Poder Judiciário e Legislativo.²²³

Nesse caso, trata-se de uma relação intra e interorgânica entre Poderes, fundada precisamente no pensamento de MONTESQUIEU, para quem “apenas o Poder poderia deter o Poder”²²⁴.

Com esse pano de fundo, pode-se avaliar a compatibilidade desse universo subjetivo com a natureza do controle, definida

²²³ Certamente esse não é o caso das competências deferidas aos Ouvidores do Poder Judiciário, vez que estes estão adstritos à internalidade do próprio Poder a que se vinculam e onde se situam.

²²⁴ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. S/trad. Coleção “Os pensadores”, v. XXI. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 156.

pelo Prof. MEIRELLES como “faculdade de”.

Ora, toda atividade pública desempenhada pelos Ouvidores Públicos, discricionária ou vinculada, sofre a pressão conformadora do ordenamento jurídico através de comandos contidos nos decretos e leis que regulam suas funções. Nesse sentido, a ação de controle por eles exercida – na condição de agentes políticos ou administrativos – constitui um exercício regrado que lhes são atribuídos por força de lei²²⁵.

Carece, portanto, de adequação jurídica o termo “faculdade”, para definir a natureza das ações de controle realizadas pelos Ouvidores. Cuida-se, é claro, de um dever a eles atribuído, os quais têm todas as suas ações circunscritas aos comandos normativos.

Mas a natureza dessas ações não se resume apenas a um dever; trata-se, também, de um poder, vez que os Ouvidores, como todo agente público, estão investidos de uma parcela, por mais reduzida que seja, do Poder Público. A lei ou o decreto, ao conferir competências institucionais, em rigor, confere-lhes poder para agir e decidir no desempenho das atribuições definidas pelo ordenamento.

O próprio MEIRELLES, ao focar a Administração Pública, sustenta:

“O poder-dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo”²²⁶.

Desse modo, concebendo-se o controle da Administração como a ação de agir de um “Poder, órgão ou autoridade” – sem a inclusão dos segmentos sociais que não pertencem ao Estado – a atividade dos Ouvidores

²²⁵ Assim, quando a Constituição Federal fixa entre as competências exclusivas do Congresso Nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (art. 49, inciso V) ou “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” (art. 49, inciso X), por evidente, não se está atribuindo uma faculdade, mas um dever: o dever de controlar sob pena de responsabilidade.

²²⁶ MEIRELLES, ob. cit. p. 67.

Públicos tem natureza de poder-dever²²⁷.

Se, como visto, não resta dúvida de que as atribuições consignadas aos Ouvidores Públicos têm a natureza de poder-dever, o mesmo não se diga em relação ao exercido pelos cidadãos que recorrem aos seus serviços, por meio de reclamações, queixas ou sugestões.

Nesse caso, cuida-se de um direito público subjetivo, aqui entendido como o poder, conferido pela ordem jurídica, de um particular impor obrigação a uma pessoa administrativa²²⁸.

Segundo LIMBERGER, sob esse prisma, “o fundamento do direito subjetivo provém [...] do Princípio Democrático, expressado através do poder do Estado e da participação popular, qual seja: a aptidão do indivíduo para governar”²²⁹.

Em resumo: na perspectiva funcional, o controle exercido pelas Ouvidorias Públicas brasileiras possui natureza de **poder-dever**, quando exercitado pelo Ouvidor ou seus prepostos. Quando exercido por cidadãos, individual ou coletivamente considerados, cuida-se de um **direito público subjetivo**.

Na ampla pesquisa realizada pela Prof.^a MEDAUAR, sobre a taxionomia dos controles da Administração – analisando a tipologia de CENSIO, BRAIBANT, QUESTIAUX, WIENER, GIANNINI, CRETELLA JÚNIOR, CAIO TÁCITO, SEABRA FAGUNDES e do próprio Prof. MEIRELLES – não se encontra nenhuma classificação tendo como critério a natureza dos

²²⁷ Conveniente, nesse sentido, o magistério de DROMI, quando sublinha que: “*El poder jurídico de control viene a ser un poder-dever, considerando la obligatoriedad que implica su ejercicio y dada su naturaleza integradora a una función estatal, de contenido jurídico. Es un poder-dever estructurado sobre la idea-fin de tutela, cuidado y salvaguarda del orden jurídico, que adquiere una importancia fundamental dentro del Estado de derecho que el constitucionalismo ha delineado*” (DROMI, ob. cit. p. 35).

²²⁸ Conceito extraído de LIMA (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Sulina, 1964. p. 56). Com a amplitude desse conceito, segundo LIMBERGER, “*podem ser titulares de direitos públicos objetivos tanto o cidadão – quanto as pessoas jurídicas de direito interno ou internacional*” (LIMBERGER, Têmis. *Atos da Administração lesivos ao patrimônio público. Os princípios constitucionais da legalidade e moralidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 91).

²²⁹ LIMBERGER, ob. cit. p. 90.

mecanismos institucionais de controle²³⁰.

De fato, essa ausência se justifica: não haveria qualquer percussão empírica na tentativa de classificar as Ouvidorias Públicas, em relação às eventuais diferenças de manifestação deste poder-dever, fundamento do exercício das atribuições dos Ouvidores Públicos.

5.1.2 Sujeição passiva

Ainda que as perspectivas funcional e estrutural possam confluir em relação à sujeição passiva do controle, não se pode concordar com a posição do Prof. MEIRELLES, quando indica apenas a Administração Pública como sujeito passivo do controle.

O termo-conceito “Administração Pública”, absolutamente consagrado no Direito Administrativo, é, parafraseando ADORNO e HORKHEIMER, uma expressão “aberta” ou “ocasional” que, como se disse, não passa de um lugar vazio que se enche de diferentes significados segundo o contexto de cada ocasião²³¹.

Para contornar esse problema de abertura semântica, a doutrina tem se valido dos mais diversos critérios para definir os parâmetros de significação do termo-conceito. Desse conjunto de tentativas, sobressai aquele que confere sentido subjetivo (também chamado de orgânico ou formal) e objetivo (material ou funcional) à Administração Pública. Aqui, significando os órgãos estatais que possuem atribuição administrativa; ali, a função administrativa do Estado (Administração Pública, enquanto função administrativa).

DI PIETRO²³² acresce a essa classificação os complementos vernaculares “amplo” e “estrito”. Aquele para significar – em seu sentido subjetivo – o conjunto de todos os órgãos e entidades estatais, compreendendo tanto os órgãos governamentais (constitucionais) quanto os órgãos estritamente administrativos. Objetivamente considerada, a expressão

²³⁰ MEDAUAR, ob. cit. p. 22 e segs.

²³¹ HORKHEIMER, Max & ADORNO, Theodor W. *Temas básicos de Sociologia*. 2.ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 61.

²³² DI PIETRO, ob. cit. p. 43.

englobaria não só a função propriamente administrativa, como também as funções políticas ou de governo.

Já Administração Pública em sentido estrito seria, sob o enfoque objetivo, exclusivamente a função desempenhada pelo Estado e, sob o enfoque subjetivo, os órgãos estatais responsáveis pelo exercício da função.

Não resta qualquer dúvida, quer do ponto de vista doutrinário, quer do ponto de vista normativo, de que, ao se referir ao controle da Administração Pública, está a se delimitar a sujeição passiva à totalidade dos órgãos estatais que possuam como atribuição legal o exercício da função administrativa.

Isso se deve ao fato de o regime constitucional brasileiro adotar o princípio da especialização das funções estatais, relativizando o princípio da separação dos poderes. É o que se extrai do disposto no art. 2º da Constituição Federal, que não preconiza separação, mas sim harmonia e independência entre os poderes.

Decorre daí a propriedade do critério negativo utilizado por GORDILLO, ao definir função administrativa como “toda atividade que realizam os órgãos administrativos, e a atividade que realizam os órgãos legislativos e jurisdicionais, excluídos, respectivamente, os fatos e atos materialmente legislativos e jurisdicionais”²³³.

Ora, se a função administrativa pode ser exercida pelos outros Poderes, o entendimento segundo o qual o sujeito passivo do controle seria a Administração Pública é insuficiente para abranger a função administrativa do Estado²³⁴.

Ademais, ao que parece, a intenção do legislador constituinte, quando consagrou os princípios da legalidade, impessoalidade,

²³³ GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais do Direito Público*. Trad. Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977. p. 124.

²³⁴ Estaria equivocado, portanto, o entendimento segundo o qual a expressão “controle da Administração Pública” abarcaria tão-somente os atos praticados pelo Poder Executivo, como parece sugerir Toshio MUKAI ao criticar a inclusão da expressão “poderes” no art. 37 da Constituição: “[...] verifica-se que a disposição contém, em parte, alguma impropriedade. Em primeiro lugar, como vimos, Administração Pública é sinônimo de Poder Executivo e a norma abrange na expressão outros poderes, tais o Legislativo e o Judiciário” (MUKAI, Toshio. *Administração Pública e Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 47-48).

moralidade, publicidade e eficiência²³⁵, foi precisamente estendê-los às atividades administrativas levadas a efeito pelos demais Poderes, da mesma forma que expressamente o fez no art. 74. Senão, veja-se:

“Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios [...]”

“Art. 74 – Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno”.

Não obstante, as Ouvidorias Públicas brasileiras, mesmo a do Município de Santos e a de Santo André, não alcançam a função administrativa realizada pelos demais Poderes, restringindo-se, exclusivamente, à desempenhada no âmbito da Administração Pública.

Cabe ressaltar, ademais, que a Carta constitucional de 1988 revela uma constante preocupação em conter os conhecidos descaminhos do agir público. Essa preocupação pode ser analisada a partir de três aspectos presentes na Constituição, ao tempo de sua edição: a) ampliação da sujeição passiva do controle; b) contenção do âmbito de atuação política do Poder Executivo; c) ampliação dos mecanismos jurídicos de controle da Administração Pública.

A ampliação da sujeição passiva consagrada pela Carta de 1988 colocou sob o mesmo regime jurídico de controle, além dos órgãos e agentes dos três Poderes no exercício de sua função administrativa, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, autarquias e fundações públicas, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, *caput*).

Além desse dilargamento, (1) a extensão da responsabilidade objetiva para as pessoas prestadoras de serviços públicos, (2) o regime de prestação de contas de recursos públicos e (3) o regime atípico para concessionárias e permissionárias de serviços públicos – contidos, respectivamente, no § 6º do art. 37, no art. 70 e nos incisos II e IV do parágrafo único do art. 175 –, acabam por abranger no mesmo ou em semelhante regime

²³⁵ O princípio da eficiência foi incluído por força da Emenda Constitucional n.º 19/98.

de controle pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos²³⁶.

É sob o manto desse elastério do âmbito da sujeição passiva, em alguns casos já antecipados pela jurisprudência, que se deve conceber a atribuição conferida a algumas Ouvidorias Públicas – como é o caso das Ouvidorias das Agências Reguladoras e mesmo da Ouvidoria Nacional de Defesa do Usuário de Serviço Público, em discussão no Congresso Nacional – de incluir entre suas atribuições o controle sobre qualquer pessoa física ou jurídica prestadora de serviços de natureza pública.

Ao lado dessa ampliação, a Constituição Federal claramente volta-se para a contenção do âmbito de atuação do Poder Executivo, com vistas a minimizar os efeitos decorrentes da concentração de poderes no Executivo, consagrada pela Carta de 1967, emendada em 1969.

Nesse sentido, operou-se um extraordinário movimento de deslocamento de competências do Poder Executivo para o Legislativo, no que diz respeito à nomeação de agentes (v. g. art. 52, inciso III), à exoneração do Procurador Geral da República (art. 52, inciso XI), às concessões de serviços de rádio e televisão (art. 49, inciso XII), à autorização para exploração de recursos minerais e hídricos em terras indígenas (art. 49, inciso XVI), à alteração ou supressão de espaços territoriais como proteções ambientais (mesmo os instituídos pelo próprio Poder Executivo, no art. 225, § 1º, inciso III), à não possibilidade de renovação das concessões e permissões para os serviços de radiodifusão (art. 223, § 2º), à criação de sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias e fundações públicas, bem como de subsidiárias (art. 37, inciso XIX)²³⁷, às atividades nucleares levadas a efeito

²³⁶ Por força da Lei n.º 9.790/99 e n.º 9.638/98, que regulam, respectivamente as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e as Organizações Sociais. As entidades assim qualificadas também se encontram ao abrigo dessa ampliação. Registre-se que a reforma do art. 241 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n.º 19, estabelecendo regime diferenciado para os consórcios públicos e convênios de cooperação, não deverá atingir o regime de controle previsto na Constituição Federal.

²³⁷ Enquanto o texto original exigia lei específica para criar qualquer entidade da Administração Indireta, a nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19 determina: *“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”*.

pelo Poder Executivo (art. 49, inciso XIV), entre outros.

Reforçando esse movimento, o novo texto constitucional, ao mesmo tempo que amplia a legitimação para iniciativa legislativa (art. 61, *caput*), restaura a competência do Legislativo, ao a) reduzir o acervo de competências privativas do Executivo às alíneas do § 1º do art. 61; b) alargar o poder de emenda do Legislativo em matérias de grande interesse como, *v. g.*, orçamento anual, créditos adicionais, planos plurianuais (art. 166); c) retirar do ordenamento constitucional a figura do decurso de prazo; d) remodelar o processo legislativo, extinguindo o Decreto-Lei²³⁸; e) prever, no art. 49, inciso V, a possibilidade de o Legislativo sustar atos normativos do Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa.

Além desses aspectos, ressalte-se, por fim, a substancial ampliação dos mecanismos de controle postos à mão do Poder Legislativo (arts. 49, inciso V e X, art. 50, art. 58, inciso III, VI e § 3º, art. 72 e 166, entre outros), do Poder Judiciário (art. 5º, incisos LXXIII, inciso LXX, inciso LXXII, entre outros), do Ministério Público (art. 127 e segs.) e mesmo de entidades não governamentais (art. 5º, inciso LXX, alínea *b*) e cidadãos (art. 37, § 3º, art. 58, inciso IV, art. 74, § 2º, entre outros).

A ampliação da sujeição passiva, dos mecanismos de controle, a contenção da atuação do Poder Executivo, conjugados com os princípios norteadores da atividade administrativa acabam por legitimar a atuação dos Ouvidores sobre importantes esferas – inclusive discricionárias – da ação administrativa.

Desse modo, de qualquer perspectiva que se mire, o conceito tradicionalmente adotado de controle da Administração não logra delinear com a desejável precisão os reais parâmetros da sujeição passiva do controle exercido pelas Ouvidorias Públicas brasileiras.

Talvez o ponto de partida para uma maior aproximação da realidade, especialmente no que se refere às Ouvidorias vinculadas ao primeiro

²³⁸ Ainda que a Constituição tenha consagrado o instituto das medidas provisórias, utilizado abusivamente pelo Executivo, não se pode olvidar de que durante um período de 21 anos foram editados três mil Decretos-leis, conforme aponta BORGES (BORGES, Alice González. Administração Pública e Organização do Poder Executivo na Nova Constituição da República. *Revista de Ciência Jurídica*, Salvador, Ciências Jurídicas, n. 32, p. 7-25, mar.-abr. 1990. p. 9).

escalão de governo – como a Ouvidoria-Geral do Ceará ou a Ouvidoria-Geral de Minas Gerais cujos titulares possuem prerrogativa de Secretário de Estado – seria a opção pela expressão “política pública”, já consagrada em outros países, especialmente a Inglaterra e Estados Unidos.

Não obstante a consagração da expressão “políticas públicas” no léxico de diversas áreas da Ciência²³⁹, o Direito tem resistido à sua recepção. Muito provavelmente em face de a mesma contemplar uma complexidade – certamente mais próxima da realidade – que extrapola o enclausuramento disciplinar no qual o Direito ainda se encontra.

Como diz SUBIRATS, citando BLONDEL,

*“La investigación orientada en torno a las políticas públicas es una necesidad no sólo para detectar las ineficiencias de la actuación pública y reducirlas en el futuro, sino para conseguir una mejor inyección de principios normativos en el desarrollo diario de tales políticas. Las consecuencias y ventajas de este giro son importantes. Es posible llegar al problema planteado desde una perspectiva interdisciplinar. Se concede una necesaria centralidad a los actores de todo tipo implicados”*²⁴⁰.

Efetivamente, a noção de política pública não tem como epicentro apenas a burocracia estatal pois, como ensina a mesma autora, ela permite ultrapassar “*la lógica de una decisión-un decisor*”, vez que

*“El proceso de elaboración de toda política pública implica decisiones e interacciones entre individuos, grupos e instituciones, decisiones e interacciones influenciadas sin duda por las conductas, las disposiciones del conjunto de individuos, grupos y organizaciones afectadas”*²⁴¹.

Ademais, como pontuam MENY e TRHOENING, a expressão política pública abarca todo

²³⁹ Como a Ciência da Administração, a Ciência Política, a Sociologia e a Economia.

²⁴⁰ SUBIRATS, Joan. *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*. Madrid: Ministério para las Administraciones Públicas, 1994. p. 207.

²⁴¹ *Idem*. p. 41.

“un conjunto de prácticas y de normas que emanan de uno o de varios actores públicos [...] estas prácticas se pueden señalar concretamente: formas de intervención, reglamentación, provisión de prestaciones, represión, etc. También pueden ser más inmateriales, a veces simbólicas [...] Al mismo tiempo, estas prácticas se refieren o son referibles a finalidades, a valoraciones explicitadas por la autoridad pública o implícitas”²⁴².

Saliente-se ainda que esse marco conceitual comporta não só ações positivas, como também *“una política pública puede consistir en no hacer nada”²⁴³*, com reflexos igualmente relevantes na prática. Como diz CANOTILHO, “uma política de não decisão, isto é, a não tomada de decisões pelo Estado, é uma atitude tão política como a tomada de decisões”²⁴⁴.

Nesse sentido, é inegável que o conjunto de reclamações, queixas e especialmente as sugestões – deduzidas ao Ouvidor Geral e encaminhadas aos centros decisórios – atua decisivamente no processo de formulação das políticas governamentais.

A já mencionada reforma do art. 37, § 3º da Constituição Federal, ao consagrar o direito de “avaliação periódica, externa e interna” da qualidade (e, note-se, não da legalidade ou moralidade) dos serviços públicos, tem em vista, precisamente, o direcionamento de tais serviços ao que se convencionou chamar de “satisfação do usuário”. É o que, com todas as letras, pontua um dos “objetivos globais” da Reforma do Aparelho do Estado: “Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado

²⁴² MENY, Ives & TRHOENING, Jean-Claude. *Las políticas públicas*. Versão espanhola de Francisco Morata. Barcelona: Ariel, 1992, p. 89-90.

²⁴³ Como informa SUBIRATS, *“este tipo de no decisión resulta extremadamente relevante en la formación de las agendas o programas de actuación públicos”* (SUBIRATS, ob. cit. p. 41).

²⁴⁴ Nessa passagem CANOTILHO indica sua apropriação do pensamento político dos politólogos americanos BACHRACH & BARATZ (CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 33).

para o atendimento dos cidadãos”²⁴⁵.

BRESSER PEREIRA, nesse sentido, reconhece explicitamente esse entendimento: “O cidadão-cliente [...] que é o objeto dos serviços públicos e também seu sujeito, na medida em que se torna partícipe na formação das políticas públicas e na avaliação dos resultados”²⁴⁶.

Centrando-se, pois, a sujeição passiva em todos os agentes de formulação e execução da política pública, ter-se-ia uma maior adequação à realidade das novas Ouvidorias Públicas. Neste âmbito, estariam incluídos não só agentes e órgãos da Administração Pública, mas todo o conjunto de pessoas físicas e jurídicas envolvidas no processo de formulação e execução das políticas governamentais, aí incluídas as pessoas privadas prestadoras de serviços públicos.

Postas essas considerações, poder-se-iam classificar as Ouvidorias Públicas, em relação à sujeição passiva, entre aquelas cujo controle recaem exclusivamente sobre os órgãos e agentes da Administração Pública na qual se situam (como as Ouvidorias do Ministério Público, as Ouvidorias Públicas Setoriais, Estaduais e a maioria das Municipais, incluída a do Município de Santo André), e as cujo controle extrapolam a espacialidade estritamente administrativa, para alcançar os prestadores privados de serviço público (como as Ouvidorias das Agências Reguladoras, a Ouvidoria-Geral de Minas Gerais e as Ouvidorias do Estado de São Paulo, criadas sob o amparo da Lei n.º 10.294/99²⁴⁷).

²⁴⁵ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Câmara da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho de Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração e da Reforma do Estado, 1995. p. 56.

²⁴⁶ PEREIRA, ob. cit. p. 118. OSBORNE & GAEBLER, ambos com forte influência no modelo de reforma adotado no Brasil, indicam exemplos de conselhos de clientes voltados para avaliar as políticas governamentais: “*diversas autoridades municipales, incluídas las de Louis-ville, emplean consejos de residentes para mantener el contacto con sus clientes. El Michigan Modernization Service empea un consejo de clientes para obtener retroalimentación, particularmente sobre ideas nuevas*” (OSBORNE, David & GAEBLER, Ted. *La reinención del gobierno: la influencia del espíritu empresarial en el sector público*. Trad. Marco Aurélio Galmarini e Fernando Pardo Gella. Buenos Aires: Paidós-Ibérica, 1995. p. 255).

²⁴⁷ A referida Lei estabelece em seu art. 1º, § 1º: “As normas desta lei visam à tutela dos direitos do usuário e aplicam-se aos serviços prestados: a) pela Administração Pública direta,

Registre-se, por derradeiro, que no caso das Ouvidorias Públicas constituídas, vinculadas e localizadas no próprio órgão sujeito ao controle, a sujeição ativa alcança não apenas os atos de gestão e os atos vinculados, mas os discricionários – entre os quais o de formulação das políticas públicas – praticados por todos os agentes e unidades do referido órgão.

5.2.3 Objeto

O conceito de MEIRELLES circunscreve o objeto do controle da Administração Pública, à “conduta funcional de um poder, órgão ou autoridade”. Deste modo, há o pressuposto de um vínculo laboral – e, portanto, marcado pela pessoalidade – do sujeito passivo de controle com o Poder Público.

Conduta funcional é o exercício de uma ação ou omissão em sede de uma função pública. Em outras palavras, toda conduta funcional pressupõe um vínculo jurídico (estatutário ou contratual), vez que ligada ao exercício de uma função pública, definida pelo próprio tratadista como

“[...] a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais [...]”²⁴⁸.

Em que pese a autoridade do Prof. Meirelles no tema²⁴⁹,

indireta e fundacional; b) pelos órgãos do Ministério Público, quando no desempenho de função administrativa; c) por particular, mediante concessão, permissão, autorização ou qualquer outra forma de delegação por ato administrativo, contrato ou convênio”. Além desse dispositivo, convém mencionar o art. 8º, § 1º: “Para assegurar o direito a que se refere este artigo, serão instituídas em todos os órgãos e entidades prestadores de serviço públicos de São Paulo: a) Ouvidorias [...]”.

²⁴⁸ MEIRELLES, ob. cit. p. 361.

²⁴⁹ Não obstante o renomado professor entender, em outro texto, como função todos os “encargos atribuídos aos órgãos, cargos e agentes”, estabelecendo, portanto, um raio de abrangência que alcança além dos agentes públicos, órgãos e Poderes do Estado, não poderia utilizar essa definição de função quem restringe a sujeição passiva do controle exclusivamente ao Poder Executivo.

não se pode concordar com a possibilidade de se tornar imune ao controle o conjunto – cada vez maior – de pessoas físicas e jurídicas que exercem por meio de delegação parcelas de poder público.

Saliente-se, ademais, que o conceito formulado pelo referido Professor encerra uma contradição lógica: de um lado, restringe a sujeição passiva do controle à Administração Pública; de outro, dilarga seu objeto para os demais Poderes²⁵⁰.

A possibilidade de inclusão dessas atividades do Estado no espaço delimitado para o controle da Administração Pública (e não para o controle do poder), retira inteiramente a aptidão daquela expressão como termo conceitual. Tanto a atividade jurisdicional quanto a legislativa possuem regimes jurídicos de controle próprios, que não se confundem com o regime jurídico regulador do controle da Administração, exercido pelas Ouvidorias Públicas brasileiras.

Essa distinção resta evidenciada não só pelo ordenamento positivo que, ao instituir mecanismos de controle específicos para cada função estatal, acaba estabelecendo um regime jurídico diferenciado, como também pela doutrina, que, ao definir função administrativa, distingue-a das funções jurisdicionais e legislativas do Estado. Neste sentido, já a definição de Otto MAYER, formulada no fim do século XIX, constitui um precioso instrumento didático. Esse insigne administrativista alemão, ao definir a função administrativa como “a atividade do Estado para realizar seus fins, debaixo da ordem jurídica”²⁵¹, ensinava que a função legislativa se produz “sobre” o ordenamento jurídico, e a função judiciária manifesta-se “para a manutenção” desta ordem jurídica.

Observa-se, desse modo, que esse tratadista não reserva a função administrativa exclusivamente ao Poder Executivo, mas aos outros Poderes em suas manifestações que não sejam materialmente legislativas ou jurisdicionais.

Mesmo utilizando-se de outros critérios para a

²⁵⁰ Isso porque “conduta funcional” pode ser entendida, sem com isso incorrer em erro, como a atividade jurisdicional dos magistrados, bem como a atividade legiferante dos parlamentares.

²⁵¹ *Apud* SANTOS, Aricê M. Amaral. Função Administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 89, p. 165-185, jan.-mar. 1989. p. 169.

diferenciação dessas funções, é uníssona a voz da doutrina a respeito, uma vez que falar em Direito Administrativo é, necessariamente, falar em função administrativa.

O primeiro corolário decorrente dessa assertiva diz respeito ao próprio significante da expressão “função”, oportunamente lembrado por Bandeira de MELLO:

“A palavra função – reconheça-se – é utilizada em mais de um sentido. Seu sentido nuclear, entretanto, é o de que a função é o exercício, no interesse de terceiro, de um poder que se dispõe exclusivamente para os efeitos de cumprir o dever de atender determinada finalidade legalmente estabelecida”²⁵².

Do exposto, portanto, poder-se-ia indicar a função administrativa como objeto do controle das Ouvidorias Públicas, descartando-se a expressão conduta funcional.

Entretanto, ainda esse entendimento é insuficiente. Como visto, o objeto do controle de algumas Ouvidorias Públicas alcança o âmbito em que situam os particulares que, mediante concessão, permissão, autorização ou outra forma de delegação (por ato administrativo, contrato, termo de parceria ou convênio), prestam serviços de natureza pública.

Assim, também em relação ao objeto, seria mais adequada a utilização da categoria “serviço público”, ou “política pública”, gizando o controle levado a efeito pelas Ouvidorias Públicas brasileiras no amplo raio em que se colocam a sua formulação e a sua execução. Desse modo, todas as condutas (omissivas ou comissivas) que, de qualquer modo, atuem no processo de formulação ou de execução de uma política pública ou de serviço público, estariam incluídas como objeto do controle dos Ouvidores Públicos.

Adotando o entendimento do Prof. Eros GRAU – para quem “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado,

²⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 21.

abrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”²⁵³ –, poder-se-ia dizer que a referida expressão envolve todas as atuações prestadas direta ou indiretamente pelo Estado, abrindo toda a intervenção de natureza pública na vida social.

Nesse sentido, tanto a lei paulista acima indicada quanto o Anteprojeto de Lei sobre Defesa e Participação de Usuários de Serviços Públicos, analisado no Capítulo anterior, para fugir da polêmica doutrinária sobre o conceito de serviço público, adotam a Teoria da *Publicatio* – sustentada pela maior parte da doutrina espanhola, a partir da década de cinquenta, segundo CASSAGNE²⁵⁴ – considerando-se serviços públicos os indicados expressamente pelo Poder Público. É o que se conclui do art. 2º da Lei n.º 10.294/99, de São Paulo: “Art. 2º – Periodicamente o Poder Executivo publicará e divulgará quadro geral dos serviços públicos prestados pelo Estado de São Paulo, especificando os órgãos ou entidades por sua realização”²⁵⁵.

Adotando aqui o festejado conceito de serviço público elaborado por BANDEIRA DE MELLO, segundo o qual:

“serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público [...] instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do sistema normativo”²⁵⁶.

Poder-se-ia afirmar que o objeto do controle exercido

²⁵³ GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e Direito pressuposto*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 22.

²⁵⁴ Conforme CASSAGNE, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 140, p. 95-111, mayo-agosto. 1996. p. 102. Segundo esse autor, “la publicatio [...] traduce la incorporación de una actividad al sistema del Derecho público y tan sólo expresa la decisión estatal de que una determinada actividad se sujete a las potestades administrativas mediante un régimen especial” (ob. cit. p. 103).

²⁵⁵ O anteprojeto federal acima indicado, por sua vez, estabelece: “Art. 2º – No início de cada ano civil, o Poder Público publicará o quadro geral dos serviços públicos [...]”.

²⁵⁶ MELLO, ob. cit. p. 306

pelas Ouvidorias Públicas brasileiras atinge os serviços públicos e os demais atos administrativos, aí incluídos os referentes à formulação de política pública, praticados em sede de uma relação funcional ou contratual com o Poder Público.

Entre todas as tipologias analisadas por MEDAUAR²⁵⁷, a única que apresenta o objeto do controle como meio de classificação é a formulada por Jorge Silva CENSIO²⁵⁸, tendo como critério o seu objeto, de duas formas: a primeira, estabelecendo a diferenciação entre controle de (1) legalidade, de (2) conveniência e de (3) legalidade e de conveniência; a segunda, gizando a diferença entre (1) controle sobre pessoas e (2) controle sobre a atividade administrativa.

Quanto à segunda classificação, não haveria qualquer utilidade prática em relação ao controle exercido pelas Ouvidorias Públicas, vez que certamente as ações de controle voltam-se sobre as pessoas e atividades, como demonstrado acima.

O mesmo não se diga em relação à primeira diferenciação indicada pelo professor uruguaio. De fato, o objeto de controle da Ouvidoria Municipal de Santos, bem assim das Ouvidorias das Agências Reguladoras, em relação aos prestadores privados de serviço público, restringe-se ao suporte legal ou contratual, não alcançando a conveniência. Ainda que, em se tratando de sugestão, nada obstaría que o Ouvidor tivesse como objeto a esfera dos juízos de oportunidade e conveniência.

5.2.4 Sujeição ativa

É o momento de analisar o último e talvez o mais relevante elemento constitutivo da ação de controle exercido pelas Ouvidorias Públicas brasileiras.

Pelos termos do conceito do Prof. MEIRELLES, estariam legitimados para o exercício do controle da Administração Pública apenas “os órgãos, autoridades ou Poderes do Estado”. Essa concepção também encontra sua sustentação teórica em MONTESQUIEU, para quem, como já se disse,

²⁵⁷ MEDAUAR, ob. cit. p. 26.

²⁵⁸ *Apud* MEDAUAR, em artigo publicado na *Revista de Direito Público*, nºs 39/40.

apenas ao Poder cabia o controle do Poder.

É inteiramente injustificada a reiteração desse fundamento teórico nos dias de hoje, especialmente porque os pressupostos que o informaram, foram completamente modificados no decurso da história²⁵⁹.

A Constituição Federal de 1988 previu diversas espécies de controle a serem exercidos por sujeitos que se encontram fora da esfera estatal. Um desses sujeitos, constitucionalmente reconhecido e legitimado para o exercício do controle, são as associações representativas²⁶⁰.

Além de conferir às associações *status* de sujeito ativo do controle, a Constituição consagrou a chamada legitimação extraordinária, prevista no art. 5º, inciso XXI, por meio da qual essas entidades poderão, quando expressamente autorizadas, representar seus associados judicial e extrajudicialmente²⁶¹.

A Carta Constitucional legitima e reconhece também certas categorias de cidadãos como sujeitos de controle. Este é o caso, *v. g.*,

²⁵⁹ Como sabido, MONTESQUIEU utilizou como suporte fático uma realidade social considerada a partir de três forças políticas: a realeza, a burguesia e a nobreza. Em sua teoria não relevou a existência, enquanto força política, da grande massa de trabalhadores que sustentava não só o sistema político, mas também o sistema social e econômico sobre o qual se erguia o Estado Liberal. Como diz ALTHUSSER, *“ora é aqui que intervém uma outra potência diferente daquela que Montesquieu faz figurar na divisão do poder, uma outra potência, diferente das que recebiam as honras da teoria política: a potência da massa do povo sobre que se exercia esta exploração feudal que o aparelho de Estado da monarquia absoluta tinha justamente por função manter e perpetuar”* (ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a política e a história*. Trad. Luz Cary e Luisa Costa. 2.ed. Lisboa: Presença, 1977. p. 153).

²⁶⁰ Entre as diversas hipóteses normatizadas, veja-se a contida no art. 29: *“Art. 29 – O Município reger-se-á por lei orgânica [...] atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal”*.

²⁶¹ Aduza-se a esse fato a preocupação constituinte em garantir a incolumidade das associações em face da Administração Pública, materializada nos incisos XVIII, XIX e XX do art. 5º da Constituição, os quais, respectivamente, impedem a interferência estatal na liberdade associativa, na criação e na dissolução destas entidades.

dos contribuintes²⁶², dos trabalhadores e empregados dos órgãos públicos,²⁶³ e usuários, conforme já assinalado, previsto no art. 37, § 3º.

Não é só. A Constituição também contempla sujeitos ativos coletivos, sem personalidade jurídica, caracterizados precisamente por não se situarem no âmbito da espacialidade estatal. É o caso da legitimação da sociedade e da comunidade, consagrada nos arts. 194 e 198, inciso III²⁶⁴.

Todo esse alargamento do universo subjetivo de controle de Administração Pública, realizado pelo legislador constituinte, tem seu esteio exatamente em um amplo plexo de normas, por meio das quais se legitima o exercício do controle para além da esfera estatal – tal como ocorre, por exemplo, com as Ouvidorias das Agências Reguladoras, da Ouvidoria-Geral de Minas Gerais e das Ouvidorias Públicas do Estado de São Paulo.

Em se tratando de sujeição ativa, entretanto, tais Ouvidorias não servem como paradigma. Nesse caso, trata-se da legitimidade para o exercício de práticas de controle, e essas Ouvidorias exercem suas atribuições exclusivamente por meio de agentes pertencentes ao Estado.

A ampliação da legitimação operada pela Constituição de 1988 implementa uma nova modalidade de controle, denominada pela doutrina estrangeira de *extraorgânica*²⁶⁵, qualificada como tal em face de ser

²⁶² Art. 31, § 3º – “As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”.

²⁶³ Art. 10 – “É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”.

²⁶⁴ Art. 194 – “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência”.

Art. 198 – “As ações e serviços da saúde [...] constituem um sistema único, organizado com as seguintes diretrizes: [...] III – participação da comunidade”. Esse tipo de legitimação é repetido em diversos momentos pelo texto constitucional, entre os quais merecem citação as previsões contidas nas áreas de seguridade (art. 194, VII), educação (art. 206, VI), cultura (art. 216, § 1º), meio ambiente (art. 225) e da família (art. 227).

²⁶⁵ Ainda que não se tenha encontrado um conceito na doutrina nacional que tenha recepcionado expressamente o controle de tipo extraorgânico, deve-se mencionar a existência de diversos autores brasileiros que têm preconizado a participação dos cidadãos na

implementada por segmentos não pertencentes à esfera estatal.

Nesse sentido, guardado o respeito pelos profundos estudos realizados pela Prof.^a MEDAUAR, não é possível concordar com o argumento de que os controles realizados pelo “povo, partidos políticos, imprensa etc.” sejam “desprovido[s] de um ou mais elementos caracterizados do verdadeiro controle, podendo-se cogitar de [...]quase-controle”²⁶⁶.

Aliás, em face da previsão constitucional de realização de “avaliações externas periódicas”, previstas no art. 37, § 3º, nada obstaría que, mediante o devido procedimento licitatório, fossem legitimadas pessoas jurídicas de direito privado para realizarem o controle da execução de um determinado tipo de serviço público prestado por um órgão ou unidade da Administração Direta ou Indireta, especialmente em relação aos serviços previstos na Lei n.º 9.790/99 e n.º 9.637/98. Nesses casos, tratar-se-ia de modalidade de controle extraorgânico com fundamento contratual, um tanto

Administração Pública. Entre eles, citem-se: BORGES, ob. cit.; PEREIRA JR., Jessé Torres. O controle da Administração Pública na nova Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 103, p. 27-46, jul.-set., 1989; SOUZA, Luciano B. Alves. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, F.G.V., n. 175, p. 36-46, jan.-mar., 1989; CAMPILONGO, Celso F. Direito de participação no Governo e na oposição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 105, p. 181-202, jan.-mar. 1990; CLÈVE, Clémerson Merlin. O cidadão, a Administração Pública e a nova Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 106, p. 81-98, abr.-jun., 1990; MURCY, Marília. Cidadania, participação e controle do Estado. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 88, p. 108-115, out.-dez., 1988; SAULE JR., Nelson. A participação dos cidadãos no controle da Administração Pública. *Revista de Direito*, São Paulo, Universidade Ibirapuera, n. 1, p. 199-239, out., 1998; CARVALHO, Maria do Carmo A. A. *Participação social no Brasil hoje*. São Paulo: Pólis, 1998; LYRA, Rubens Pinto (org.). *A nova esfera pública da cidadania*. João Pessoa: Ed. Universidade Federal da Paraíba, 1996; LYRA, Rubens Pinto. *As vicissitudes da democracia participativa no Brasil*. João Pessoa: mimeo.; DEMO, Pedro. *Participação é conquista*. São Paulo: Cortez/Autores Associados, 1988; WEFFORT, Francisco C. Dilemas da legitimidade política. *Lua Nova*, São Paulo, n. 15, p. 07-30, jul.-set., 1988; JACOB, Pedro. Descentralização municipal e participação dos cidadãos. Apontamentos para o debate. *Lua Nova*, São Paulo, n. 20, p. 121-143, maio, 1990; MOISÉS, José Álvaro. *Os brasileiros e a democracia*. São Paulo: Ática, 1995; GENRO, Tarso. *O futuro por armar: democracia e socialismo na era globalitária*. Petrópolis: Vozes, 1999.

²⁶⁶ MEDAUAR, ob. cit. p. 32.

similar ao controle que as Ouvidorias Públicas das Agências Reguladoras exercem, por exemplo, sobre os concessionários de serviços públicos.

Na hipótese de aprovação do referido Anteprojeto de Lei de Defesa do Usuário do Serviço Público, as Comissões de Avaliação, compostas “por cinquenta por cento de membros indicados ou eleitos pelas entidades associativas de defesa do usuário” (art. 15, inciso I, alínea b), teriam precisamente como atribuições exercer o controle sobre a “qualidade dos serviços e a observância dos princípios estabelecidos nesta lei” (art. 15, caput)²⁶⁷.

De qualquer modo, não se conhece nenhuma Ouvidoria Pública com essas características, não obstante a notável experiência institucional do município paulista de Santo André. É que, embora conte com um conselho de representantes da sociedade civil para eleger e destituir o titular do cargo, tal conselho tem seu poder limitado ao controle das atividades do próprio Ouvidor.

Mencionem-se, ainda em relação à sujeição ativa, as diferenças – consignadas no conjunto de legislação indicada no Capítulo anterior – em relação ao titular do exercício de controle, ou seja, os Ouvidores Gerais. Sob esse particular, as Ouvidorias Públicas podem ser classificadas em Ouvidorias cujos titulares são:

a) nomeados para ocupar cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração (ex.: Ouvidoria Geral do Estado do Paraná);

²⁶⁷ Esse, aliás, é o caso de diversas modalidades de controle, integral ou parcialmente extraorgânicas, como os conselhos deliberativos, compostos por representantes da sociedade civil e representantes do Poder Público, como é o caso do Conselho de Saúde (instituído pela Lei n.º 8.142/90), Conselho de Comunicação Social (instituído pela Lei n.º 8.389/91), Conselho Monetário Nacional (instituído pela Lei n.º 8.646/93), Conselho Nacional do Idoso (instituído pela Lei n.º 8.842/94), Conselho Nacional da Seguridade Social (instituído pela Lei n.º 8.212/91), o Conselho Nacional de Informática e Automação (instituído pela Lei n.º 8.741/93), Conselho Nacional de Recursos Hídricos (instituído pela Lei n.º 9.433/97), Conselho Nacional de Educação (instituído pela Lei n.º 9.131/95), Conselho do Fundo Nacional de Meio Ambiente (instituído pela Lei n.º 8.490/92), e do Instituto do Orçamento Participativo, exitosamente implementado em diversas prefeituras municipais, das quais a do Município de Porto Alegre tem sido o exemplo mais significativo.

b) nomeados para ocupar cargo em comissão – entretanto, exclusivamente entre servidores de carreira do órgão controlado (ex.: algumas Ouvidorias Setoriais);

c) nomeados para ocupar cargo em comissão, por um período determinado (ex.: Ouvidorias Setoriais do Estado de São Paulo e Ouvidorias do Poder Judiciário);

d) eleitos pelo Poder Legislativo (Ouvidoria do Município de Curitiba, nos termos previstos no § 2º do art. 63 da Lei Orgânica do Município, ainda não implantada) ou por um colégio de representantes da sociedade civil (ex.: Ouvidoria do Município de Santo André), detendo mandato certo;

e) eleitos entre os servidores do órgão controlado por um colegiado superior (ex.: Ouvidoria da Universidade Federal da Paraíba e algumas Ouvidorias do Ministério Público).

Postas essas considerações realizadas a partir de uma perspectiva funcional, pela qual as Ouvidorias Públicas brasileiras são concebidas como instrumento de controle, cabe uma reflexão vincada a uma perspectiva estrutural na qual as Ouvidorias apresentam-se como espaço institucional de controle.

5.2 Ouvidoria Pública: espaço de controle

Não obstante a doutrina do Direito Administrativo não ter produzido reflexões que demonstrem a plausibilidade de uma perspectiva estrutural ao estudo do controle da Administração – como diz Sabino CASSESE, *“la ciencia del Derecho administrativo se interesó, en los sujetos, no en la organización”*²⁶⁸ –, é possível compreender esse fenômeno levando em conta que, tanto quanto a expressão “separação dos poderes” comporta dois sentidos semânticos (ação de separar e modo de configuração estrutural do Estado), a expressão “controle do poder” pode também denotar a ação de

²⁶⁸ Leciona ainda CASSESE: *“este Derecho se interesó, antes que sobre cualquier otra cosa, en la relación entre los individuos y el Estado, en el intento de establecer garantías a los primeros respecto al segundo”* (CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Trad. Luis Ortega. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1994. p. 129).

controlar (perspectiva funcional) e o modo de conformação estrutural, na forma de espaços institucionais de controle.

Assim também, tal como é possível entender a separação dos poderes como função estatal (jurisdicional, administrativa e legislativa) e organização institucional (Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo), é possível compreender controle do poder como meios jurisdicionais, legislativos e administrativos (de controle ou verificação) ou como organização institucional interna (espaços de controle nas diferentes estruturas do Estado).

Aqui a noção de espaço institucional é tomada em acepção semelhante à que BOAVENTURA confere ao que denominou “espaço da cidadania”: O espaço da cidadania é construído pelas relações sociais da esfera pública entre cidadãos e Estado²⁶⁹.

Mantendo-se essa perspectiva em conjunto com o entendimento de MILTON SANTOS (que confere à categoria “espaço” como “um conjunto indissociável de sistemas de objetos e sistemas de ações”²⁷⁰) é possível conceber espaço institucional como um “lugar material da possibilidade dos eventos”²⁷¹ formado pelo “conjunto indissociável de sistemas de objetos naturais ou fabricados e de sistemas de ações, deliberadas ou não”²⁷².

Assim, os objetos poderiam ser comparados – como reconhece o próprio Prof. Milton SANTOS – ao que DURKHEIM chamou de “fatos sociais”: “toda maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das

²⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1996. p. 126.

²⁷⁰ SANTOS, Milton. *A natureza do espaço. Técnica e tempo, razão e emoção*. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 18.

²⁷¹ *Idem*. p. 41.

²⁷² SANTOS, Milton. *Técnica, espaço, tempo: globalização e meio técnico-científico informacional*. 2. ed. São Paulo: Hucitec/ABDR, 1996. p. 49. Os objetos seriam “tudo o que existe na superfície da Terra, toda herança da história natural e todo resultado da ação humana que se objetivou. Os objetos são esse extenso, essa objetividade, isso que se cria fora do homem e se torna instrumento material de sua vida, em ambos os casos exterioridade” (*idem*. p. 59).

manifestações individuais que possa ter”²⁷³.

Um lugar onde produções humanas como normas, costumes, modelos de relações, racionalidades – coercitiva, objetiva e exteriormente – impõem-se aos indivíduos. Não na forma de pontos descoordenados, mas como uma unidade sistematizada e racionalizada.

Por outro lado, ao tratar da noção de “ação”, ainda que se utilize de autores contemporâneos, o referido geógrafo não se distancia do que WEBER chamava de “ação social”: conduta humana dotada de sentido. *In casu*, um sentido dialogicamente determinado pelo sujeito e pelo sistema de objetos.

Essa permanente referência entre sujeito e objeto – ou, para utilizar a expressão cunhada por SANTOS, entre “sistema de ação” e “sistema de objeto” –, conforma uma unidade sistêmica: “a ação não se dá sem que haja um objeto; e, quando exercida, acaba por se redefinir como ação e por redefinir o objeto”²⁷⁴.

Nesse diapasão,

“O espaço é a síntese, sempre provisória, entre o conteúdo social e as formas espaciais [...] Quando a sociedade age sobre o espaço, ela não o faz sobre os objetos como realidade física, mas como realidade social, formas-conteúdos, isto é, objetos sociais já valorizados aos quais ela (a sociedade) busca oferecer ou impor um novo valor”²⁷⁵.

Saliente-se ainda, e para concluir esta abordagem, que SANTOS atribui sentido ou intencionalidade não só à ação, como também aos objetos:

“A ação é tanto mais eficaz quanto os objetos são mais adequados. Então, à intencionalidade da ação se conjuga a intencionalidade dos objetos e ambas são, hoje, dependentes da respectiva carga de ciência e de técnica presente no

²⁷³ DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. Trad. Maria I. P. Queiroz. 8. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. p. 11.

²⁷⁴ SANTOS, Milton, *A natureza do espaço*, ob. cit. p. 76.

²⁷⁵ *Idem*. p. 88.

território”²⁷⁶.

Nesse sentido, seria possível afirmar que o espaço de controle é constituído pelo sistema de ação e de objeto, cuja intencionalidade conforma eventos como resultantes de uma racionalidade típica, informada pela técnica e pela ciência.

Essa perspectiva escapou à Teoria dos Órgãos, desenvolvida em sede do Direito Administrativo. Talvez por essa razão, CASSESE a tenha classificado como “*prisionera de una espiral de contradicciones internas*”²⁷⁷. De fato, não é bastante para caracterizar o espaço dizer que são unidades de ação que englobam um conjunto de pessoas e meios materiais.

Como se disse, o espaço institucional de controle, como órgão, constitui-se como lugar material na estrutura administrativa do Estado em que ocorrem as possibilidades de eventos voltados para o controle do poder, cujo sentido é resultante da relação entre sistemas de ação e sistemas de objeto.

Partindo desse delineamento conceitual, é possível classificar as Ouvidorias Públicas em funcionamento no Brasil, nas seguintes espécies: a) espaços intraorgânicos integrados exclusivamente por servidores públicos, com composição heterogênea e de entidades de controle (Agências Reguladoras); b) espaços extraorgânicos, integrados por representante do Poder Legislativo e por representante da sociedade civil.

5.2.1 Espaços intraorgânicos

5.2.1.1 Integrados por servidores públicos

A maioria das Ouvidorias Públicas brasileiras se constitui como órgão da própria Administração Pública, integrada exclusivamente por servidores ou agentes públicos. Esse é o caso, por exemplo, da Ouvidoria Geral da União, das Ouvidorias Estaduais e de grande parte das Ouvidorias Municipais e Setoriais.

²⁷⁶ *Idem.* p. 76.

²⁷⁷ CASSESE, ob. cit. p. 133.

Nessa condição, tais Ouvidorias se conformam como um espaço intraorgânico, com atribuição de exercer um controle de tipo interno. Como diz MEDAUAR, “é a fiscalização que [a Administração Pública] exerce sobre os atos e atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe estão vinculadas”²⁷⁸.

Fundado no princípio da autotutela dos Poderes do Estado, consignado no art. 74 da Constituição Federal e reafirmado na Súmula 473 do STF, o controle realizado pelas referidas Ouvidorias não suscita dúvida – ainda que, na dicção do Superior Tribunal de Justiça,

“A regra enunciada no verbete n.º 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do Direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência.”²⁷⁹

As Ouvidorias encartadas nessa espécie constituem-se como órgãos singulares – na medida em que as decisões são tomadas exclusivamente pelo titular do cargo de Ouvidor, o que se coaduna com o atributo da unipessoalidade – e subordinados, em face da sujeição a um órgão de direção superior (Secretaria de Estado, Gabinete do Governador, Governadoria etc.).

Diga-se, ao final, que em face da sua composição estar adstrita a servidores públicos, a racionalidade que informa o exercício de suas atribuições não se distingue da racionalidade estatal típica, classificada por HABERMAS como sistêmica.

5.2.1.2 Espaços intraorgânicos com composição heterogênea

Como já indicado, algumas Ouvidorias de Polícias contam

²⁷⁸ MEDAUAR, ob. cit. p. 40

²⁷⁹ *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, mimeo.

com conselhos consultivos, compostos por representantes da sociedade civil. No caso da Ouvidoria de Polícia do Estado de São Paulo, por exemplo, o conselho é composto por 11 (onze) membros, 9 (nove) dos quais representando a sociedade civil (art. 5º, da Lei Complementar n.º 826/77).

Note-se que aqui não se enquadram as Ouvidorias Universitárias, cujo titular do cargo é eleito e indicado pelo Conselho Universitário (que, aliás, também conta com representantes da sociedade civil). Na situação da referida Ouvidoria de Polícia, o conselho é parte integrante, atuando em todas as fases de seu funcionamento.

Ainda que as Ouvidorias encartadas nessa espécie possuam natureza de órgãos de controle interno da Administração Pública, a racionalidade que informa seu funcionamento pode ser de tipo não-sistêmica, contemplando ação e valores que representam interesses e demandas não-burocráticas.

Ademais, o fundamento constitucional dessa modalidade de espaço consubstancia-se mediante o princípio da participação e do controle externo, com suporte em diversos dispositivos da Constituição Federal, já indicados anteriormente, entre os quais o art. 74, § 2º, o art. 31, § 3º, e, com a edição da Emenda Constitucional n.º 19/98, o art. 37, § 3º.

Aponte-se, ao final, que a integração de um órgão colegiado nesse espaço não o destitui da condição de unidade subordinada, nem tampouco de órgão singular, vez que a esses conselhos são atribuídos apenas poderes consultivos, cabendo ao titular do cargo as decisões no âmbito das atribuições normativas que lhe foram conferidas.

5.2.1.3 Espaços intraorgânicos de entidades de controle

Nessa espécie se incluem, especialmente, as Ouvidorias das Agências Reguladoras instituídas no contexto da Reforma do Aparelho do Estado.

Mantendo a competência de exercer o controle interno da Agência Reguladora, tais Ouvidorias possuem entre suas atribuições o controle das pessoas jurídicas de direito privado, em geral concessionários de serviço público. Nesse caso, adquirem uma conformação atípica de órgão interno de

controle extraorgânico, que estende a atuação da Ouvidoria para além da espacialidade estatal.

Nessa condição, o fundamento constitucional está vincado no art. 174 da Constituição Federal, que autoriza o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, a exercer a fiscalização sobre o segmento privado.

As investigações, recomendações e sugestões proferidas pelo titular dessas Ouvidorias, nesse particular, têm fundamento não apenas legal, mas contratual, por meio de cláusulas permissivas constantes dos contratos que regulam a prestação dos serviços que estejam na jurisdição da Agência Reguladora.

No que se refere aos atos praticados no âmbito da própria entidade em que se situam, as observações anteriormente formuladas são também aplicáveis para essa espécie de espaço institucional.

5.2.2 Espaços extraorgânicos

5.2.2.1 Compostos por representante do Poder Legislativo

Inclui-se nessa espécie o modelo adotado pela Lei Orgânica do Município de Curitiba, ainda carente de regulamentação.

Tais espaços institucionais caracterizam-se como órgãos do Poder Legislativo, voltados para o controle do Executivo, exercendo, portanto, um controle de tipo externo ou interorgânico, com fundamento no art. 49, inciso X, da Constituição Federal, que dispõe, entre as atribuições do Congresso Nacional, a de “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”²⁸⁰.

As Ouvidorias Municipais adequadas a esse gênero têm como fundamento o mesmo princípio consagrado em suas respectivas Leis Orgânicas. No caso da Lei do Município de Curitiba, seu art. 20, inciso X, reproduz fielmente o texto da Constituição Federal: “fiscalizar e controlar os

²⁸⁰ No âmbito do controle externo, a Constituição contemplou diversos dispositivos, encartados especialmente no art. 71, que regula o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União.

atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta”.

Saliente-se que, no caso, tratar-se-ia de um controle externo indireto, vez que não cuida do controle exercitado “motu próprio pelo Poder Legislativo”²⁸¹. Ao contrário das Ouvidorias localizadas no Executivo – cujo controle pode ser de tipo concomitante ou mesmo prévio –, na prática, às vinculadas à Administração, em geral, só é dada a possibilidade de exercício de controles subsequente ou *a posteriori*, pois que realizável após a conclusão do ato controlado.

5.2.2.2 Espaços extraorgânicos compostos por representantes da sociedade civil

Um bom exemplo de experiência institucional de Ouvidoria composta por representante da sociedade civil em funcionamento no país é a da Ouvidoria do Município de Santo André.

Como visto, neste caso o titular do cargo de Ouvidor é eleito por um amplo colegiado composto por diversos segmentos da sociedade civil sem qualquer vínculo funcional com os órgãos do Estado.

Na dicção da Lei Municipal n.º 7.877/99, essa Ouvidoria se constitui como “órgão independente, com autonomia administrativa e funcional, sem vínculo de subordinação a nenhum poder constituído”.

Nesse sentido, esse espaço institucional não se situa na ambiência estatal, mas no que se convencionou chamar de “espaço público não-estatal”. Como diz VELÁSQUEZ,

“O público não é sinônimo de Estatal. O estatal é por definição público, mas o público não se reduz ao estatal porque a sociedade civil também delibera e decide em matérias de interesse coletivo e, além disso, porque o Estado e outras instâncias [...] nem sempre deliberam ou decidem com critérios de racionalidade coletiva, e sim em função de interesses particulares. Em consequência, pode-se falar de um espaço

²⁸¹ FERRAZ, ob. cit. p. 78.

público estatal e de um espaço público não-estatal”²⁸².

Nessa condição, a Ouvidoria do Município de Santo André consubstancia o pressuposto dos protagonistas da Reforma do Estado, de constituição de um novo espaço de controle da gestão pública. Como afirma BRESSER PEREIRA,

“o setor público não-estatal é o espaço da democracia participativa ou direta, ou seja, é relativo à participação cidadã nos assuntos públicos [...] são organizações ou formas de controle públicas porque voltadas ao interesse geral; são não-estatais porque não fazem parte do aparato do Estado, seja por não utilizarem servidores públicos, seja por não coincidirem com os agentes políticos tradicionais”²⁸³.

Nessa medida, a experiência de Santo André encontra fundamento no subprincípio democrático da participação, constituindo-se em um espaço não só de controle, como também de participação social.

Revele-se que, não obstante sua natureza extraorgânica, a racionalidade que informa o exercício de suas atribuições de controle ultrapassa os limites da legalidade, alcançando a prestação irregular, defeituosa ou sem boa qualidade (art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei n.º 7.877/99) e a “decisão, ato ou recomendação, que apesar de legal, seja injusto, arbitrário, discriminatório, negligente, abusivo ou opressivo” (inciso IV, do mesmo dispositivo legal).

Saliente-se, por derradeiro, o fato de a previsão de um colégio de eleitores não retirar sua condição de órgão singular, vez que, ainda que a este colegiado deva prestar contas anualmente (art. 9º, do referido diploma), as decisões referentes às atribuições de controle são tomadas

²⁸² VELÁSQUEZ, Fábio. A observância cidadã na Colômbia: em busca de novas relações entre o Estado e a sociedade civil. Trad. Noêmia A. Espíndola. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Núria Cunill (orgs.). *O público não-estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 263-266.

²⁸³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Núria Cunill. *Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Núria Cunill (orgs.). *O público não-estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 16.

individualmente pelo titular do cargo²⁸⁴.

5.3 Considerações Finais

Feitas essas observações, podemos estabelecer um quadro classificando as Ouvidorias Brasileiras do ponto de vista funcional, como **instrumento de controle** e, do ponto de vista estrutural, como **espaço institucional de controle**.

Como instrumento de controle, a classificação mais conveniente parece ser a que tem como critério a sujeição (passiva ou ativa), o mesmo não ocorrendo em relação aos elementos “natureza” e “objeto”.

No que se refere à sujeição passiva, as Ouvidorias poderiam ser classificadas entre aquelas cujo controle atinge os órgãos e agentes da Administração na qual ela se situa, e as cujo controle extrapolam o espaço estatal, para alcançar os prestadores privados de serviço público. Ali, tem-se como exemplo a grande maioria das Ouvidorias Estaduais, Municipais e setoriais; aqui, as Ouvidorias das Agências Reguladoras e algumas das Ouvidorias instituídas no Estado de São Paulo, por força da Lei 10.294/99.

Também como instrumento de controle, as Ouvidorias poderiam ser identificadas de acordo com sua sujeição ativa. Nesse caso, elas poderiam ser classificadas em Ouvidorias cujos titulares são: ocupantes de cargo de livre nomeação (ex.: Ouvidoria da União e Ouvidoria do Estado do Paraná); servidores públicos (ex.: Ouvidorias do Poder Judiciário); cargos de comissão com estabilidade em razão do exercício da função de Ouvidor (ex.: Ouvidorias do Estado de São Paulo, de Minas Gerais e do Município de São Paulo); eleitos pelo Poder Legislativo (ex.: Ouvidoria prevista na Lei Orgânica do Município de Curitiba); eleitos entre servidores do órgão controlado por um colegiado superior (ex.: Ouvidoria da Universidade da Paraíba e outras Ouvidorias Universitárias).

Constituindo-se como espaço institucional de controle, as Ouvidorias poderiam ser classificadas como (1) espaços intra e (2)

²⁸⁴ A condição de órgão extra-orgânico em relação à espacialidade estatal confere à referida Ouvidoria uma condição atípica, do ponto de vista da racionalidade, conforme será analisado no item a seguir.

extraorgânicos. Em relação aos primeiros, sugere-se uma tipologia pautada em Ouvidorias (1.1) integradas exclusivamente por servidores públicos, (1.2) por representantes da sociedade civil, (1.3) e Ouvidorias constituídas no interior de entidades de controle, porque essas, ainda que integradas de servidores públicos, exercem sua atuação sobre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

Finalmente, como espaços extraorgânicos, as Ouvidorias podem ser classificadas nas compostas (1) por representantes do Poder Legislativo e (2) nas integradas por representantes da sociedade civil.

Certamente outros critérios de classificação poderão possibilitar a elaboração de um quadro taxionômico mais completo e detalhado. O importante é que novas classificações mantenham permanente referência à realidade, evitando-se o risco de uma nova tipologia mascarar ideologicamente a função e a estrutura desse importante instrumento de controle nascido da democracia brasileira.