

Fernando Fortes

Parecer

A Remuneração das Agências de Propaganda,
Em Face da Lei N° 4.680/65 e seu Regulamento,
Decreto N° 57.690/66.

Vigência, Validade E Eficácia Atuais.

(Em 14 de Novembro de 1996).



ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE

Fernando Fortes

Parecer

A Remuneração Das Agências de Propaganda,
Em Face Da Lei Nº 4.680/65 e seu Regulamento,
Decreto Nº 57.690/66.

Vigência, Validade E Eficácia Atuais.

(Em 14 de Novembro de 1996).

Dr. Fernando Fortes Advogado

Re-Edição - Março de 2004

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE PROPAGANDA (ABAP), por sua Direção Nacional, consulta-nos sobre a interpretação das normas que regem a atividade publicitária no País, nomeadamente sobre as que cuidam da remuneração das empresas que representa.

Segundo sua exposição, a regulação vigente, editada em 1965/1966, e efetiva e pacificamente praticada desde então e até os tempos atuais, fixa essa remuneração, para uma parcela expressiva das atividades das Agências de Propaganda, em percentuais mínimos sobre certa base de cálculo, sendo considerada concorrência desleal, por norma estatal, a prática de preços inferiores.

O motivo imediato da consulta é a contratação recente, por sociedades de economia mista federal reciprocamente afiliadas, de Agências de Propaganda, mediante licitação conduzida sob a modalidade de “melhor técnica e preço”, e onde foi exigida das licitantes proposta comercial em padrões inferiores aos mínimos previstos na disciplina da atividade e praticados nessas três décadas. O motivo da exigência, segundo consta, teve origem em um precedente, sucedido com uma daquelas sociedades, em que a Agência vencedora ofertou espontaneamente preços menores que o mínimo legal, calculado, segundo mais tarde esclareceria aquela proponente, a partir de critério que representaria a média dos percentuais previstos.

Além da análise da regularidade desse procedimento, da legalidade de exigências similares que venham a ser feitas em certames futuros, e de outros aspectos atinentes à remuneração das Agências, sob as luzes das normas que lhe sejam aplicáveis, solicita-nos a consulente comentários mais dilargados sobre a legislação da propaganda, em face da ordem constitucional inaugurada em 1988.

Exposta a questão, passamos a opinar.

1. É fato notório e pacífico, tanto que sobre ele não se controverte, que a atividade publicitária no País é regida por dois grandes grupos de normas: i) o primeiro, composto de regras oriundas do Estado, mais exatamente da União, dotadas pois do poder de império, de força cogente, de exigibilidade coativa; e ii) o segundo,

resultado de iniciativa pioneira, integrado por normas convencionadas entre os agentes interessados - anunciantes, veículos de divulgação e agências de propaganda_ - e agrupadas, entre outros documentos, no Código de Ética, no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária e nos estatutos do Conselho criado para sua aplicação (CONAR) e que, se não dispõem da eficácia jurídica daquelas, vêm ostentando inegável eficácia social, por sua observância praticamente irrestrita ao longo de 30 anos.

2. As normas estatais, como é ressabido, estão consubstanciadas na Lei Federal nº 4.680, de 18 de junho de 1965, e seu Regulamento, aprovado pelo Decreto Nº 57.690, de 1º de fevereiro de 1966. Embora anunciem em suas ementas o objetivo de dispor sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda, referidos atos normativos têm alcance bem mais alto, regulando vários outros aspectos da atividade publicitária.

3. A comprová-lo está o artigo 17 da Lei Nº 4.680/65, que, sobre se referir à regulação da “atividade publicitária nacional”- transcendendo dessarte o âmbito da simples disciplina das profissões de Publicitário e Agenciador de Propaganda - trouxe para seu conteúdo, integrando-os a seus mandamentos, “os princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro”. Tais princípios e normas, portanto, de origem privada e convencional, foram convertidos, por deliberação do Congresso Nacional, em normas de direito positivo contidas em lei formal, pelo que assumiram os mesmos predicados de força cogente e eficácia coativa de todas as demais regras daquela Lei de Regência.

4. Logo na letra desse artigo 17, a atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda.

5. Do exame apenas da Lei, antes mesmo do percurso por seu Regulamento, é possível pinçar que a remuneração típica das Agências de Propaganda não é o chamado “desconto de agência”, como defendem respeitáveis e abalizadas vozes, seja ou não a origem

mais copiosa de receitas.

6. Se a atividade de propaganda é feita por ordem e conta de Clientes Anunciantes, e com o objetivo de promover a venda de (seus) produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições que se colocam a serviço da coletividade (artigo 2º) é imperativo lógico e apreensível pelo senso comum que a correspondente remuneração seja contraprestada pelo beneficiário desses serviços. Assim só não seria se houvesse regra em contrário, apenas justificável por razões de ordem pública ou de interesse social.

7. Tal não se dá, contudo: a relação de prestação de serviços entre os Clientes Anunciantes e as Agências, tendo como objeto o estudo, a concepção, a execução e distribuição de propaganda, por ordem e conta daqueles, aos Veículos de Divulgação, é, por natureza e definição legal, de natureza contratual, e onerosa. Se assim não fosse, não se trataria de propaganda, pois a Lei Nº 4.680 a define, para os efeitos nela previstos, como “qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado” (artigo 5º).

_ Manteremos, nestas considerações, a denominação de “Agências de Propaganda” e não “de Publicidade”, ou uma terceira, mais abrangente, que seriam mais apropriadas para a correta identificação das atividades que produzem, porque a primeira foi a adotada nas normas de direito positivo que regulam este ofício (Agência e Agenciador de Propaganda), embora o profissional mais diretamente vinculado às tarefas artísticas e técnicas seja denominado, nas mesmas normas, de “publicitário”.

8. Se a propaganda é, de conseguinte, qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, empreendida por um anunciante identificado, regra que será ratificada por outras, que vedam a prestação gratuita desses serviços, há de ser esse anunciante o responsável principal por remunerá-la. Essa remuneração típica, porque diretamente relacionada com os serviços prestados pelas Agências aos Clientes Anunciantes, como se verá adiante, é chamada de “honorários” pelo Regulamento.

9. A segunda fonte de receita das Agências provém, não da relação entre estas e seu Cliente, mas daquela que estabelecem com os Veículos. Estes lhes devem conceder um desconto sobre os preços de veiculação fixados em suas respectivas tabelas. Referido desconto, pelos termos em que previsto na Lei, é obrigatório, mas não é por ela qualificado como remuneração, no sentido técnico de contrapartida de um serviço. O pagamento feito pelos Veículos a título de autêntica “remuneração” é chamado de “comissão” e é devido, não às Agências, mas aos Agenciadores de Propaganda, isto é, aos profissionais que, vinculados aos Veículos, a estes encaminham propaganda por conta de terceiros. É o que dispõe, realmente, o artigo 11 da Lei:

“A comissão, que constitui a remuneração dos Agenciadores de Propaganda, bem como o desconto devido às Agências de Propaganda, serão fixados pelos Veículos de Divulgação sobre os preços estabelecidos em tabela”.

10. De notar que os dois pagamentos são reservados, com absoluta exclusividade _, àquelas pessoas expressamente designadas, já que “não será concedida nenhuma comissão ou desconto sobre a propaganda encaminhada diretamente aos Veículos de Divulgação por qualquer pessoa física ou jurídica que não se enquadre na classificação de Agenciador de Propaganda ou Agência de Propaganda, como definidos na presente Lei” (art. 11, parágrafo único). Sua violação é apenada severamente, com a cominação de multa, por órgão do Ministério do Trabalho, para ambas as partes (isto é, para o Veículo que pagou, e para aquele que, não sendo Agenciador ou Agência, recebeu, a comissão ou desconto, respectivamente), calculada entre o mínimo de 10% e o máximo de 50% sobre o negócio publicitário realizado (artigo 16, letra “b”).

11. O Regulamento editado em anexo ao Decreto Nº 57690/66 ratifica tudo quanto acima exposto e comentado, inclusive acerca do que seja a remuneração típica das Agências, devida sempre pelo Cliente Anunciante. Contém ainda a previsão de uma terceira forma de remuneração, também devida por este, e que, por se tratar de um desdobramento natural da contraprestação dos serviços de Agência, não ultrapassa, em nosso entendimento, os limites constitucionais de um decreto regulamentar.

_ Essa exclusividade avulta em importância diante da constatação de que a Propaganda é exercitável nos termos da Lei, não apenas pelas Agências, mas por outras empresas, onde se “produza propaganda” ou “se execute propaganda”. Nenhuma destas, todavia, terá direito ao desconto devido às Agências, na forma do artigo 11 da Lei Nº 4.680/65.

12. Convém advertir para que as normas que assim dispõem, naquele decreto, não são as que se remetem às Normas-Padrão recomendadas pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, pelo que estão excluídas do âmbito da controvérsia que se queira instaurar a respeito da incorporação, ao Regulamento, daquelas Normas que, em sua origem, eram convencionais.

13. De feito, o Regulamento, repetindo que a propaganda é qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços, por parte de um anunciante identificado (artigo 2º); que é feita por ordem e conta de clientes e anunciantes (artigo 6º), prescreve que os serviços serão prestados pela Agência mediante contratação, verbal ou escrita, de honorários e reembolso das despesas previamente autorizadas (artigo 7º, primeira parte, omitindo-se deliberadamente, por ora e para fins de argumentação, a seqüência: “...observadas as Normas-Padrão recomendadas pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda”).

14. Fica remarcado, desse modo, não apenas que a relação Anunciante/Agência é contratual e onerosa, mas que a remuneração típica que dela recorre é juridicamente denominada de honorários, sem prejuízo de a Agência haver o reembolso das despesas que, previamente autorizadas, haja feito em nome de seu contratante.

15. Independente da remuneração típica, “o Veículo de Divulgação fixará, em Tabela, o desconto atribuído às Agências de Propaganda”. Desconto é “o abatimento concedido pelo Veículo como estímulo à Agência de Propaganda, que dele não poderá utilizar-se para rebaixa dos preços de tabela” (artigo 11 e § 2º). A outorga desse desconto a pessoa ou empresa que não Agência de Propaganda enseja a pesada multa que a lei já estabelecera, de 10 a 50% do valor do negócio publicitário realizado (Decreto, artigo 26, “b”).

16. Se, do ponto de vista técnico-jurídico, não se poderia considerar o “desconto de agência” como remuneração (embora seja receita, da ótica contábil e tributária), já que a fonte pagadora não é o contratante ou beneficiário daqueles serviços, o Regulamento confirma que não é, ao qualificá-lo de estímulo.

17. A remuneração típica da Agência é portanto a representada pelos honorários que recebe do Cliente Anunciante, pela prestação de serviços com ele contratada por escrito ou verbalmente. A Agência tem ainda como fonte de receita o desconto que lhe é (obrigatoriamente) atribuído pelos Veículos como estímulo, e que, para assegurar a isenção das Agências na elaboração dos planos de veiculação, supõe-se deva ser uniforme (e é, conforme as Normas-Padrão).

18. A concepção e execução de uma campanha, ou mesmo de uma única peça publicitária, geram assim, para a Agência, uma expectativa de receita, desdobrada: i) nos honorários devidos pelo Cliente por esse serviço específico, e ii) no desconto que o Veículo lhe concederá quando da compra do espaço para veiculação dessa campanha ou peça. Se essa expectativa for frustrada, o Regulamento prevê, ainda em norma própria, isto é, não integrante das Normas-Padrão, que é devida à Agência uma remuneração especial, “a título de ressarcimento das despesas que efetuou” (artigo 9º, inciso VI).

19. Tal ocorrerá sempre que trabalhos ou anúncios criados pela Agência, com aprovação prévia do Anunciante, ou não sejam utilizados (veiculados), ou sejam cancelados após curto período de divulgação (o que só pode significar que tenham sua veiculação interrompida quando decorrido período substancialmente menor ao originalmente previsto no plano de mídia).

20. Trata-se, em nosso entendimento, de uma terceira modalidade de remuneração, e que não é devida como “ressarcimento de despesas” efetuadas pela Agência, como dito pelo Regulamento em evidente impropriedade de linguagem. E assim nos parece porque: i) o reembolso de despesas previamente autorizadas já é obrigação do Cliente, independente de os trabalhos ou anúncios serem ou não utilizados (artigos 7º e 9º, II e IV); ii) reembolso de despesas não é “remuneração”, especial ou não; iii) a finalidade

dessa regra é certamente a de compensar a Agência pela expectativa frustrada de receita, representada pelo desconto que deixou de receber do Veículo, pela não execução ou execução parcial do plano de mídia.

Neste caso, fica pressuposto que tal plano tenha tido a prévia aprovação do Anunciante, pois, se este aprovou a produção dos trabalhos ou anúncios, mas não o plano de sua divulgação, não haveria por que ressarcir a Agência por uma expectativa de receita (desconto de agência) que não chegou a se constituir. O contrário caracterizaria enriquecimento sem causa da Agência, situação que a ordem jurídica não acolhe.

21. Para esgotar o rol dos ingressos previstos para as Agências, o Regulamento estabelece ainda a obrigação de o Anunciante pagar à Agência perdas e danos, sempre que rescindir ou suspender (o contrato onde ajustada) a propaganda, sem notificá-la com antecedência mínima de sessenta dias. Igual obrigação terá a Agência em relação ao Anunciante, se for dela a iniciativa da rescisão ou suspensão (artigo 9º, V).

22. Em resumo, Lei e Regulamento estabelecem, sem recorrer às Normas-Padrão, as seguintes receitas a que a Agência de Propaganda terá direito: i) honorários devidos pelo Anunciante, mediante contratação prévia; ii) desconto de Agência, devido exclusivamente pelos Veículos; iii) remuneração especial, devida pelo Anunciante, se cancelada ou interrompida a veiculação de trabalhos e anúncios, aquela (veiculação) e estes (trabalhos e anúncios) previamente aprovados; iv) perdas e danos, em caso de rescisão ou suspensão do contrato sem aviso prévio de sessenta dias. Além dessas receitas, terá direito, ainda, ao reembolso de todas as despesas que houver feito em nome do Anunciante, desde que previamente aprovadas por este.

23. Prosseguindo para outro patamar de análise, a Lei Nº 4.680/65, como se grafou, prescreveu em norma categórica, de eficácia plena, é dizer, prescindindo, neste particular, de regulamento, que a atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda.

24. Adotados como normas de direito positivo por lei formal, e à falta de qualquer ressalva, deve-se entender que tais princípios e normas regerão aquela atividade em todos os seus aspectos, com a única limitação, acrescentamos, existente para atos normativos de qualquer hierarquia, do que dispuser a Constituição da República.

25. O Código de Ética, parte indissociável, em sua íntegra, do artigo 17 da Lei, estabelece que todo trabalho profissional de propaganda faz jus à paga respectiva nas bases combinadas, na falta destas prevalecendo o preço comum para trabalhos similares. Em caso de dúvida poderá ser o preço avaliado por três profissionais indicados, a pedido, pelo presidente da ABP ou suas similares estaduais. E que é proscria por desleal a prestação de serviços profissionais gratuitos, ou por preços inferiores aos da concorrência, a qualquer título, excetuados os casos em que o beneficiário seja entidade incapaz de remunerá-los e cujos fins sejam de negável proveito social coletivo (artigo 13).

26. Dispõe ainda que “é imoral, por prejudicar o povo, qualquer fixação de verbas de propaganda imposta por convênios entre anunciantes, indicada direta ou indiretamente pelos sindicatos, associações, cartéis ou pelos Governos federal, estaduais ou municipais” (artigo 25).

27. O Decreto Nº 57.690/66, redundando para simples clareza o preceito legal, trouxe para seu corpo, expressamente, alguns desses preceitos do Código de Ética, sem prejuízo de outros deveres e proibições nele previstos, alertando para que se aplicam às Agências, aos Veículos e aos Publicitários em geral (artigo 17). Entre eles, a proibição de contratar propaganda em condições antieconômicas ou que importem em concorrência desleal (inciso I, letra “f”).

28. Ora, entre os deveres expressamente previstos no Regulamento, está a regra de que os serviços de propaganda serão prestados pela Agência mediante contratação, verbal ou escrita, de honorários e reembolso das despesas previamente autorizadas, observadas as Normas-Padrão recomendadas pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda (artigo 7º). Referido Congresso é o mesmo que produziu o código de Ética e também diretrizes segundo as quais

“são consideradas práticas condenáveis, como desleais e comprometedoras das responsabilidades das Agências de Propaganda,

.....
a) para com outras Agências:

.....
6. estabelecer concessões que contrariem as Normas-Padrão para a prestação de seus serviços, de maneira a criar condições de concorrência desleal ou anti-econômica; e

.....
8. infringir a Cláusula III das Normas-Padrão para prestação de serviços;

.....;”

29. As Normas-Padrão, incorporadas expressamente ao artigo 7º do Regulamento e que tratam, como nele previsto, das relações contratuais de honorários entre Agências e Clientes, estabelecem na cláusula

“III - Pelos serviços que executa, mediante autorização do cliente (estudo do produto ou serviço, concepção do plano de propaganda, redação de textos, encaminhamento da propaganda aos veículos de divulgação, supervisão e prestação mensal de contas) a Agência de Propaganda é remunerada na forma seguinte:

a) honorários na base de uma percentagem equivalente à comissão de 20%, que lhe é concedida pela imprensa falada e escrita e por outros veículos, o que significa cobrar como honorários essa comissão concedida pelos veículos sobre os preços de tabela;

b) honorários na base de uma percentagem mínima de 15%, que cobra aos Clientes sobre o custo real comprovado dos trabalhos autorizados, inclusive os de arte, que não lhe proporcionem comissões;

c) os serviços especiais, tais como pesquisas de mercado, promoção de vendas, relações públicas etc., serão mediante honorários a combinar”.

30. A confirmar as outras fontes de receita, previstas no Regulamento e já comentadas, a “remuneração especial” do artigo 9º, VI desde encontra correspondência na Cláusula IX das Normas-Padrão. Nestas só não se achará menção expressa à indenização por perdas e danos, o que não assume qualquer relevo, seja porque o Regulamento contém previsão própria a respeito (artigo 9º, V), seja porque o código Civil Brasileiro institui essa obrigação para as relações de direito privado (artigos 156, 1.059 e 1.092, § único, conforme as circunstâncias).

31. Com relação à Cláusula III das Normas-Padrão, incorporadas, não será demais reiterar, ao Regulamento, cabe comentar, em relação à letra a), que o desconto de agência devido pelos Veículos às Agências, e exclusivamente a estas, foi uniformizado em 20%. Quanto à denominação dessa receita como “honorários”, registre-se que essa nomenclatura, adotada em 1957 (data de realização do I Congresso), foi modificada pela Lei nº 4.680, de 1965, no já comentado artigo 11, explicitado no § 2º do artigo 11 do Regulamento, ambos intitulando tal ingresso como “desconto”, isto é, o abatimento (e não comissão) concedido pelos Veículos como estímulo às Agências, que dele não poderá utilizar-se para rebaixa dos preços de tabela de veiculação.

32. São as letras b) e c) dessa Cláusula III que tratam da remuneração típica, devida à Agência pelo Cliente Anunciante. No primeiro caso, a Agência deve cobrar do cliente honorários na base de uma porcentagem mínima de 15% sobre o custo real comprovado dos trabalhos autorizados, inclusive os de arte, que não lhe proporcionem comissões. Não há exigência, expressa ou implícita, de que tais trabalhos sejam realizados por terceiros, mas apenas que não proporcionem comissões - o que normalmente ocorre quando os trabalhos são realizados pela própria Agência.

33. Se proporcionarem comissões (aqui, sim, estando implícito que foram realizados por terceiros), em proporção igual ou superior ao mínimo, é facultado à Agência, e não imposto, nada cobrar do Anunciante. Se proporcionarem, mas em proporção inferior a 15%, é obrigatório que a Agência cobre do cliente o quantum satis para atingir o mínimo; e facultativo que cobre do cliente mais do que a simples diferença, já que a porcentagem de 15% foi estabelecida

como mínima, e não máxima.

34. No caso da letra c), que nos parece ter caráter residual, isto é, direcionada para serviços não previstos nas letras anteriores, respectivamente, execução e controle do plano de divulgação, com o encaminhamento aos Veículos de materiais para divulgação (“a”), e execução, direta ou indireta, de trabalhos autorizados, inclusive de arte, materializados em peças sonoras, visuais e audiovisuais (“b”), chamados, os da letra c), de “serviços especiais” e de natureza assemelhada a pesquisas de mercado, promoção de vendas e relações públicas, é livre a estipulação de honorários.

35. Aceita a premissa, defendida desde o início, de que a remuneração típica das Agências, tanto que devida pelo beneficiário-contratante de seus serviços e denominada “honorários”, é a prevista nas letras b) e c); que o desconto de Agência da letra a) não é uma remuneração, entendida como contrapartida dos serviços prestados ao Cliente, tanto que não é paga por este e nem o onera por qualquer meio, já que, se for contratar espaço diretamente com os Veículos, estão estes, por expressa disposição da Lei nº 4.680, proibidos de lhe conceder qualquer desconto, sob pena de severa multa para ambos; além de tal desconto ser expressamente qualificado, pelo Regulamento, como estímulo dos Veículos às Agências, e não “comissão” ou equivalente, em face de todos esses elementos não há como aceitar que a veiculação seja trazida para o rol dos trabalhos executados que proporcionam comissões às Agência, pelo que poderiam estas, ou dispensar os honorários mínimos de 15% sobre outros trabalhos indicados na letra b), ou, reunindo em um mesmo grupo os trabalhos das letras a), b) e c), fixar uma porcentagem média sobre todos, de que resultasse, para aqueles da letra b), remuneração inferior a 15% de seu custo real.

36. Pelo que foi exposto, especialmente quanto ao que deva ser qualificado como remuneração das Agências na acepção própria, isto é, na rubrica “honorários”, esse procedimento, por estar em desacordo com a Cláusula III das Normas-Padrão, viola de consequente o artigo 7º do Decreto nº 57.690/66, que converteu aquela convenção em norma estatal. Por via reflexa, infringe o artigo 17 da Lei nº 4.680/65, na parte de seu conteúdo representada pelo artigo 13 do Código de Ética, que proscree por desleal

a prestação de serviços profissionais, pelas Agências, por preços inferiores aos da concorrência.

37. Como a concorrência, isto é, as outras Agências, estão adstri-
tas a cobrar dos Anunciantes, a título de honorários, a porcenta-
gem mínima de 15% sobre o custo real dos trabalhos autorizados
que não proporcionem comissões, excluído destas o desconto
devido pelos Veículos, a adoção do comentado percentual “médio”
equivale a cobrar preços inferiores aos que devem ser praticados
por todas as Agências.

38. Praticaria ilegalidade, de conseguinte, não apenas a Agência
que adotasse esse procedimento de cobrança, como a pessoa,
física ou jurídica, que o exigisse como condição de contratação.

39. Se a contratante for órgão direto ou descentralizado da Ad-
ministração Pública, e o impuser como exigência em licitações, a
infração será mais grave, e nula a imposição. Afinal, se a licitação,
nos termos da atual Lei de Regência (Lei Federal nº 8.666, de 21
de junho de 1993, e alterações posteriores) destina-se a selecionar
a proposta mais vantajosa para a Administração, está nesse mister
julgada à observância do princípio constitucional da isonomia,
e será julgada e processada em estrita conformidade com os
princípios básicos, entre outros, da legalidade, da impessoalidade e
da moralidade (artigo 3º da Lei 8.666).

40. De outra parte, a busca da oferta mais vantajosa, pela Admin-
istração Pública, não é feita sem os necessários temperamentos,
originados em sua maior parte daqueles princípios. Daí dispor a Lei
de Licitações que não se considerará qualquer oferta de vanta-
gem não prevista no edital ou no convite, nem preço ou vantagem
baseado nas ofertas dos demais licitantes (artigo 45, § 2º); nem se
admitirá proposta que apresente preços irrisórios ou de valor zero,
incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado,
acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório
da licitação não tenha estabelecido limites mínimos (artigo 45, §
3º).

41. Tal procedimento, quando praticado por Agências, além de
infringir a Lei da Propaganda e seu Regulamento, pelo que é legal,

colide com as diretrizes éticas fixadas no mesmo I Congresso
Brasileiro de Propaganda, segundo as quais são havidas “como
práticas condenáveis, como desleais e comprometedoras das re-
sponsabilidades das Agências de Propaganda”, entre outras, infringir a Cláusula III das Normas-Padrão para prestação de serviços”.

42. Como argumento derradeiro, de índole extra jurídica, mas
que abona o entendimento exposto, há que destacar que não há
notícia anterior, nos trinta anos de prática dessa regulação norma-
tiva, de adoção ou sequer de defesa do mecanismo de cobrança de
honorários “pela média”, na perspectiva de que seria plenamente
admitido pelas normas comentadas.

43. Se a tese fosse minimamente sustentável, como não a teriam
já invocado, e exigido sua aplicação efetiva, os Anunciantes,
beneficiários diretos da redução dos custos de publicidade que tal
“média” lhes proporcionaria?

44. Indo a outra província das questões suscitadas, indaga-se se o
decreto regulamentar, ao incorporar a seus mandamentos as Nor-
mas-Padrão, o que não foi feito pela Lei 4.680, não teria excedido
os limites materiais que a Constituição lhe impõe, compostos no
princípio de que os regulamentos destinam-se a assegurar a fiel
execução das leis (Constituição, artigo 84, IV).

45. Admitindo-se, apenas para exercitar o raciocínio, que o Decreto
nº 57.690/66 excedeu esses limites ao incorporar as referidas Nor-
mas-Padrão, a primeira consequência, entre várias, seria tornar in-
válida a fixação da porcentagem uniforme de 20% para o desconto
de agência. Logo, como a atribuição desse desconto é imposta
pela Lei 4.680 (artigo 11), mas não mais existiriam sua prefixação
e uniformidade (previstos apenas no Regulamento), cada Veículo
concederia o abatimento que lhe aprouvesse. Não haveria, portan-
to, lugar, sob esse regime, para a fixação de médias pelas Agên-
cias, pelo desconhecimento prévio de um de seus componentes - o
desconto de agência.

46. Como de igual vício de invalidade se contaminariam as demais
regras de remuneração da Clausula III das Normas-Padrão, o efeito
seria, não o de legitimar a remuneração pela média de percentuais

mínimos (não mais existentes), mas o de implantar a liberdade absoluta na prática de preços pelas Agências. Cabe ao segmento, por certo, avaliar se este regime consulta seus legítimos interesses, principalmente no quadro atual da economia brasileira.

47. Do ponto de vista jurídico, entretanto, não nos parece que o Decreto 57.690 seja ilegal.

48. Inicialmente, porque o Poder Legislativo, ao trazer para a Lei 4.680 todos os princípios e normas do Código de Ética da Propaganda, documento que na origem era meramente convencional, denotou a intenção de acolher, se não a vontade geral, ao menos a dos setores imediatamente interessados, reconhecendo que ela foi legitimamente manifestada no Congresso de 1957. Como a lei é, por natureza e desenho constitucional, norma geral e abstrata, que não regula pormenores nem provê todos os meios de operatividade, incorporaram-se à Lei da Propaganda apenas os princípios e normas éticos, também de natureza geral.

49. Referida Lei proclamou-se expressamente carente de regulamento, na letra de seu artigo 18. É dizer, o legislador prescreveu que a operatividade das normas gerais e abstratas que adotara dependia de integração, a ser feita por ato do Poder Executivo. Este, seguindo o mesmo raciocínio do legislador, ao reconhecer legitimidade nas deliberações daquele Congresso, trouxe para o Regulamento normas concretas recomendadas naquele encontro (caso das Normas-Padrão, mas somente no pertinente à remuneração das Agências), a que acrescentou as suas próprias.

50. Como exemplos de normas do Regulamento, impondo comportamentos positivos ou negativos, não previsto na Lei, nem nas Normas-Padrão, podem ser citados, entre vários outros:

- todos os princípios básicos a serem observados nas relações entre a Agência e seu cliente (artigo 9º), entre eles a exclusividade (I), regime de dispêndios e prestação de contas (II e III), prazo de liquidação de faturas (IV), aviso prévio recíproco de rescisão (V), a "remuneração especial" (VI), arbitragem (VII), propriedade autoral da idéia (VIII), uso de pesquisa ou outro elemento estatístico (IX);

- as regras éticas do artigo 17;

- a definição do que sejam atividades artísticas e atividades técnicas da Propaganda (artigos 4º e 5º);

- a obrigatoriedade de o Representante (contato) do Veículo trabalhar mediante contrato de trabalho, não como autônomo (artigo 13);

- faturamento do Veículo em nome do Anunciante, mas remetido à Agência responsável pela propaganda (artigo 15).

51. Se levado à máxima rigidez, de conseguinte, que o Regulamento não pode impor obrigações (de fazer, de não fazer ou de pagar) não expressamente previstas na Lei que lhe é hierarquicamente superior, todas essas regras, tanto quanto a que acolheu o mecanismo de remuneração segundo as Normas-Padrão, seriam igualmente írritas, nulas, inaptas a produzir deveres jurídicos.

52. Tais regras, contudo, com destaque para as que não integram as Normas-padrão, vêm sendo observadas sem restrições ou questionamentos, por todos os agentes desse mercado.

53. Sob outra ótica, admitindo, para argumentar, que tais normas fossem mesmo inválidas, porque exorbitaram do campo regulamentar; ou, avançando ainda mais, admitindo que a própria Lei nº 4.680/65 fosse inconstitucional, ao impor descontos, ao regular profissões fora dos condicionamentos da Lei Magna (Publicitário, Agenciador, Representante, Jornalista que opera em empresas de propaganda, Auxiliares que não exercem funções próprias do ofício), o efeito não seria a atribuição, a quem quer que seja, do direito de descumprir as normas daquele Regulamento e desta Lei.

54. É que vige, em qualquer Estado Democrático de Direito, o princípio da especial validade das normas jurídicas, inclusive das leis inconstitucionais e dos atos infralegais, inconstitucionais ou ilegais. Tal princípio expressa em seu conteúdo que o princípio da formação do direito por graus, a hierarquização das normas jurídicas e o surgimento da chamada pirâmide legal, a busca do fundamento de qualquer norma naquela que lhe é imediatamente superior, cede

em confronto com a inarredável necessidade de evitar-se que, sob pretexto de respeitar-se a técnica jurídica, se implante e se instaure a anarquia social.

Em outras palavras, a lei inconstitucional e os atos normativos ilegais arcam com o ônus de um processo específico de invalidação, qual seja, aquele de ver a sua invalidade declarada por outro órgão, diferente daquele que os produziu (cf. CELSO RIBEIRO BASTOS, “Curso de Direito Constitucional”, Saraiva, 7ª edição, 1984, p. 49).

55. Em síntese, a ninguém é dado descumprir lei ou outro ato normativo (inclusive decreto), a pretexto de que o considera inconstitucional ou ilegal. Inclusive o próprio Poder Legislativo e Executivo que editaram aquela ou este. A materialização desse princípio está no processo, previsto na própria Constituição, para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ou estadual), de competência privativa do Supremo Tribunal Federal (Constituição, artigo 102, I, “a”). A ilegalidade de decreto, de sua vez, só pode ser pronunciada por órgão do Poder Judiciário, e apenas por via difusa, isto é, no exame de casos concretos, deduzidos em processos de controvérsias individuais, e com eficácia apenas entre as partes litigantes.

56. Para os efeitos da consulta, de conseguinte, pode-se afirmar com segurança que estão em pleno vigor e eficácia os dois diplomas normativos que regulam a atividade publicitária. Além da vigência, validade e eficácia jurídica de que desfrutam, fortalece-os a eficácia social, isto é, sua observância por seus destinatários, tranqüila e uniforme, no plano fático, ao longo de trinta anos. Eficácia social, acresça-se, que não se contém nos estritos limites do que dispõem literalmente suas normas, mas que se estende à interpretação que lhes foi dada, inclusive quanto à remuneração das agências, ao longo do mesmo período, e de que os presentes comentários constituíram mera resenha.

57. Tais normas, em suma final, são de observância obrigatória erga omnes, para as Agências e para qualquer entidade, pública ou privada, que contrate seus serviços.

58. Nada do que foi exposto até esta quadra impede, contudo, o exame dessas mesmas normas, sob o prisma dos seguintes e novos ângulos:

- o atual regime constitucional;

- a possibilidade de ser alterado, pela mesma via de decreto, o atual Regulamento; e

- a conveniência e oportunidade de sua manutenção, no panorama atual da economia brasileira, de um lado, e da realidade presente do mercado publicitário, de outro.

59. Vários dispositivos da Lei 4.680/65, em especial os que regulam as profissões publicitárias, colidem com o atual Texto Constitucional, sem o menor prejuízo do que ficou dito a respeito da validade que continuarão mantendo até que se efetive o processo constitucional que os infirme.

60. Como simples ilustração, o princípio da liberdade de associação e da não-associação, inclusive sindical (Constituição, artigo 5º, XX; artigo 8º, V) não recepcionou diversos artigos da Lei e seu Regulamento, que impõem a associação para o exercício profissional e até para o reconhecimento dos Veículos de Divulgação (artigo 4º). O artigo 170, caput (liberdade de iniciativa), e seu inciso IV (livre concorrência), combinados com o artigo 174 (intervenção do Estado na atividade econômica limitada às funções normativa e reguladora), podem fundamentar polêmica sobre a fixação, imperativa e uniforme de preços, para a remuneração das Agências.

61. De outra parte, o artigo 7º do Regulamento, que incorporou as Normas-Padrão, pode em tese ser revogado por ato da mesma autoridade. Como os episódios que ensejaram esta consulta nasceram na área de comunicação social do Governo Federal, trata-se de hipótese que não pode ser desprezada.

62. As práticas de livre mercado, finalmente, adotadas em escala crescente, propiciam campo político favorável à movimentação do segmento de Anunciantes, que propugnam pela alteração das atuais regras, incluídos os órgãos governamentais.

63. Como o setor de Propaganda foi esplendidamente sucedido na prática da auto-regulamentação, com o que obteve, entre outros feitos notáveis, sua exclusão do período tenebroso de censura prévia a qualquer forma de comunicação social, principalmente a eletrônica, cabe-lhe avaliar, com a habitual serenidade, a oportunidade de retomar aquele caminho, desta vez com vistas ao reexame, interna corporis, da disciplina normativa da atividade, ouvidos os três polos que a exercitam.

São estas as reflexões que tínhamos a fazer a respeito da consulta formulada, deliberadamente, condensadas como nos foi solicitado, mas com a previsão de seu futuro desdobramento, sempre e na medida em que se fizer necessário.

Em 4 de novembro de 1996
Fernando Fortes
Advogado e Consultor Jurídico



Associação Brasileira de Agências de Publicidade
Rua Pedroso Alvarenga, 1.208 - 8º andar - São Paulo - SP
04531-004 - Tel.: (55 11) 3079-6966 - Fax: (55 11) 3167-6503
e-mail: abap@abap.com.br - Site: www.abap.com.br