

# REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is a prominent landmark, featuring two tall, narrow towers and a large, curved, white structure. The image is overlaid with a semi-transparent, light-colored circular graphic element in the lower right quadrant. The text is in a clean, white, sans-serif font, centered horizontally.

# REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 02 – VOLUME Nº 02 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/DEZ 2017

ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro

2017

# REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

## LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

### Conselho Editorial:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.  
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.  
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.  
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.  
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.  
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.  
Sr. Carlos Ari Sunfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.  
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.  
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.  
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.  
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.  
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.  
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.  
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho.

### Avaliadores desta Edição:

- |   |  |
|---|--|
| Prof Dr. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidade de Barcelona. | Profa Ms. Isabela Ferrari, UERJ.             |
| Prof. Ms. Ariane Sherman Vieira, UFMG.  | Prof. Dr. Jamir Calili Ribeiro, UFJF.        |
| Prof. Ms. Carina de Castro, UFRJ.   | Prof. Ms. João Paulo Spornl, USP.            |
| Prof. Ms. Daniel Capecchi Nunes, UFJF.  | Prof. Ms. Jairo Boechat Jr., FUMEC           |
| Prof. Dr. Eduardo Manuel Val, UFF.  | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |
| Prof. Dr. Emerson Moura, UFFRJ.   | Prof. Dr. José Vicente de Mendonça, UERJ.    |
|   | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |

### Diagramação e Layout:

- Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

# SUMÁRIO

<i>Apresentação</i> .....	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>Publicidade administrativa como princípio e prática: apontamentos para uma teoria do controle pelo Judiciário</i> .....	007
Veruska Sayonara de Góis	
<i>A recondução dos servidores públicos e autonomia dos entes federados</i> .....	030
Alex Cavalcante Alves	
<i>Regulações expropriatórias à luz da constitucionalização do direito administrativo</i> .....	048
Maíra Valentim da Rocha	
<i>As controvérsias doutrinárias quanto à natureza da CFEM, a decisão proferida pelo STF e respectivos reflexos na gestão dos recursos</i> .....	099
Cleber Lucio Santos Junior	
<i>Discricionariedade administrativa: alguns elementos e possível controle judicial</i> .....	117
Phillip Gil França	
<i>As agências reguladoras e captura: um ensaio sobre os desvios regulatórios na agência nacional de energia elétrica</i> .....	126
Sophia Félix Medeiros	
<i>O controle de constitucionalidade nos procedimentos administrativos fiscais: limites e possibilidades</i> .....	148
Rodrigo Pacheco Pinto	
<i>Limitação administrativa e desapropriação indireta: a linha tênue dos institutos na criação de espaços de proteção ambiental</i> .....	168
Daniel capecchi nunes e Ana Luíza Fernandes Calil	
<i>Cidades inteligentes e sustentáveis: desafios conceituais e regulatórios</i> .....	189
José Renato Nalini e Wilson Levy	
<i>La asociación para la innovación": su incorporación en la directiva europea sobre contratación pública y en el proyecto español de ley de contratos del sector público</i> .....	208
María de Los Ángeles Fernández Scagliusi	

**PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA COMO PRINCÍPIO E PRÁTICA:  
APONTAMENTOS PARA UMA TEORIA DO CONTROLE PELO JUDICIÁRIO.**

**ADMINISTRATIVE PUBLICITY AS PRINCIPLE AND PRACTICE:  
PRESENTATIONS FOR A THEORY OF CONTROL BY THE JUDICIARY.**

**VERUSKA SAYONARA DE GÓIS**

*Mestre em Direito Constitucional e professora pela  
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.*

**RESUMO:** O Estado Moderno, em sua gênese, propõe as funções mínimas em sua abordagem liberal incipiente. Posteriormente, o Estado passa por diversas fases, podendo-se dizer que, no Brasil, teríamos atualmente uma Constituição de Estado Social, mitigada pela agenda política reguladora e subsidiária. Entretanto, nessa disputa pelos sentidos e efetividade constitucional, organiza-se a máquina administrativa, de maneira pouco visível e bastante refratária ao controle social. No trabalho em curso, analisa-se a publicidade administrativa enquanto princípio e enquanto prática, através de pesquisa bibliográfica. O princípio publicidade aparece como valor, tendo sua tessitura normativa amplamente reconhecida na literatura jurídica. Enquanto prática, aparece como política operacional associada aos interesses particulares dos agentes públicos. Tais interesses, secundários e privados, portanto, como promoção pessoal, não têm finalidade educativa e informativa nem justificativa pública. Assim, de maneira mais afeita ao controle mútuo entre os poderes, examina-se a possibilidade de controle dos mecanismos de publicidade administrativa pelo Judiciário, apontando-se algumas situações paradigmáticas.

**PALAVRAS-CHAVE:** publicidade administrativa, princípio, Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** The Modern State, in its genesis, proposes to approach the minimum function in its incipient liberal face. Subsequently, the State goes through various stages, it can be said that in Brazil, currently we would have a Constitution of the Welfare State, mitigated by the regulatory policy agenda and subsidiary. However, in this dispute by the senses and constitutional effectiveness, organizes the administrative machine, so matted and quite refractory to social control. In current work, we analyze the administrative publicity as a principle and as a practice, through bibliographic research. The principle publicity appears as value, and its normative texture largely recognized in legal literature. While practice appears as operational policy associated with the private interests of public officials. Such interests, secondary and private, so as a personal promotion, have no educational purpose and informative or public justification. Thus, more wedded way the mutual control of powers, examines the possibility of control mechanisms of administrative publicity by the Judiciary, by pointing to some paradigmatic situations.

**KEYWORDS:** administrative publicity, principle, Judiciary.

## I. INTRODUÇÃO

O Estado contemporâneo é uma construção historicamente recente, oriunda das revoluções e da desagregação dos sistemas feudal-monárquico. Congregando a idéia das liberdades civis, aparecem tentativas de frear o poder absoluto, cujos resultados consistem em documentos escritos – as leis.

A lei é um esboço de medida de segurança e isonomia, servindo mesmo como mecanismo abstrato de comparação. Como traços do Estado, têm-se as idéias de controle, por meio da lei e da repartição de poderes, e a do contratualismo, como esfera de consenso, legados de Montesquiéu e Hobbes.

Todavia, restringir os centros de comando era imperativo, de forma a que somente as tarefas primordiais fossem executadas pelo ente estatal: legislação pontual, representação e defesa externa, e mediação interna. Teríamos os poderes trabalhando no sistema de freios e contrapesos, com um delicado equilíbrio entre liberdade e contenção.

O Estado mínimo, porém, sofre mudanças, passando a social e interventor. Essa metamorfose significa inchaço estrutural, acúmulo de funções e feições gigantescas, como o dispositivo panóptico de que tudo vê e fiscaliza (RODRIGUES, 1997, p. 163). Tal fase ainda pode ser vista em muitos estados contemporâneos, como é o caso do Brasil. Segundo Bonavides (2006, p. 371):

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição do Estado anti-governo e anti-Estado, a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo e ao absolutismo no poder.

Não obstante a correção da assertiva, percebe-se que o Estado social acumula muito mais poder do que o Estado liberal, pela sua própria índole de coletivismo. Seu raio de ação é incomparavelmente maior, e esta Constituição peculiar não raro é prolixa e analítica. Fala-se em Constituição justamente por ser ela a lei que trata da ‘constituição’ estatal, ou dos elementos

conteudísticos e formais do Estado, tratando de sua proposição, organização e limites. Na situação Estado social, tem-se um considerável rol compromissário.

Esses compromissos, como percebidos, são de cunho primordialmente social, o que envolve a atuação do Poder Executivo, responsável por governar sob a vontade da lei (MELLO, 2000, p. 51). Talvez por isso, exista uma tendência notável a se identificar ‘Administração Pública’ com Poder Executivo. A Constituição Federal do Brasil de 1988, no entanto, em seu artigo 37, *caput*, trata da “*administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes*”, ou seja, do Executivo, Legislativo e Judiciário.

A noção é ressaltada porque a administração pública, em sentido técnico, não é a face político-funcional do Poder constitucional. Antes, é a forma de administração estrutural do Poder para a realização de seus fins. Poderíamos, então, pensar na administração pública como a situação burocrático-organizacional dos Poderes políticos, em sua procedimentalidade.

Também, com a observação, procura se desviar da idéia segundo a qual o controle da administração seria uma forma de interferência externa sobre um poder. Malgrado possa existir um caso em que a conseqüência seja esta, devido à imbricação do ato político com o seu aspecto técnico procedimental, há um grau de diferença qualitativa considerável do real mecanismo de freios e contrapesos, consoante o controle propriamente político (competência do Senado para autorizar o Presidente da República a declarar guerra, ausentar-se do país, competência do Senado para processar e julgar autoridades ou aprovar a escolha de magistrados ou ministros, exemplificativamente).

A distinção do plano pragmático nem sempre é tão clara, devido ao acúmulo de tarefas, em especial, do Poder Executivo, que também centraliza um feixe de poder ampliado. A natureza híbrida de certas ações, cujo fim é o político, mas cuja operacionabilidade é administrativa acentua o limite incerto. Também é no Poder Executivo que os atos de natureza finalístico-instrumental demonstram simbiose, tornando quase indiscernível o limite entre os aspectos.

A máquina burocrática do Executivo, não por acaso, é a mais extensa e aparelhada (veja-se a administração indireta ligada a esse poder). Seria de utilidade definir algum critério para distinguir, pelos problemas expostos, quando o Poder age na sua face político-jurídica definida constitucionalmente, e quando atua como máquina administrativa. Ressalta-se que um marco teórico distintivo é um gesto ensaístico incipiente, pois, como já afirmado, na prática, algumas vezes, a dissociação talvez não seja possível.

Uma possibilidade seria a identificação de função administrativa pelo Poder através dos critérios objetivo formal (pelo qual se examina o conteúdo da atividade) e formal (pelo qual se explica a função pelo regime jurídico em que se situa a sua disciplina) (CARVALHO FILHO, 2016, p. 4-5). No exame do conteúdo da atividade, examinam-se a tipicidade e o caráter de primariedade ou acessoriedade, e através da forma se verifica o regime jurídico próprio da atividade. O critério subjetivo ou orgânico pode auxiliar na compreensão da natureza do ato.

A identificação ganha peso, pois a idéia mais atual do estado é também a de um reforçado controle sobre a coisa pública sob uma noção redimensionada de legalidade. O Estado como *'res publica'*, à época das revoluções enfrenta a questão da titularidade do poder, expressa no poder constituinte como exercente. Assim, se, como enuncia a Constituição Federal, em seu artigo 1º, parágrafo único, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, o controle sobre os poderes e sua operacionabilidade aparece como legítimo requisito democrático.

A legalidade é estendida, a partir da absorção dos princípios no corpo da lei, com a distinção pela doutrina dos campos da legalidade (lei enquanto regra) e juridicidade (lei enquanto princípio) (MORAES, 2004, p 30). A norma é bipartida nas categorias ‘regras’ e ‘princípios’, de acordo com a classificação de Alexy, o que parece autorizar a compreensão dos princípios no próprio campo da legalidade expandida.

## II. PRINCIPIOLOGIA E PUBLICIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A ideia de princípio decorre da geometria, indicando verdades primárias (BONAVIDES, 2006, p. 225). Inseridas no Direito como proposições gerais ou dogmas axiológicos universais, constam de vários documentos legais como o Decreto-Lei 4.657 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), onde se lê: “*Artigo 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”. Neste sentido, os princípios são a ‘liga’ ou substância de integração do Direito, pela colmatação de suas lacunas.

Admite-se, assim, a idéia de princípio ínsito ao Direito, em uma fase anterior, mesmo que não houvesse preocupação em definir o seu conteúdo e explicitar sua justificação. Internacionalmente, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1945) prevê a aplicação dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas (artigo 38, 1, c).

É já na fase tida por pós-positivista que o ‘principalismo’ ganha força em formulações teóricas que esmiúçam sua juridicidade, ou grau de pertença ao Direito. Para Alexy, consistem em mandados de otimização, normas genéricas a serem cumpridas na medida das possibilidades jurídicas e fáticas.

Las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas (ALEXY, 1997, p. 83).

Com a ‘normatização’ dos princípios, muitas vezes inserido no texto legal, ultrapassa-se a fase da função somente integrativa, para a múltipla dimensionalidade: fundamentação, direção, supletividade e interpretação. O estado da teoria dos princípios é retratado em Bonavides (2006, p. 294), como tendo resultados já consolidados os seguintes: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, a transição crucial da ordem jusprivatista para a ordem juspublicística, suspensão da distinção entre princípios e normas, deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica, o reconhecimento da sua positividade e conseqüente perda da programaticidade, e a total *“hegemonia e preeminência dos princípios”*.

Pode-se ressaltar, assim, o aspecto normativo do princípio e sua constituição na legalidade. O redesenho do Estado brasileiro incluiu uma concepção diferenciada de Administração Pública, também sob a égide principiológica. Consoante a Constituição Federal, em seu artigo 37, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Se, como foi proposto, a legalidade já contém a dimensão principiológica, mormente sob essa nova compreensão, como se explicaria um princípio específico da legalidade? Entende-se que a legalidade é uma seara própria da ‘lei’, tomada como texto legal – que abrange regras e princípios. Tornada princípio, é fonte indiscriminada tanto de regras pertencentes ao ordenamento, como de outros princípios.

Aparentemente, a situação do princípio como categoria teórica basilar, cuja densificação revela um feixe de assertivas programáticas, direitos, faculdades e um eixo fático, pode ser

aceita sem maiores dificuldades. O princípio como conceito puro não expressa um significado completo em si mesmo, a não ser sob uma compreensão vastíssima. O princípio pode ainda encartar valores, mas não se confunde com eles, que constituem o bom ou o melhor, enquanto o princípio consiste no devido.

Usando, a pretexto de exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, teríamos “*um mandado prima facie no sentido de que, para o seu cumprimento, devem-se levar em conta as condições fáticas e jurídicas existentes*” (FARIAS, 2000, p. 53). O princípio relaciona-se a um feixe de regras pré-existentes, aplicável ao caso concreto, ou mesmo origina regras como comandos provindos da materialidade presente na norma principiológica aberta.

Segundo Carvalho Filho, o princípio da publicidade indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados (2016, p. 26), podendo ser concretizado por alguns instrumentos específicos, como o direito de petição, as certidões e a ação administrativa *ex officio* de divulgação de informação de interesse público (CARVALHO FILHO, 2016, p. 27).

É sobre a última classificação (ação administrativa *ex officio*) que recai a perspectiva do artigo. Conforme a Constituição Federal, acerca da publicidade institucional *ex officio* ou administrativa:

Constituição Federal, artigo 37, § 1º. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

A publicidade é princípio sobre o qual recai a atenção do legislador diversas vezes no corpo da Constituição, além de expressa menção como específico princípio da Administração Pública. Reflete a noção de transparência da coisa pública, ou a noção do que pode ser divulgado e visto por todos (ARENDRT, 1995, p. 59).

Habermas explica a categoria como própria da cidade-estado grega, onde a *pólis* é espaço comum dos homens livres e é designada por *koiné* (2003, p. 15). Perfazendo a trajetória do espaço público, cita a Idade Média como um modelo de difícil aplicação da concepção público/privado, apesar dos atributos de soberania serem aclamados de ‘públicos’ (p. 17-19). Posteriormente, “*a evolução da representatividade pública está ligada a atributos da pessoa. (...) em suma, um rígido código de comportamento ‘nobre’*” (HABERMAS, 2003, p. 20).

Ao tentar reconstruir os espaços públicos na gênese burguesa, porém, confunde-se o ‘estar no público’ ou publicidade com ‘opinião pública’, esta, por sua vez, confundida com vontade geral ou espírito do povo. Em Habermas, ocorre a duplicidade dos *topos* públicos entre esfera pública burguesa e Estado. A opinião pública é posta como um resultado mesclado através das diversas instâncias de visibilidade em que somente uns poucos têm acesso. Um conceito mais próximo da publicidade como princípio distinto de opinião pública mediatizada é o de Streck e Morais (2004, p. 182):

Como categoria iluminista, a opinião pública reflete o ideal da publicidade contra o segredo nos atos de governo – as luzes contra a sombra. Dito de outra forma, refere o embate entre o poder visível e o poder invisível, reforçando o caráter kantiano da publicidade do poder, fazendo com que o segredo apareça como não desejável no âmbito das decisões públicas, assim como sua denúncia.

Confunde-se com a idéia de acesso a esclarecimento, informação, participação e responsabilidade na gestão e tomada de decisões sobre questões públicas. O *topói* público passa a significar o que pertence a todos, e publicidade caráter do que é público, visível, transparente. Com o desenvolvimento dos media e a dinamização do Estado, ganha importância a publicidade institucional ou administrativa.

Isso porque o próprio Estado é arena de disputa política, sendo a publicidade institucional (das instituições) utilizada como afirmação de poder. Os agentes políticos utilizam o viés publicitário para fortalecer suas imagens e diminuir seus atritos com o corpo social e os quadros de comunicadores, por meio de ‘subvenções’ aos meios de comunicação social. “*Com efeito, se adoça com o nome de ‘subvenção’, com a indulgência deste honesto eufemismo, a dilapidação e o peculato cometidos, com rosto sereno e mãos largas, pelos governos que assalariam jornais*” (BARBOSA, 2004, p. 53).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se manifestou acerca deste tipo de controle:

Si bien se há avanzado con algunas reformas legales y buenas prácticas, en la mayoría de los países de las Américas subsiste una falta de regulación que favorece la discrecionalidad en la distribución de presupuestos publicitarios estatales que en algunos casos se miden en millones de dólares. Ello fue señalado por diversas organizaciones de la sociedad civil de la región en una audiencia llevada a cabo ante la CIDH el 29 de octubre de

2010 en Washington D.C.19. Allí se indicó que la falta de regulación adecuada es la principal causa de que los presupuestos publicitarios puedan ser utilizados para influir en los contenidos de los medios de comunicación (CIDH, 2012, p. 8).

Sobre tal prática, questiona-se acerca da possibilidade de controle jurisdicional, visto não ser tal publicidade, como demonstrado, a realização do princípio da publicidade administrativa, mas sim um mecanismo de formação induzida da opinião pública, às vezes capitaneado por campanhas publicitárias faraônicas.

### **III. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL E CONTROLE JURISDICIONAL.**

Tem-se por correto que a publicidade institucional não é a realização do princípio publicidade, nem se caracteriza por atividade primária própria dos Poderes constituídos ou da própria Administração Pública. Seu regime jurídico, tampouco, é totalmente publicístico, dado não encetar o seu feixe de prerrogativas e fins. Pela compreensão do artigo 37, parágrafo primeiro da Constituição Federal, a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deve ser educativa, informativa ou orientadora, e ainda, impessoal.

Vê-se a discricionariedade presente, com a disciplina no modo do exercício da publicidade, com o resgate da idéia do dispositivo panóptico de visibilidade, concepção de Jeremy Bentham.

Trata-se, de facto, de um modelo arquitetônico para a construção das prisões modernas (...). O panóptico comporta, antes de mais, uma componente ocular de vigilância universal e permanente, graças à transparência total do espaço e dos corpos vigiados e à completa opacidade da torre central e do vigilante que a habita (RODRIGUES, 1997, p. 163-164).

Com a publicidade institucional, verifica-se que o gigantismo do Estado permite sua imiscuidade em praticamente todos os campos, ao passo que sua estrutura é opaca. A publicidade institucional, em muitas das vezes, opõe-se ao princípio publicidade, sendo-lhe antitético, por se referir à seleção de pontos de abertura informacional possivelmente sem valor real. Ao invés de informação, dissemina-se poder, com o deslocamento de focos obscuros de

segredos não partilhados. A gestão do espaço público pelo discurso midiático, marcadamente publicitário, é técnica enunciativa e performática dos simulacros.

Tanto é assim que a expressão ‘publicidade’ é usada em sentido comercial, corrigindo-se a distorção de tratamento indistinto que diversos documentos legais dão aos termos ‘publicidade’ e ‘propaganda’. A publicidade tem a conotação de venda de produtos ou idéias, enquanto a propaganda se refere à propagação ideológica, geralmente não associada à idéia de um ganho monetário.

De qualquer maneira, garante-se a possibilidade da prática da publicidade institucional, havendo um direcionamento disciplinar de conteúdo modal, como já afirmado. O exercício da publicidade, depreende-se, é discricionário, não-vinculado. Adota-se o conceito de discricionariedade de Moraes:

Sob o critério formal ou negativo, tem-se definido a discricionariedade como margem de livre decisão não regulada ou parcialmente regulada pelo Direito, atribuída pela norma à Administração como a possibilidade de escolha entre várias soluções jurídicas (2004, p. 37).

Três elementos seriam essenciais para o conceito de discricionariedade: o complemento da previsão aberta da norma, a margem de livre decisão e a ponderação valorativa de interesses concorrentes (MORAES, 2004, p. 41). Em Mello, a admissão da discricionariedade é vinculada à idéia de função e de poder-dever, já que é impossível à lei, como baliza objetiva da discricção, descer à previsão de todas as possibilidades.

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2000, p. 48).

A nota distintiva da discricionariedade administrativa parece ser a liberdade, uma liberdade finalística, condicionada e restrita pelos princípios e pelas regras do ordenamento jurídico. Não se confunde com livre disposição nem com arbítrio, já que se liga à situação de bens de ‘outrem’. Diz-se que ao agente público é facultada a análise da conveniência e da

oportunidade, dentro da esfera do mérito da questão. Não obstante essa prerrogativa da Administração existir, ela não é de cunho absoluto, como visto, sofrendo limitações.

A abertura normativa compõe a discricionariedade que, segundo Moraes (2004, p. 46-47), pode ser: discricionariedade quanto aos pressupostos, de decisão (agir ou não agir), de escolha optativa (opção de uma conduta entre várias opções previstas na norma lacunosa), de escolha criativa (colmatar os efeitos jurídicos descritos de forma lacunosa). Como se percebe, falar de controle de discricionariedade implica verificar o grau de completude, pelo administrado, da norma abstrata. Ou do alcance da atuação administrativa de complementar a norma, preenchendo seus vazios, que nada mais são do que espaços de prognose.

Salientou-se, já, a extensão do estado social, característica do esboço constitucional. Embora ainda não concretizado no Brasil o Estado social, os encaminhamentos são dados no sentido daquele programa. A máquina administrativa, especialmente do Poder Executivo, é extensa e articulada burocraticamente (em si uma tentativa de controle e organização).

Cabe dizer que, apesar da dificuldade de mobilidade de um ente abissal como esse, a ideologia que se infiltra no campo administrativo brasileiro é a do regime jurídico publicístico mesclado com a lógica empresarial/administrativa privada. Em parte, isso se deve ao próprio credo do capitalismo internacional triunfante, que precisa de estruturas mais fluídas e pressiona para mecanismos de controle mais flexíveis e dinâmicos.

Como exemplo, pode-se citar a expansão da Administração Indireta, mormente a figura das agências como descentralização do poder em campos de autonomia localizados. A própria liberdade de discricionariedade aponta para o processo de planejamento/prognose, o que se refere à avaliação de resultados e redução dos riscos, na busca dirigida a um fim específico. Na Lei 9784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal, as normas básicas do procedimento são postas *“visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”*.

A Lei 9784/99 reflete o ideal de administração pública com racionalidade privativa, na menção a conceitos porosos como *‘adequação entre meios e fins’* (artigo 2º, VI), e obediência aos princípios da *‘legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência’* (artigo 2º, *caput*).

A eficiência é, porém, a pedra de toque desse sistema dúplice. Princípio inserido com a Emenda Constitucional nº. 19 (1998), introjeta o modelo de produção capitalista de controle de

recursos, como tempo, recursos humanos, recursos materiais, sob a ótica da precisão sob um molde plástico adaptável. A hierarquia pura e simples cede espaço ao controle do mensurável/enumerado sobre uma base cooperativa de divisão de competências.

Em vista disso, o controle jurisdicional sobre a discricionariedade tem sido equacionado em um plano de muitas variáveis, mormente sob a justificativa de que o Judiciário não pode se sobrepor ao juízo de oportunidade/conveniência do administrador. Ao invés de falar em controle de mérito, opta-se por controle de juridicidade dos atos administrativos, o qual se divide em controle de legalidade e controle de juridicidade *stricto sensu* (MORAES, 2004, p. 49), ou de regras e princípios.

O que tem sido ventilado é que não há discricionariedade *contra legem*, e como a lei inclui os princípios, há de se entender que contra estes, também inexistente discricionariedade. Segundo Mello (2000, p. 51):

Com efeito, existe entre a atividade administrativa e a lei uma relação de subordinação, isto é, 'sub-ordenação', ordenação inferior. (...) Com estas colocações iniciais, desejamos salientar, enfaticamente, que a atividade administrativa, para manter-se afinada com os princípios do Estado de Direito e com o regramento constitucional brasileiro, necessita ser exata e precisamente uma atividade pela qual se busca o atingimento dos fins pré-traçados em lei.

Circunvizinha da concepção de eficiência privatista (redução dos custos, otimização da produção, redistribuição do poder em pontos nodais, tempo como insumo, operacionalidade fluída pela redução burocrática e simplicidade formal), tem-se o comando publicista da lei que, embora deixe espaço para o exame discricionário, determina a finalidade buscada, e assim a função específica da liberdade permitida.

Há um caminho pré-traçado, onde os espaços e reconstrução não são tão amplos. O conceito aberto semanticamente ou indeterminado da lei não é óbice à concretização do caminho pré-posto, dado que é ínsito em um ambiente funcional com racionalidade própria. O comentado controle da Administração forma um micro-sistema, onde se destacam os seguintes textos legais:

Constituição Federal.  
Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.

Artigo 5º. (...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

(...)

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular a que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Artigo 37, A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e os municípios obedece aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Lei 9784/1999 ((Regulamenta o Processo Administrativo)

Artigo 2º. A Administração Pública obedecerá, entre **outros**, aos princípios de legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

De maneira que o controle é possível nos casos em que o órgão, entidade ou autoridade age de forma lesiva aos princípios ou no tocante aos casos enumerados no artigo 2º da Lei 4717/65 (Ação Popular), ainda que essa lesão não seja descrita em dano material imediato. Se embargo dos mecanismos de controle já elencados, parece possível a análise dos atos administrativos pelo Poder Judiciário no tocante à legitimidade e economicidade (artigo 70, Constituição Federal).

Embora o artigo 70 da Constituição se refira ao controle de cunho contábil, financeiro e orçamentário, externamente pelo Congresso Nacional e internamente por cada Poder, o controle de legitimidade relaciona-se à moralidade administrativa, relevada no artigo 5º da CF. Já o controle de economicidade “*enseja a verificação, pelo órgão controlador, da existência, ou não, dos princípios da adequação e da compatibilidade, referentes às despesas públicas*” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 1066). Tal exame de compatibilidade remete ao princípio da proporcionalidade, proporção em sentido matemático de medida.

O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização da respeito máximo, na medida do jurídico e faticamente possível, a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), tem um

conteúdo que se reparte em três ‘princípios parciais’ (*Teilgrundsätze*): ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ ou ‘máxima do sopesamento’ (*Abwägungsgebot*), ‘princípio da adequação’ e ‘princípio da exigibilidade’ ou ‘máxima do meio mais suave’ (*Geot des mildesten Mittels*) (GUERRA FILHO, 2005, p. 405-406).

O controle dos atos administrativos encontra um arsenal substancial, sendo necessário intentar algumas possibilidades de aplicação pelo Judiciário. Como inferido de nossas considerações, a publicidade oficial é esfera de atuação que merece zelo. Primeiramente, por não se confundir com o princípio da publicidade e nem realiza-lo; as vezes, ao contrário, contribuindo para uma seleção de valores cujos beneficiários são os próprios agentes públicos.

Embora o subsídio ou subvenção seja permitido em lei, na forma da publicidade, há que se atentar para a finalidade de tal patrocínio governamental não degenerar em sua moralidade administrativa.

Os vícios eleitorais, a propaganda dirigida, a manipulação da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação, a serviço da classe dominante, que os subornou, até as manifestações executivas legisferantes exercitadas contra o povo e a nação e a sociedade nas ocasiões governativas mais delicadas, ferem o interesse nacional, desvirtuam os fins do Estado, corrompem a moral (BONAVIDES, 2001, p. 25).

No estudo ora realizado, propõem-se algumas bases ou premissas para o controle da publicidade governamental ou oficial, realizada sob a forma de publicidade administrativa. Isso porque, em regra, o plano de comunicação institucional é realizado por assessorias de comunicação que compõem o órgão de comunicação estatal, sendo parte das ações executadas por agências e profissionais externos. Em regra, são jornalistas, publicitários, relações públicas e cientistas sociais, responsáveis pela análise de imagem do governo e pela proposição de ações midiáticas, ou de como capitanear ganhos de público.

Insiste-se no ponto repisado da opinião pública, ou na existência de diferentes níveis de opinião pública: o campo da opinião flutuante que é estatisticamente auferida em pesquisa – a norma federativa do ‘homem médio’ (MATTELART, 2002, p. 42), e o campo da fabricação de uma opinião publicizada pelos veículos de comunicação. Os assessores de comunicação trabalham, por óbvio, com os dois níveis, partindo do primeiro (dado) para modelar o segundo, sobre uma cuidadosa avaliação e seleção de valores informativos.

Como a norma é finalística, a incidência do controle jurisdicional pode recair sobre o conteúdo da publicidade como ato administrativo, a saber, se ele cumpre a destinação é regular e legítimo. Conforme o artigo 37, § 1º da Constituição, a publicidade terá “*caráter educativo, informativo ou de orientação social*”.

Não extrapola a discricionariedade os limites da função imposta na lei. No caso em exame, a publicidade é função, devendo servir para os fins de educação, informação ou orientação social. A abrangência polissêmica poderia fazer destes conceitos um campo aberto a quaisquer divagações, o que, entretanto, não ocorre.

### **III. PARÂMETROS DE CONTROLE: TEORIA PRINCIPIOLÓGICA E PRÁXIS JURISDICIONAL.**

A administração serve ao interesse público, e não ao interesse do público (espectador) ou do governante ou administrador (individual). Embora num limite crítico, o interesse público é um bem comum, de interesse do corpo social. O conceito técnico de interesse difuso como direitos “*transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*” (artigo 81, Lei 8.078/90) pode lançar alguma luz sobre o tema.

A educação, informação ou orientação que serve ao interesse público deve ser examinada também à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da moralidade administrativa, pois tal publicidade não é eleitoral, partidária gratuita ou comercial puramente, mesmo que inserida no circuito comercial.

Critério de verificação do atendimento da finalidade do ato, no caso, será ainda a análise da motivação: que pressupostos fáticos e jurídicos inspiraram a necessidade administrativa de tal publicidade? Uma vez que motivo não se confunde com móvel (intenção, finalidade subjetiva, pessoal de autoridade), o exame do móvel “*ganha relevo na teoria do desvio de poder com intenção viciada – ao passo que o motivo é realidade objetiva, cuja existência precede o ato e é condição de sua validade*” (MELLO, 2000, p. 88).

O controle jurisdicional se justifica pois não se sobrepõe ao mérito como exercício do administrador, mas apenas à exorbitância do mérito, já que “*a sindicabilidade jurisdicional não reside na reavaliação do mérito, mas na verificação de sua conformidade a esses limites legais*” (MOREIRA NETO, 1989, p. 62-63).

Outro ponto possível de incidência do controle jurisdicional é a forma ou procedimentalidade na contratação de tais serviços. Como já dito, o setor de comunicação é o *locus* funcional vocacionado para a formatação das campanhas publicitárias da administração pública, sendo esta atividade ou parte dela transferida a terceiros.

Uma campanha publicitária é um conjunto de peças publicitárias com um lógica interna, envolvendo diversas etapas, que vão, por vezes, desde a criação da identidade visual (marca, símbolo, slogan) até as peças direcionadas às mídias distintas (jornal, rádio, TV). Como é sabido, a publicidade é atividade técnica submetida ao princípio da licitação pública. Com efeito, dita o texto legal.

Lei 8.666/1993 (Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública).

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (...)

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se: (...)

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Repisado tópico da exigência da licitação para os serviços de publicidade, cumpre verificar que nem sempre tal critério é respeitado. Uma vez que a própria lei exige (forma comissiva ou positiva) a licitação, e veda a inexigibilidade (Lei 8666/93, artigo 25, II – (...)) vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação), restou aos administradores públicos de má-fé a decomposição do contrato de serviços único de publicidade em pequenas partes.

Ou seja, não se licita o serviço integral da campanha, preferindo-se contratar por peças. Faticamente, a campanha não é quebrada, bastando examinar a unicidade da proposta de identidade visual e a contratação da mesma agência, afiliada ou mesmo profissional para o serviço. A fragmentação é apenas formal, para permitir a dispensa da licitação pelo baixo valor (Lei 8666/93, artigo 24, II c/c artigo 23, II, a).

A burla administrativa incide sobre a legalidade em sentido amplo, ou seja, sobre regras e princípios, em incontestável fraude à licitação, donde não cabe falar em discricionariedade – e sim de sua exorbitância. A finalidade legal cede à escolha pessoal, pelo administrador, do prestador de serviços administrativos.

Outra hipótese de sindicabilidade judicial é a situação de campanhas administrativas de vulto, com veiculação na grande mídia eletrônica, contratadas por um elevado custo. Cabe fazer uma observação: alguns formatos publicitários oferecem uma face jornalística, disfarçando sua real natureza. É o caso de programas de entrevistas curtas com agentes públicos veiculadas periodicamente, com profissionais do jornalismo à frente.

Sendo a veiculação feita através de cadeias de rádio e TV comerciais, com custos comerciais, a feição real é publicidade, não importa o molde que se oferte. Assim, observados os custos totais do orçamento público com ações de promoção da administração, a saber, gastos publicitários; compete ao julgador a reflexão acerca da proporcionalidade envolvida. Isto porque a Administração tem uma racionalidade intrínseca da juridicidade, cujas bases são ainda sua vocação funcional (fins) e seu arcabouço estrutural (meios).

Há de existir um cimento de molde a efetivar essa correlação (fins-meios), e este elemento de integração é a principiologia administrativa. Se a finalidade da administração é realizar o bem comum, e os meios ou recursos envolvem receitas orçamentárias, há que se tratar estas com um o zelo obrigatório do gestor de coisa alheia.

Em Direito, esta voz função quer designar um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que deve ser obrigatoriamente atendida por alguém, no interesse de outrem, sendo que, este sujeito – o obrigado – para desincumbir-se de tal dever, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do interesse alheio que está a seu cargo prover (MELLO, 2000, p. 13).

O interesse da sociedade é que deve ser preservado, em detrimento do interesse do administrador. Um possível critério para se verificar a proporcionalidade envolvida nos gastos totais com publicidade no exercício orçamentário-financeiro anual é o sopesamento destes com os investimentos sociais no campo da saúde e educação, que, por certo, devem ser incomparavelmente superiores. Mas, como dito, o exame não deve se ater apenas ao custo de cunho quantitativo, mas, sobretudo qualitativo, a ver, da base de racionalidade proporcional nas escolhas feitas. Fala-se de saúde e educação por serem elementos objetivos de cuidado e

vigilância constitucional, transformados em princípios constitucionais sensíveis, podendo a sua violação acarretar intervenção, grave ato político (CF, artigo 34, VII c/c artigo 212).

Em recente controle, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se durante o procedimento de impeachment da presidenta Dilma Rousseff. Segundo o jornal Folha de São Paulo, na editoria Poder:

STF suspende crédito extra de R\$ 100 mi para publicidade da Presidência - O ministro do STF (Supremo Tribunal Federal) Gilmar Mendes determinou a suspensão de crédito extra de R\$ 100 milhões destinados à Presidência da República para gastar mais com publicidade. O ministro concedeu uma liminar (decisão provisória) em uma ação apresentada pelo Solidariedade ao STF questionando a constitucionalidade da medida provisória 772, publicada pelo governo na sexta (29). Essa MP abriu crédito extraordinário de R\$ 180 milhões, sendo R\$ 100 milhões destinados para a Presidência gastar com comunicação institucional e com publicidade de utilidade pública e R\$ 80 milhões para o Ministério do Esporte. O partido afirmou ao STF que a verba seria destinada "a fins pessoais e partidários" em meio à crise política, quando se discute o impeachment da presidente Dilma Rousseff. "Diante deste momento sombrio, estamos nos deparando com todo tipo de práticas espúrias e ilícitas de nossos governantes, visando um único objetivo: a perpetuação do poder", afirmou a legenda, que classificou o uso dos recursos como um "flagrante desperdício de dinheiro público" num momento atípico pelo qual passa o país. Na decisão, Gilmar afirmou que não entra no mérito sobre o tipo de gasto, mas avalia que essas despesas não correspondem aos critérios previstos pela Constituição para a edição de medida provisória para créditos extraordinários (Falcão, Folha de São Paulo, 01/05/2016).

Por fim, recai o controle do Judiciário sobre as vedações acerca da publicidade administrativa, algumas elencadas no artigo 37, § 1º da Constituição Federal, como a inserção de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. A personalização na publicidade é, entretanto, quase uma regra, sob formatos camuflados. Somente no caso concreto é que o juiz poderia aferir o desrespeito à essa regra.

Exemplo interessante que se coloca é a narrativa da escolha de logomarca do governo federal pelo vice-presidente Michel Temer, pelo mesmo jornal e na editoria Ilustrada:

Marca da administração do presidente interino, Michel Temer, com o lema da bandeira - "Quando entrou na sala, ele

olhou e falou 'que lindo', com uma expressão de criança mesmo, verdadeira e emocional. Se uma criança gosta, é porque a gente tem algo puro, tem algo bom na mão. Foi o Michelzinho quem escolheu a marca." Elsinho Mouco, o publicitário por trás da nova identidade visual do governo do país sob comando de Michel Temer, fala extasiado sobre o momento em que o filho de sete anos do presidente interino se encantou pela imagem que seu pai vai usar para simbolizar e vender o atual momento político. Das duas versões mostradas às vésperas do afastamento da presidente Dilma Rousseff a Temer e sua mulher, Marcela, na casa da família em São Paulo, Michelzinho gostou daquela em que a esfera celeste com uma faixa que diz "Ordem e Progresso" flutua sobre a palavra "Brasil" vista em perspectiva, logo abaixo do globo. Esse recurso ao lema da bandeira nacional não é um acaso. Tem a ver com a explosão de verde e amarelo que tomou conta das ruas nos movimentos contra a administração petista, alvo de marchas históricas pelo país, como a que levou meio milhão de manifestantes à avenida Paulista em março, o maior ato político já registrado em São Paulo. Mas mesmo que tenha encantado os Temer num momento fofo dos bastidores do marketing político, o gosto de Michelzinho não reflete as tendências do design atual (MARTI, FOLHA DE SÃO PAULO, 16/05/2016).

O controle dos valores principiológicos é passível de seletividade e porosidade, o que pode tornar o controle jurisdicional um exercício de arbítrio. Aqui, o valor da publicidade é prejudicado em uma leitura sistêmica, pela violação da impessoalidade. No afã de conquistar o *status* de líderes carismáticos (classificação de poder tipo de weberiano), os políticos brasileiros apelam a diversas estratégias, em dissonância com o modelo constitucional.

Outra norma a ser observada, esta de caráter principiológico, é a máxima informatividade da ação publicitária, o que supõe a máxima veracidade. Assim, o excesso de eufemismo e poetização da realidade, em um quadro supersimplificado e caricatural, deve ser visto com reservas, devido à possibilidade de conduzir a interpretações equivocadas.

Em uma comparação das tipologias normativas de Alexy (regras e princípios) (1997, p. 83) e Dworkin (regras, princípios e políticas) (1978, p. 22-26), teríamos o uso da publicidade administrativa enquanto política diretriz de desmandos e desvirtuamento do princípio-valor constitucional. A discricionariedade da administração não poderia suplantar, no caso, a boa-fé e os direitos dos administrados, *ratio* final administrativa.

Para o momento atual da democracia, importa perceber que as ações publicitárias estão envolvidas nos graves escândalos de corrupção, o que autorizaria pensar em um modelo específico de *compliance* para as empresas de comunicação e publicidade.

O Brasil editou a Lei Anticorrupção para o setor privado (Lei Nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), estabelecendo, mesmo que de forma indireta, a necessidade de compliance (art. 7º, VIII) e inaugurando um marco legal de governança corporativa. (...) O termo compliance designa uma política regulatória anticorrupção para o setor privado em suas relações com o Estado, concebendo um conjunto de procedimentos de fiscalização, ética corporativa e auditoria para as empresas enquanto setor econômico privado. De forma simples, significa cumprir, obedecer às normas, “estar de acordo” (GÓIS, 2014, p. 99-100).

O CENP (Conselho Executivo das Normas-Padrão), entidade privada criada e organizada com base na legislação brasileira, gerida pelas entidades nacionais representativas das associações e empresas Associação Brasileira de Anunciantes, Associação Brasileira de Agências de Publicidade, Federação Nacional das Agências de Propaganda, Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, Associação Brasileira de Televisão por Assinatura, Associação Nacional de Editores de Revistas, Associação Nacional de Jornais, Central de Outdoor, Associação Brasileira de Mídia Digital *Out Of Home* e *Interactive Advertising Bureau*, editou o Documento de Orientação Ética I, “Compliance na publicidade: *Compliance* e proposições éticas na autorregulação da publicidade”, onde tenta equilibrar a autorregulamentação do setor de mídia e a Lei Anticorrupção para o setor privado. No documento, o CENP recomenda:

- O Conselho de Ética do CENP DEVE sempre buscar soluções conciliatórias e atuar como um instrumento de concórdia entre os agentes em litígio e NÃO PODE, antes disso, emitir nenhuma manifestação sobre situação de *non compliance*.
- Antes de declarar a situação de *non compliance*, tomando as devidas providências estatutárias, o Conselho de Ética DEVE instaurar procedimentos em duas instâncias, a Câmara de Conciliação e Mediação e a Câmara de Arbitragem e Conflitos Éticos, nas quais DEVEM ser sempre oportunizadas aos agentes a ampla defesa e a possibilidade de conciliação.
- Caso, de início, já se verifique a inexistência de problema ético, o presidente do CENP PODE recomendar que o procedimento seja arquivado.
- Por meio de sua Câmara de Conciliação e Mediação, o Conselho de Ética DEVE tentar viabilizar um acordo entre os agentes, de modo que os mesmos retornem, voluntariamente, à situação de *compliance*.
- Caso as tentativas de acordo perante a Câmara de Conciliação e Mediação se revelem infrutíferas, persistindo o conflito ético, o procedimento deverá ser remetido à Câmara de Arbitragem e Conflitos Éticos, na qual os

conselheiros votarão, sempre após garantida ampla liberdade de defesa e exposição das razões das partes, para decidir se os agentes estão em situação de *non compliance*.

- O Conselho de Ética NÃO PODE estabelecer multas para os agentes em situação de *non compliance*, tampouco decidir sobre qualquer matéria distinta da interpretação das Normas-Padrão da Atividade Publicitária por falta de competência.

- A atuação do Conselho de Ética é matéria tratada sob sigilo, dela tendo conhecimento apenas e tão somente aqueles que analisam em nome do CENP os fatos apurados, aqueles que os apuram e as partes interessadas, sendo a decisão meramente declaratória de *non compliance* comunicada aos representantes das partes envolvidas na controvérsia e dela dada ciência para os veículos e associações de veículos credenciados junto ao CENP (CENP, 2014, p. 29-30).

A configuração da democracia envolve arranjos novos diante de desafios novos, de forma que o Poder Judiciário é colocado como árbitro dessas questões. Um exemplo desses novos arranjos é a subvenção a blogs políticos, no âmbito da Internet, pelos agentes estatais, com verba pública.

O Judiciário é, assim, não o substituto do administrador, mas da sociedade no controle de seus agentes. De modo que “*os critérios de controle jurisdicional da atuação administrativa não vinculada extraíveis do texto constitucional consistem nos princípios de Direito e na proteção aos direitos fundamentais*” (MORAES, 2004, p. 162).

Os administrados devem passar a ocupar o lugar central nas preocupações e ações administrativas, em outro desafio – da democracia representativa a instrumentos de participação direta - como já ocupam na Constituição e na legislação infraconstitucional. A legalidade, cujo tecido, e tanto a regra como o princípio impõem uma nova compreensão da discricionariedade; e o rearranjo dos Poderes e de seus mecanismos de controle, dentre os quais o principiológico desponta como um dos mais eficientes, exigem dos seus atores um novo conjunto de posturas e reflexões.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 7ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Editora Papagaio, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_ *Curso de Direito Constitucional*. 18e. São Paulo: Malheiros, 2006

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016.

CENP (CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO). *Compliance na publicidade: compliance e proposições éticas na autorregulação da publicidade*. São Paulo, 2014, CENP.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresion. OEA documentos oficiales, 2012.

DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FALCÃO, Márcio. In: Folha de São Paulo. *STF suspende crédito extra de R\$ 100 mi para publicidade da Presidência*. 01/05/2016. Acesso em: 16/05/2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1766725-stf-suspende-credito-extra-de-r-100-mi-para-publicidade-da-presidencia.shtml>>

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de princípios*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000.

GÓIS, Veruska Sayonara de. *A Lei de Compliance e sua Configuração Enquanto Política Pública Regulatória para o Setor Privado Brasileiro*. In: Revista Controle. Volume XII. Nº2. Dezembro 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MARTÍ, Silas. In: Folha de São Paulo. *Marca do governo Temer foi escolhida por Michelzinho, seu filho de 7 anos*. 16/05/2016. Acesso em: 16/05/2016. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2016/05/1771597-marca-do-governo-temer-foi-escolhida-por-michelzinho-seu-filho-de-7-anos.shtml>>

MATTERLART, Armand. *História da sociedade da informação*. São Paulo: Loyola, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

RODRIGUES, Adriano Duarte. *Estratégias da comunicação*. 2ed. Lisboa, Portugal: Editorial Presença, 1997.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.