

CONTROLE DO ESTADO PELA OPINIÃO PÚBLICA EM UM CONTEXTO DE SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Antonio Rulli Júnior¹

Antonio Rulli Neto²

“Vertrauen ist gut - Kontrolle ist besser!”³



1. A QUESTÃO DO ATIVISMO *ON LINE* COMO MECANISMO DE CONTROLE

O ativismo *on line* é o marco inicial de uma nova forma de controle que poderá se intensificar nos próximos anos. Eis um dos aspectos da denominada sociedade da informação.⁴

¹ Desembargador TJSP. Professor Universitário, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da USP. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP.

² Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado em São Paulo.

³ “A confiança é boa, o controle é melhor” W. Schwab, *Kontrollsysteme*, ÖHW H. 2-3/1971, p. 150.

⁴ Como explica Castells: (Mannuel Castells, *A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política*, http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rededo_c_onhecimento_a_acao_politica.pdf) “O nosso mundo está em processo de transformação estrutural desde há duas décadas. É um processo multidimensional, mas está associado à emergência de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e informação, que começaram a tomar forma nos anos 60 e que se difundiram de forma desigual por todo o mundo. Nós sabemos que a

Recentemente se vem percebendo o papel do ativismo *on line* como verdadeiro controle, ainda que indireto.

Não é por menos que a discussão sobre o tema foi acirrada nos Estados Unidos. A Aprovação ou não da SOPA e da PIPA.⁵

“Os protestos on-line de quarta (18 [de janeiro]) contra dois projetos de lei antipirataria atualmente no Congresso dos EUA parecem ter surtido efeito. Mais de 162 milhões de pessoas viram a mensagem de protesto na Wikipedia, 18 senadores recuaram em seu apoio à proposta, e 4,5 milhões de pessoas assinaram uma petição contra os projetos. O The New York Times disse que o ativismo on-line é "uma nova Era para a política em relação à indústria de tecnologia." Já para o CEO da MPAA (associação dos estúdios) e ex-senador dos EUA, Chris Dodd, os protestos foram um ‘abuso de poder’ que transformou os usuários em ‘peões corporativos’. Muitas empresas de tecnologia são contra a SOPA e a PIPA, argumentando que elas vão minar a internet livre e aberta. Críticos dizem que a legislação autoriza o governo e entidades privadas a censurarem a web, exigindo que sites de busca e provedores bloqueiem o acesso a sites acusados de violação de direitos autorais”.⁶

tecnologia não determina a sociedade: é a sociedade. A sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias. Além disso, as tecnologias de comunicação e informação são particularmente sensíveis aos efeitos dos usos sociais da própria tecnologia. A história da Internet fornece- nos amplas evidências de que os utilizadores, particularmente os primeiros milhares, foram, em grande medida, os produtores dessa tecnologia”.

⁵ A MPAA (Motion Picture Association of America) propôs dois projetos de Lei - Stop Online Piracy Act (Sopa) e Protect Intellectual Property Act (Pipa).

⁶ Por Ian Paul, PC World/EUA, publicada em 19.1.2012, em

Eis os números:

- 4,5 milhões de pessoas assinaram a petição do Google anti-SOPA/PIPA, de acordo com o Los Angeles Times
- 25 Senadores agora se opõem PIPA (a versão do Senado da SOPA), de acordo com a ONG OpenCongress
- Circulararam no Twitter mais de 2,4 milhões de posts contra as leis
- Dois co-patrocinadores do SOPA e vários outros retiraram o apoio ao projeto na Câmara
- Mais de 162 milhões de pessoas viram a página de protesto na Wikipedia
- Mais de 8 milhões de pessoas usaram as ferramentas de busca da Wikipedia para procurar informações de contato de deputados e senadores americanos

Sobre o ponto que acima se narrou, trata o presente escrito, especialmente sobre o controle indireto exercido pela opinião pública e, no caso, sobre poder exercido a partir das redes sociais.

O mérito dos projetos, em si, não faz parte desta discussão. O que se coloca em discussão é o possível controle, ainda que indireto pela opinião pública, especialmente na *internet*.

2. O CONTROLE QUE TRASPASSA AS BARREIRAS DO PÚBLICO E O PRIVADO

O controle, ainda que indireto pela opinião pública, especialmente na internet, começa a ter papel importante para a

sociedade.

Repita-se, *ainda que indireto*, o controle exercido pelos internautas, em todos os seus aspectos, surge como uma nova forma tanto para o setor público quanto privado, de limitação de poder.

O caso em questão demarca claramente a passagem efetiva para o controle pela *internet* e pelas redes sociais, em questões nas quais a opinião pública exerceu um ato de avaliação em discordância daquilo que, seria tratado pelo Poder Legislativo – a própria representação popular legítima.

Este escrito, em razão da situação concreta, não abordará especificamente o controle da iniciativa privada, apenas do poder público.

3. CONTROLE – BREVES CONSIDERAÇÕES E ACEPÇÕES DO TERMO

Interessa-nos, assim, tratar aqui da acepção do termo controle e introduzir a discussão acerca da opinião pública, na atualidade, como forma de controle do Estado em geral (Administração Pública e demais poderes).

Em primeiro lugar, pretende-se explicar o que significa controle e qual a abrangência do termo, além do seu funcionamento propriamente dito.

Tratar-se-á aqui das formas de controle do Poder, tanto em sentido genérico como especificamente em relação a cada um dos Poderes.

O atual sistema de controle surgiu na evolução dos Estados soberanos, nos quais um rei assumia o poder, na transição da Idade Média para a Idade Moderna. No século XI surgiu o parlamento para limitar os poderes do rei. Também a Magna Carta, em 1215 (assinada pelo Rei João Sem Terra), e depois do *Bill of Rights* de 1689, pelo qual, em seu item IV, limitava-se a cobrança de impostos à concordância do

parlamento, dentre outros aspectos. As formas de controle foram evoluindo como meio de limitação do poder, posteriormente sistematizadas por *Montesquieu* na clássica fórmula de tripartição de poderes para seu equilíbrio.

Quanto à sua etimologia, a palavra controle tem origem no latim *roulum*, em francês *rôle*, designando o rol dos contribuintes pelo qual se verificava a operação do arrecadador (algo como o contra rol, se assim se pode dizer, ou a comparação/conferência da relação com o que se arrecadou/reparou).

Carola Schutz⁷ explica que controle (*Kontrolle* em alemão) tem significado latino de “contra rotulus” que seria contra-escrito (*Gegen-Schriftrolle*) ou algo duplicado, segundo a autora. Para se ter controle, havia uma cópia do original, uma escrituração duplicada que poderia ser posteriormente conferida.

Para Eduardo Sanchez-Beato Fernandez,⁸ era o documento que garantia a propriedade de ouro transportado em galeões espanhóis: “contra el oro”, mas tal sentido não é reconhecido por todos.

O sentido do termo atual viria, segundo Bergeron,⁹ de registros de atos que deviam ser controlados, a partir do séc. XVII; Carola Schutz acompanha a explicação, assim como Fuchs¹⁰, para quem havia o controle, durante a Idade Média, tanto para controle do cobrador de tributos como para selar documentos privados que tinham valor em moeda.

Seria predominantemente, além de controle, *exame e controle* para Wahrig¹¹; no *Duden*¹² há, dentre outros, os

⁷ Carola Schutz, *Kontrolle des Verwaltungshandelns. Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege*, s.e., 1998.

⁸ <http://etimologias.dechile.net/?control>, acessado em julho de 2006.

⁹ Gerard Bergeron, *Fonctionnement de l'Etat*, p. 272 e seguintes.

¹⁰ A. Fuchs, *Wesen und Wirken der Kontrolle*, p. 33.

¹¹ G. Wahrig, *Deutsches Wörterbuch*.

¹² *Duden Universal Deutsches Wörterbuch*. Mannheim: Editora Duden (Duden Verlag), 1983, vocábulo *Kontrolle*.

seguintes significados: [*contre-rôle*], contra [*gegen*], exame [*Prüfung*], inspeção [*Inspektion*], policiamento, vigilância, fiscalização [*Überwachung*], guarda [*Aufsicht*], domínio, império, poder, supremacia [*Herrschaft*], entre outros.

Tem significado principal de *fiscalização* ou *inspeção* para Walter Krebs¹³ e teria *sentido amplo de comparação* para Gerhard Schmid.¹⁴

Martin Ibler¹⁵ reúne acepções do termo controle colhidas da doutrina:¹⁶ (a) exame [*Prüfung*]; (b) inspeção [*Inspektion*]; (c) comparação dos custos teóricos e efetivos [*Soll Ist-Vergleich*]; (d) policiamento, vigilância, fiscalização [*Überwachung*]; (e) guarda [*Aufsicht*]; (f) domínio, império, poder, supremacia [*Herrschaft*]; (g) conduta, direção, governo [*Lenkung*]; (h) controle [*kontrolle*]; (i) controlar, limitar, fiscalizar, conferir, superintender [*kontrollieren heißt*]; (j) examinar, avaliar [*prüfen*]; (l) rever [*nachprüfen*]; (m) comparar, combinar [*vergleichen*].

Também Norbert Achterberg¹⁷ explica que são vários os significados, dentre eles, pelo menos: (a) exame [*Prüfung*], (b) inspeção [*Inspektion*]; (c) controlar, fiscalizar, conferir, superintender [*kontrollieren heißt*]; (d) rever [*nachprüfen*].

No direito norte-americano, controle tem acepções de: (a) exercitar uma restrição ou diretamente influir sobre; (b) regular; (c) restringir; (d) dominar; (e) refrear; (f) tirar de ação;

¹³ Walter Krebs, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen : ein Beitrag zur rechtlichen Analyse von gerichtlichen, parlamentarischen und Rechnungshof-Kontrollen*, p.1.

¹⁴ Gerhard Schmid, *Festschrift für Häfelin*, p. 429 (559 n.w.N.).

¹⁵ Martin Ibler, *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht – Zur Kontrolldichte bei wertenden Behördenentscheidungen – Vom Preußischen Oberverwaltungsgericht bis zum modernen Gerichtsschutz im Prüfungsrecht*, p. 52.

¹⁶ Assim como Ibler, professor da Universidade de Konstanz, outros reúnem muitos significados para o termo. Assim: WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. 3, 5ª edição, 2004, §§ 101 e 102; KOCH/RUBEL/HESELHAUS. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3ª edição, § 8, pp. 325-333; KREBS, Walter. *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1984, pp. 1-51.

¹⁷ Norbert Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 27 e seguintes.

(g) dominar; (h) neutralizar; (i) governar.¹⁸ Ainda nos Estados Unidos tem o sentido de: “*poder ou autoridade de controlar, dirigir, superintender, restringir, governar, administrar ou supervisionar. Competência para exercitar restrição ou direção de alguma coisa*”.¹⁹ Edward S. Herman adverte que o termo controle é usado em muitas disciplinas, assim como na linguagem diária, provem das ciências sociais e é a capacidade de iniciar, limitar, confirmar ou anular direta ou indiretamente, com decisão de efeitos concretos e imediatos.

Odete Medauar²⁰ aponta pelo menos seis acepções para a palavra controle, sendo elas: (a) dominação; (b) direção; (c) limitação; (d) vigilância ou fiscalização; (e) verificação; (f) registro.

Como conceito de controle encontramos uma idéia central de verificação de uma atividade a um modelo pressuposto (norma ou princípio). Isso pouco varia, como se verifica em Wolff, Bachoff, Stober²¹, Walter Krebs²², Martin Ibler²³, Hartmut Maurer²⁴ e Hans Peter Bull.²⁵

No caso da fiscalização da atividade administrativa, Odete Medauar²⁶ traz idéia semelhante, concordando com a opinião de Marcel Waline que, por sua vez, conceitua o controle como a verificação da conformidade de uma ação a uma norma.

Hely Lopes Meirelles,²⁷ ao tratar de controle, o conceitua

¹⁸ Black's Law Dictionary, verbete *control*.

¹⁹ Martin v. State, 175 Ind. App. 503, 372 N. E. 2d 1194, 1197.

²⁰ Odete Medauar, *Controle da administração pública*, p. 14 e seguintes.

²¹ Wolff, Bachoff, Stober, *Verwaltungsrecht*, §§ 101 e seguintes.

²² Walter Krebs, *Verwaltungsorganisation*, § 69.

²³ Martin Ibler, *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht – Zur Kontrolldichte bei wertenden Behördenentscheidungen – Vom Preußischen Oberverwaltungsgericht bis zum modernen Gerichtsschutz im Prüfungsrecht*, p. 52.

²⁴ Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 180 e seguintes e 496 e seguintes.

²⁵ Hans Peter Bull, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 293 e seguintes.

²⁶ Odete Medauar, *Controle da Administração Pública*, p. 18.

²⁷ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 51.

como: "... a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro". Verifica-se ser o controle exercitável em todos e por todos os Poderes de Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário. Explica ainda o autor que "a Administração Pública, em todas as suas manifestações, deve atuar com legitimidade, ou seja, segundo as normas pertinentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização" (...) "Infringindo as normas legais, ou relegando os princípios básicos da Administração, ou ultrapassando a competência, ou se desviando da finalidade institucional, o agente público vicia o ato de ilegitimidade e o expõe à anulação pela própria Administração ou pelo Judiciário em ação adequada."

Não é possível, assim como no caso do controle sobre a Administração, apanhar um ou outro significado apenas. São muitos os significados e as áreas às quais se aplica a idéia de controle.

O controle pela opinião pública, ainda que indireto, segue acepções semelhantes.

a. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO CONTROLE

O controle contém elementos que o compõe e caracterizam seu funcionamento.

Bergeron menciona quatro elementos: (a) termo sobre o qual incidirá o controle; (b) padrão que servirá como ponto de comparação; (c) o ato de controle em si, que significa a aproximação dos dois primeiros; e (d) o fim do controle. Odete Medauar explica que o quarto nada tem a ver com a essência do instituto, pois em sua atuação a Administração sempre busca o interesse público. Forti coloca como elementos: (a) a diferenciação de sujeitos e (b) uma atividade precedente como

pressuposto. Para Giannini há um juízo (verificação da atividade de regularidade da função) e uma medida que decorre do juízo.²⁸ A diferenciação de sujeitos, contudo, como adverte Odete Medauar,²⁹ remete a tempos em que não havia autocontrole, mas um poder central.

Lemert³⁰ descreve quatro elementos: (a) os objetivos (normas, regras); (b) o poder entre os órgãos (seja por conta de competência ou hierarquia); (c) os significados de controle (punir, multar, verificar etc.); e (d) as formas de controle (interno, externo, direto, indireto).

Ibler³¹ trata dos elementos do controle separando-os em elementos com ou sem efeitos de correção. Assim, para o autor, seriam dois os elementos do controle com poder de correção: (a) o poder de examinar e (b) o poder de atuar (produzindo efeitos sobre o ato, corrigindo, controlando ou alterando). Se não há poder para atuar, não há controle direto, mas quase controle, como veremos no próximo item – quando não há poder de correção, os elementos caracterizam apenas uma simples apreciação e uma conseqüente crítica. Parece-nos, contudo, que o poder de verificar está vinculado ao próprio poder de controlar, exceto se a competência de verificar for de um agente e o poder de controlar for de outro. Mas estaríamos apenas decompondo um dos elementos. De qualquer forma é preciso um comportamento (ainda que negativo ou omissivo) que será verificado por alguém.

Edward S. Herman adverte que o termo controle é usado em muitas disciplinas, assim como na linguagem diária, provém das ciências sociais e está relacionado a um elemento

²⁸ Massimo Severo Giannini, *Diritto amministrativo*, p. 180 e seguintes.

²⁹ Odete Medauar, *Controle da Administração Pública*, p. 20

³⁰ Edwin M. Lemert, *The Grand Jury as an Agency of Social Control*, p. 751-758. O autor trata do tema *controle* genericamente e depois o trata especificamente como controle pelo júri. Lemert denomina forma - interna e externa, o que normalmente a doutrina chama de tipos de controle. Quanto aos diretos e indiretos, trata-se dos quase controles ou controles extra-orgânicos, aqui tratados dessa maneira.

³¹ Ibler, op. cit. p. 52.

principal apenas, que é o *poder*.³²

Vincular o controle a apenas um elemento, o *poder*, nos parece desprezar elementos que estão além do poder propriamente. Acreditamos ser o poder um pressuposto, proveniente da lei, para o controle. O pressuposto é anterior ao elemento.

Para nós há dois elementos formadores do controle, sendo a lei um pressuposto não integrante dos elementos propriamente. Há um ato ou comportamento emanado ou não (ação ou omissão) e um juízo de verificação de conformidade do ato ao ordenamento que é o ato de controle em si e que deve ter efeitos concretos. Ou seja, o controle tem dois elementos: (a) uma atividade precedente (como também admitem Forti³³ e Wolff, Bachoff, Stober³⁴) e (b) o ato de controle com efeitos concretos. A lei não é elemento do controle, mas pressuposto do ato emanado e do próprio controle, pois os legitima como

³² Em uma decisão regulatória da Marinha Norte Americana, que tem competência para decidir sobre determinadas matérias, dentre elas sobre reclamações em abordagens, fala que os elementos do controle vão depender de cada área especificamente regulada, não estabelecendo um ou outro elemento (United States Coast Guard vs. Merchant Mariner's Document, Kevin J. McGrath 22289, decisão em recurso para o vice-comando da Guarda Costeira dos Estados Unidos, Washington, 20 de julho de 1988). Sendo o poder precedente ou único elemento, o controle deve obedecer às formalidades estabelecidas, não podendo haver violação ao devido processo legal, falta de ordem formal ou falta de decisão, nesse sentido, no direito norte americano, em Cortes Estaduais - v. Arizona, Clark *versus* Tinnin, 81 Ariz. 259, 304 P.2d 947 (1956); Iowa Leaseamerica Corp. *versus* Iowa Dept. of Revenue, 333 N.W.2d 847 (Iowa 1983); Iowa - Altman *versus* Independent School Dist. of Gilmore City, 239 Iowa 635, 32 N.W.2d 392 (1948); Maryland Board of Com'rs of Anne Arundel County *versus* Buch, 190 Md. 394, 58 A.2d 672, 5 A.L.R.2d 569 (1948); Ohio--State ex rel. Burchard *versus* State Bd. of Examiners of Architects, 110 OAPP 286, 13 Ohio Op. 2d 43, 82 Ohio L. Abs. 117, 163 N.E.2d 391 (10th Dist. Franklin County 1959); Ohio--Criterion Service *versus* City of East Cleveland, 55 Ohio L. Abs. 90, 88 N.E.2d 300 (Ct. App. 8th Dist. Cuyahoga County 1949); California. - Interior Systems, Inc. *versus* Del E. Webb Corp., 121 Cal. App. 3d 312, 175 Cal. Rptr. 301 (2d Dist. 1981); em Corte Federal - Doria Minnesota - and Engineering Corp. *versus* Morton, 608 F.2d 1255 (9th Cir. 1979).

³³ Ugo Forti, *Diritto Amministrativo*, 1945.

³⁴ Wolff, Bachoff, Stober, *Verwaltungsrecht*, §§ 101 e seguintes.

atos de poder. Ou seja, sem lei não há nem ato (comportamento) nem controle, nem competência para um, nem para outro. Da mesma forma se nenhum comportamento pode existir ou não há previsão para existir, porque não há previsão jurídica, nada há que se controlar.

O ato de controle (com efeitos concretos) é tão importante que a falta desses efeitos concretos cria uma situação de categoria diferente que são os quase-controles ou controles extra-orgânicos, tratados no próximo item. O comportamento ao qual nos referimos também é essencial, pois sem sua existência, nada há que ser controlado.

b. OS QUASE CONTROLES OU CONTROLES EXTRA-ORGÂNICOS

A doutrina³⁵ trata também de uma figura denominada *controle extra-orgânico* ou *quase controle*, que são aqueles realizados pelo povo, imprensa, partidos políticos, órgãos de classe etc.

Não são propriamente controles por lhes faltar um dos elementos essenciais: o ato de efeitos concretos que pode controlar efetivamente o comportamento em análise. São quase controles, ainda que deflagrem atos posteriores e concretos de controle.

No direito alemão alguns autores dedicam considerações sobre essas formas de controle indireto³⁶, considerando-os

³⁵ No Brasil, especialmente Odete Medauar, *Controle da Administração Pública*, p. 32.

³⁶ Especialmente Martin Ibler, op. cit.. Ver também: Christoph Degenhart, *Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe*, p. 190 e seguintes, o autor admite a possibilidade de quase controles deflagrarem controle; Wolfgang Hoffmann-Riem, *Verwaltungskontrolle, Verwaltungskontrolle – Perspektiven*, p. 325 e seguintes. Walter Krebs, *Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle*, p. 191 e seguintes; e Dieter Lorenz, *Rechtsschutz*, p. 168; Wolfgang Ossadnik, *Entwicklung eines Controlling für öffentliche Verwaltungen in Die Verwaltung*, p. 57 e seguintes. Günter Püttner, *Verwaltungslehre*, p. 335 e seguintes. Ingeborg Schäfer,

importantes para o sistema, não obstante não os classificar como controles propriamente, com exceção de Rudolf von Laun.³⁷

Klaus König e Heinrich Siedentopf³⁸ acerca do que denominamos quase controles acrescentam que podem ocorrer em três situações: (a) pela mídia de massa; (b) pela opinião intelectual (jurídica, científica, artística etc); e (c) por grupos de interesse (*Interessegruppen*), sejam eles profissionais, econômicos etc. Em todas essas situações falta um processo próprio, segundo os autores, para corrigir os erros. Explicam que o controle não se dá unicamente pela mídia de massa, mas também pelos meios artísticos, como a música, a arte, o teatro e mesmo profissionais de uma determinada categoria.

Ibler³⁹ cita diversos exemplos de atos que não provocam controle diretamente, por lhes faltar elemento essencial de correção. Assim, os coloca como controles sem poder de correção (*Prüfungsbefugnis mit und ohne Korrekturmacht*), explicando que, apesar de não haver medida direta, têm influência e consequência (ainda que a consequência seja deflagrar o controle). Assim Ibler destaca: a opinião pública; o voto (art. 41 da Constituição Alemã - GG - *Grundgesetz*); a atuação de partidos políticos etc. Como componentes da opinião pública, segundo o autor, estão: a liberdade de expressão, a imprensa, o direito de petição (art. 17, GG), a possibilidade de um professor de direito de criticar uma decisão judicial (*wenn Rechtslehrer Urteile kritisieren*), por

Demokratische Kontrolle der öffentlichen Verwaltung als Strategie in Die Verwaltung, p. 39 e seguintes. Jan Bergmann e Markus Kennner, *Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, p. 100.

³⁷ Rudolf von Laun coloca a opinião pública como um “quase controle forte”, concorda não ser um controle propriamente, mas em determinados casos acaba por necessariamente gerar um controle efetivo, principalmente quando pensamos nos regimes democráticos em que o voto elege ou não alguém.

³⁸ Klaus König e Heinrich Siedentopf, *Öffentliche Verwaltung in Deutschland*, p. 21 e 61 e seguintes.

³⁹ Op.cit. p. 52 e seguintes.

exemplo.

Também são chamados de controles informais (*formlose Kontrolle*) feitos por certos grupos como partidos políticos, igrejas, trabalhadores, associações e pela mídia.⁴⁰ Tais atividades indiretas, ainda que não tenham efeitos concretos de controle, são essenciais ao Estado Democrático de Direito, tanto que a mídia, por sua atuação crítica-informativa, se tornou um verdadeiro quarto poder, exercendo quase controles ou controles indiretos.⁴¹

Integra esse conjunto de quase controles exercidos pela opinião pública os controles morais que, apesar de não serem controles, têm efeitos indiretos. São controles que em geral e imediatamente podem não produzir efeitos, mas normalmente acabar por atuar indiretamente sobre a situação concreta.⁴² Richard Posner coloca o voto como uma forma de controle, sendo uma espécie de controle moral.⁴³

⁴⁰ Wolff, Bachof e Stober, *Verwaltungsrecht*, §§ 101 e 102. Também Walter Krebs, *Verwaltungsorganisation*, § 69.

⁴¹ Trata-se de uma expressão que já faz parte do cotidiano. Sem dúvida, a imprensa exerce um papel de influência considerável da opinião pública. Tanto é verdade que a Federal Communications Commission (FCC) dos Estados Unidos depois de autorizar, no dia 4 de junho de 2003, a suspensão dos limites à concentração permitindo que as empresas passassem a poder controlar até 45% da audiência nacional (cujo limite, até então, era de 35%), teve sua decisão suspensa pela Suprema Corte, entendendo que poderia haver uma grave ameaça à democracia. Há até conhecidas críticas como a de Orson Welles que na década de 1940 criticava o poder da imprensa no filme *Cidadão Kane*, tratando do magnata das telecomunicações William Randolph Hearst. Veja-se, ainda o exemplo de *Silvio Berlusconi*, detentor de grupo de empresas de telecomunicações na Itália ou na França, o exemplo dos grupos Lagardère e Dassault que exercem forte influência e tem papel considerável nos quase-controles ou controles indiretos.

⁴² Ralph Clark Chandler, *The Problem of Moral Reasoning in American Public Administration: The Case for a Code of Ethics*, p. 32-39.

⁴³ O autor assim se manifesta: “Voting is a method of control, *not of administration*. *The people do not rule in a representative democracy; they control the rulers, their delegates. For voting to perform its function of control, voters must have some minimum of political sophistication, along with a measure of independence from other people*”. Richard Posner, *Breaking the Deadlock: The 2000 Election, the Constitution, and the Courts*. Paulo Brossard, em seu trabalho O “Impeachment” (Paulo Brossard de Souza Pinto, *O “Impeachment”*, p. 9), pondera que: “só a

Há quase-controles que existem e admitem verdadeiramente uma redução do controlado, um temor, algo como verdadeiros “controles-ameaça”.⁴⁴ São normalmente usados veladamente, moralmente, sem efeitos de controle diretos, partindo de um amedrontamento. Essa forma é muito antiga e é traduzida na famosa locução *Si vis pacem para bellum*⁴⁵ de Publius Flavius Vegetus Renatus, escritor romano, que por volta de 390 a. C., escreveu seu *Epitoma rei Militaris*.⁴⁶ Claro que é uma forma extrema e absurda, normalmente de controle que havia entre povos, alguns inimigos, mas não deixa de ser um controle moral. Ainda que não se trate propriamente de Estado de Direito, nem mesmo de mecanismos internos das nações, mas normalmente de umas contra as outras, tem-se como proposta demonstrar que desde a antiguidade até tempos modernos essa é uma forma (as vezes apenas moral) de controlar.

Podemos também trazer ao rol de quase controles a responsabilização civil. Tanto em relação ao controle dos atos das pessoas em geral como em relação aos atos praticados pela Administração. Contudo, não são eficazes e sua ineficácia fez

eleição, ainda que isenta, periódica e lisamente apurada, não esgota a realidade democrática, pois, além de mediata ou imediatamente resultante de sufrágio popular, as autoridades designadas para exercitar o governo devem responder pelo uso que dele fizerem uma vez que o governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático).

⁴⁴ Desde o início deste capítulo, nos propusemos a tratar das várias acepções do termo controle. A título de estudo, ainda que não aprofundado, entendeu-se interessante também trazer a idéia de “controle ameaça”, que são controles ilegítimos ou controles estabelecidos pela força e pelo medo. Em alguns casos são utilizados sob o pano de fundo de defesa de direitos, especialmente impedindo ameaças. Sobre o tema de controle internacional de segurança v. William H. Berman, Lee M. Hydeman, International Control of the Safety of Nuclear-Powered Merchant Ships, *Michigan Law Review*, Vol. 59, n. 2 (dezembro de 1960), pp. 233-258. Não se trata de um controle da atividade administrativa, mas mais um sentido da palavra controle.

⁴⁵ “Se queres a paz, prepara a guerra”

⁴⁶ Também Cornélio Nepote, historiador italiano do século 1 a. C., usa uma locução semelhante *Paritur pax bello*.⁴⁶

com que o Estado acabasse por criar regulações e controles.⁴⁷ Susan Rose-Ackerman⁴⁸ trata do tema em artigo intitulado *Tort Law as a Regulatory System*.⁴⁹ A autora faz a ressalva de que a responsabilidade civil é predominantemente figura do direito privado e a regulação é do direito público. Contudo, as principais diferenças estão no processo, não nos aspectos substanciais. Coloca como elementos de diferenciação alguns aspectos como: quem decide, em que tempo (*ex ante* e *ex post*), com qual informação, em que processo e com qual finalidade (controlar, impedir, reparar, punir). Sem colocar em detalhes a vantagem dos controles efetivos e *ex ante*, em relação aos controles posteriores, podemos concluir que, mesmo com desvantagens e indiretamente, a responsabilização civil é uma forma do que chamamos de quase-controle.

Antonio de Pádua Ribeiro, ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça,⁵⁰ ainda coloca como controle, dentre outros, os órgãos de planejamento, setores encarregados dos estudos de organização e métodos e, especialmente, a informática.

Quanto aos quase controles, acompanhamos o entendimento de que não são verdadeiros controles por lhes faltar o elemento caracterizador que é o poder de controlar, de alterar ou de corrigir determinado ato, lhe faltando também o poder de punir. Podemos denominá-los quase-controles⁵¹,

⁴⁷ Thomas O Mc Garity, *The expanded debate over the future of the Regulatory State*. Mc Garity explica que em princípio a responsabilização civil na *common law* era uma garantia indireta de proteção dos indivíduos e controle, mas, progressivamente, o Estado foi obrigado a criar controles tanto em relação ao próprio Estado como em relação aos particulares, o que fez, nos Estados Unidos, com que surgisse as Agências reguladoras, que lá têm importante papel de controle.

⁴⁸ Susan Rose-Ackerman, *Regulation and the Law of Torts*, p. 54-58.

⁴⁹ Importante a ressalva de que levamos em consideração, para a comparação, eventuais diferenças entre os institutos da *common law*, tanto neste excerto como nos demais.

⁵⁰ Controle da atividade judiciária, RJTE, vol. 86, p.19.

⁵¹ Odete Medauar, *Controle da Administração Pública*, p. 32.

controles extra-orgânicos⁵², pré-controles, controles sem efeitos diretos ou controles indiretos ou controles sem poder de correção (Martin Ibler)⁵³. Em comum, há a falta de poder de produzir efeitos próprios do controle, sendo dependentes de outros atos concretos de controle. Apesar de sua importância, não são controles no sentido próprio, ou seja, de efetivamente *adotar medida ou proposta em razão do juízo formado*.⁵⁴

2. CONTROLE: ALGUMAS TIPOLOGIAS EXISTENTES

O tema controle e sua tipologia foram desenvolvidos, sobretudo, no campo do Direito Administrativo. Há classificações semelhantes no direito pátrio e no direito comparado. Far-se-á um apanhado das tipologias para, ao final, oferecer uma tipologia própria voltada ao controle do Poder Judiciário.

Na Alemanha a Administração é também submetida ao princípio da legalidade (*Gesetzmaßigkeitsprinzip* - art. 20, par. 3 da Constituição - GG – *Grundgesetz*)⁵⁵ e há controles⁵⁶. Lá existe também um princípio de nome curioso: literalmente *princípio dos quatro olhos* ou o *controle dos quatro olhos* (*Vier-Augen-Prinzip* ou *Vier-Augen-Kontrolle*). Por tal controle, entende-se que as mais importantes decisões devem ser tomadas por mais de uma pessoa. Isso ocorre com fins de reduzir os riscos de erro e perda.⁵⁷ Trata-se de princípio voltado para dar eficiência à Administração.

Hans Peter Bull⁵⁸ explica que há métodos de controle da Administração (*Methoden der Verwaltungskontrolle*) sendo

⁵² Idem, ib.

⁵³ Op. cit., p. 52 e seguintes.

⁵⁴ Odete MEdauar, *Controle da Administração Pública*, p. 32.

⁵⁵ Norbert Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 19 e ss. Ver também nesse sentido: BVerfG, 1 BvR 1715/02 julgada em 4.2.2004.

⁵⁶ BVerfGE 5, 85 (139:1956); 28, 36 (48:1970).

⁵⁷ “Vier Augen sehen mehr als zwei”, ou seja, quatro olhos vêem mais que dois.

⁵⁸ Hans-Peter Bull, *Allgemeines Verwaltungsrecht Königstein*, p. 295.

eles: (a) políticos ou jurídicos; (b) quanto à forma - formais ou informais e; (c) quanto ao órgão de controle – interno ou externo. Os métodos têm uma sistemática e produzem resultados diretos. Posição semelhante adotam Wolff, Bachoff e Stober⁵⁹.

Norbert Achterberg⁶⁰ e Ferdinand Kopp⁶¹ seguem em sentido semelhante, dando ênfase à tipologia quanto ao órgão e quanto à formalidade, explicando que os controles podem ser internos ou externos, formais ou informais.

Ibler⁶² entende que, quanto ao tempo, os controles posteriores não seriam verdadeiramente controles, pois apenas reparam ou repreendem. Seriam controles para evitar futuros atos de mesma natureza, mas para o ato em si atacado, nada controlam. Contudo, admite que os controles podem ser: internos ou externos; quanto ao padrão (Prüfungsmaßstäbe), podem analisar conteúdo (Rechtmäßigkeit) e finalidade (Zweckmäßigkeit); e quanto às formalidades - formais e informais.

Hartmut Maurer⁶³ e Christoph Degenhart⁶⁴ admitem a existência de uma tipologia quanto ao órgão de onde provém o controle, sendo internos e externos.

Klaus König e Heinrich Siedentopf⁶⁵ explicam que o controle tem como finalidade a busca da qualidade do trabalho da Administração (*Qualität der Verwaltungsarbeit*) em seu aspecto objetivo (*objektive Seite*) e a regularidade dos atos dos agentes em seu aspecto subjetivo (*subjektive Seite*). Os autores informam que na Alemanha não há um sistema fechado de controle, mas uma pluralidade deles, tanto controles de

⁵⁹ Wolff/Bachof/ Stober. *Verwaltungsrecht*, § 102.

⁶⁰ Norbert Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 21 e ss.

⁶¹ Ferdinand Kopp, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, p. 114.

⁶² Op. cit., p. 28.

⁶³ Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 202.

⁶⁴ Christoph Degenhart, *Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe*, p. 190 e seguintes.

⁶⁵ *Öffentliche Verwaltung in Deutschland*.

legalidade como controles financeiros. Assim, propõe uma tipologia: (a) quanto à abrangência, podendo ser totais ou parciais; (b) quanto ao órgão (*Kontrollinstanz*) podem ser internos ou externos ⁶⁶; (c) quanto ao momento podem ser anteriores (*vorgängige*), simultâneos (*begleitende*) ou posteriores (*nachträgliche*); (d) quanto à intensidade - podem genéricos ou minuciosos (*Grob- oder Feinkontrolle*), periódicos ou únicos. Ao lado dos controles da Administração, ressaltam os autores que há o controle parlamentar, o controle financeiro e o controle jurisdicional.

A tipologia de Braibant, Questiaux e Wiener,⁶⁷ acerca do controle da Administração, contém seguintes tipos: (a) *quanto aos órgãos* – internos ou externos; (b) *quanto aos procedimentos* – sobre os agentes, sobre os atos da Administração, permanente, intermitente, por peças *in loco*, de ofício, por iniciativa do órgão de controle, por reclamação e; (c) *quanto às suas funções* – essencialmente corretivos. Giannini⁶⁸ trata de controles: (a) *quanto ao tempo* – simultâneos e sucessivos; (b) *quanto ao controlador* – internos e externos; (c) *quanto ao objeto* – sobre atos e sobre atividades e; (d) *quanto ao modo* – formais e informais.

A tipologia do controle dos atos administrativos proposta por Hely Lopes Meirelles⁶⁹ leva em consideração os tipos e formas de controle da atividade administrativa e variam segundo o Poder, órgão ou autoridade que o exercita ou o fundamento, o modo e o momento de sua efetivação. Os controles são: (a) *conforme seus fundamentos* - hierárquicos ou finalísticos; (b) *conforme a localização* - internos ou externos; (c) *segundo o momento em que se realizam* – concomitantes ou subsequentes; e (d) *quanto ao aspecto* - de legalidade ou de

⁶⁶ A descentralização, principalmente, segundo os autores, gerou os controles externos (Art. 84, 85 GG).

⁶⁷ Sintetizadas por Odete Medauar, Controle da Administração Pública, p. 28.

⁶⁸ Idem, ib. Também Giannini, op. cit.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 611

mérito.

Seabra Fagundes⁷⁰ trata do controle dos atos administrativos de forma tríplice, com fundamento no Poder – controle administrativo, legislativo e jurisdicional.

Odetete Medauar propõe tipologia própria que se realiza *pele critério de agente controlador*, ou seja, “o órgão, ente, instituição ou pessoa que exerce o controle sobre a Administração Pública.”⁷¹

Assim, podemos enumerar, na doutrina, as tipologias seguintes:

(a) quanto ao momento em que são realizados: controle preventivo ou prévio (*a priori*), controle concomitante, controle subsequente ou corretivo (*a posteriori*);

(b) quanto ao fundamento utilizado: controle hierárquico e controle finalístico que é o que verifica o escopo da instituição;

(c) quanto ao aspecto controlado: controle da legalidade ou legitimidade, controle de mérito e controle de resultados;

(d) segundo a natureza dos organismos controladores: controle judiciário (CF, art. 5º, XXXV), controle administrativo ou executivo e controle parlamentar (artigo 49, X e 70, da Constituição);

(e) quanto à instauração do controle: controle de ofício (*ex officio*), controle por provocação ou externo popular (artigo 74, § 2º da Constituição); e

(f) segundo a posição do órgão controlador: controle interno (art. 74 da Constituição) e controle externo.

O *controle interno*, no caso da Administração, é o controle exercido por órgãos dela própria, que integram o aparelho do Poder Executivo e tem como finalidade: (i) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual; (ii) a

⁷⁰ M. Seabra Fagundes. *O controle dos atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 107.

⁷¹ *Op. cit.* p.31.

execução de programas e do orçamento; (iii) verificar a legalidade e resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial; (iv) controlar operações de crédito, avais e garantias; (v) apoiar o controle externo e (vi) observar o que dispõe a Constituição Federal no que concerne à União (art. 74).⁷² Como se pode notar, é um controle realizado *intra-órgão*, a ele circunscrito, de natureza meramente administrativa, exercido pelos superiores hierárquicos sobre os funcionários encarregados da aplicação de dinheiro público e de executar os programas orçamentários - “se a Constituição alarga a autonomia administrativa dos outros poderes, é coerente que também exija, de cada um deles, o exercício do controle interno, que tem como uma de suas finalidades, apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional”.⁷³

O *controle externo*, no caso da Administração, por exemplo, é realizado por órgãos diferentes daquele que se está controlando e tem cunho *inter-órgão*, sendo dividido entre controle parlamentar direto, controle exercido pelo Tribunal de Contas (órgão auxiliar do legislativo nessa matéria) e controle jurisdicional.⁷⁴

3. CONTROLE PELA OPINIÃO PÚBLICA- UM *QUASE* *CONTROLE*

O tema é controverso porque a opinião pública poderá sempre exercer um controle indireto, a partir da manifestação, pessoas ou órgãos podem se manifestar no sentido de apoiar aquela vontade de um determinado grupo ou não.

Apesar de controverso, não se pode negar que existe, ao menos, uma influência exercida pela opinião pública. Em determinadas situações positiva, em outras, negativa.

⁷² Nesse sentido, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 682 e seguintes.

⁷³ Idem, ib.

⁷⁴ Idem, ib.

De qualquer forma, pode se colocar como um *quase controle* ou como um *meio de acionamento de controle direto*, sendo um controle indireto por acionar um mecanismo próprio de controle que funcionará diretamente.

E tal função pode ser percebida e reconhecida na ADI 4451 MC-REF, cuja relatoria foi do Ministro. Ayres Britto (j. 02/09/2010), da qual se extrai:

Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico. Pensamento crítico que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de humorismo (tema central destes autos). A previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa. 5. Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística” (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica

jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. *Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, locus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas*, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. (grifos nossos)

A natureza de *quase controle* ou *meio de acionamento de controle direto*, pode ser reforçada pela proteção que se dá aos meios de formação da opinião pública.

(...) a imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. (...)

Essa natureza de quase controle, pela proteção de sua formação pela imprensa, se confirma na ADPF 130, de relatoria também do Ministro Ayres Britto, com trecho acima transcrito, o que nos pode levar à conclusão que há no direito brasileiro essa figura, inclusive, protegida constitucionalmente, a partir de sua formação, garantindo-se a liberdade de expressão, opinião e imprensa.

