



LEGISLAÇÃO E NORMAS DA PUBLICIDADE NO BRASIL



SUMÁRIO

REGULAÇÃO, AUTORREGULAÇÃO E COMPLIANCE DA PUBLICIDADE NO BRASIL

SAMPAIO FERRAZ ADVOGADOS

Por Tercio Sampaio Ferraz Junior e Thiago Brito

1. REGULAÇÃO, AUTORREGULAÇÃO E COMPLIANCE	2
2. A AUTORREGULAÇÃO DA PUBLICIDADE NO BRASIL	5
3. AUTORREGULAÇÃO, CONSELHO DE ÉTICA E COMPLIANCE	8
4. AUTORREGULAÇÃO DO MERCADO PUBLICITÁRIO: O CENP	10

Autorregulação do ângulo concorrencial

Parecer do professor Tercio Sampaio Ferraz Junior

A DECISÃO DO CADE E SUA IMPORTÂNCIA PARA A PUBLICIDADE BRASILEIRA

Matéria originalmente publicada na CENP em Revista de Março de 2017

ÓRGÃO RECONHECEU QUE AS NORMAS-PADRÃO DO CENP ESTÃO AMPARADAS NA LEGISLAÇÃO	16
A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO QUE DÁ SUPORTE ÀS NORMAS-PADRÃO DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA	18
A LINHA DO TEMPO DAS AÇÕES DO CADE SOBRE O CENP E AS NORMAS-PADRÃO	19
O CENP E O CADE	20

LEGISLAÇÃO E NORMAS BRASILEIRAS SOBRE A PUBLICIDADE

A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE NO BRASIL	22
AS NORMAS-PADRÃO DA PUBLICIDADE BRASILEIRA	28

O BOM RESULTADO DAS LEIS E DA AUTORREGULAÇÃO NA PUBLICIDADE BRASILEIRA

Este é o primeiro volume da série Documentos CENP e aborda questões relacionadas à legislação e à autorregulação da publicidade brasileira – desde os primórdios, em 1957, com a aprovação do Código de Ética dos Profissionais de Propaganda, até os dias atuais, 60 anos depois, quando decisão favorável do tribunal do CADE assegurou que a aplicação pelo CENP das Normas-Padrão da Atividade Publicitária é incentivada pelo marco legal.

O objetivo deste trabalho é apresentar o complexo, mas belo e harmônico sistema combinado e mutuamente sustentado de leis, códigos de conduta e melhores práticas que tantos benefícios asseguram à propaganda realizada no país.

A leitura deste documento permitirá ao interessado conhecer os motivos e as razões de cada instrumento legal e normativo, seus pontos essenciais e, principalmente, avaliar melhor o que eles beneficiam sua atividade e negócio específico dentro do setor publicitário.

Essas leis e normas têm se sustentado ao longo do tempo não por uma poderosa capacidade de se fazerem cumpridas, mas porque respondem ao fato social de que as atividades humanas, tanto comerciais como técnicas, precisam de padrões de orientação que permitam aos bem intencionados atender às melhores práticas em benefícios de todos e de si mesmos, da mesma forma que ofereçam mecanismos para impedir os mal intencionados de corromper o sistema e gerar prejuízos para a comunidade, assegurando o melhor no presente e o olhar a médio e longo prazos.

No caso da publicidade, adicionalmente, esse sistema misto de governança tem se provado, ao longo dos anos, uma boa solução para assegurar a liberdade dos agentes econômicos nele inseridos, de modo produtivo e sem criar restrições e amarras que seriam contraproducentes para todos.

A beleza de um sistema combinado como o nosso é que a legislação é impositiva sobre aspectos básicos e permanentes, mas circunscritos, e as normas de autorregulação podem descer a detalhes importantes, sem as amarras legais e permitindo revisões quando necessário, por sua natureza de adoção voluntária. Assim, na prática diária, o sistema se adapta melhor a uma atividade dinâmica por natureza, evitando abalar seus fundamentos

– sob o risco de gerar catástrofes capazes de destruir a própria atividade com óbvios prejuízos para todos seus integrantes. Destaco justamente as consequências, os resultados positivos, que derivam da existência e cumprimentos dessas leis e normas.

Observadores bem posicionados e competentes, tanto de nosso mercado específico e nacional, como de áreas limítrofes e visão internacional, concordam com uma série de fenômenos da publicidade brasileira, como a seguir lembrados.

Somos reconhecidos por manter de forma sistemática a terceira posição em qualidade da publicidade mundial, atrás apenas dos Estados Unidos e do Reino Unido. Posição não compatível com a dimensão de nosso mercado publicitário, que oscila entre o 7º e o 9º do mundo.

A publicidade é um pilar essencial para a existência de um conjunto de meios e veículos de comunicação de invejável padrão, seja porque leva recursos vitais para assegurar sua liberdade e qualidade, seja porque as características dos intervalos e espaços comerciais são favoráveis aos anunciantes, gerando resultados, e aos próprios consumidores, que são atraídos por mensagens inteligentes e bem produzidas.

A oferta de serviços publicitários pelas agências é muito elevada em extensão e qualidade, pelos recursos disponíveis e o alto padrão profissional.

Pesquisa feita pela Nielsen em 50 países ao redor do mundo, em 2009, indicou que o Brasil tinha o maior nível de aceitação e o menor de rejeição à publicidade junto à população.

Inúmeras marcas internacionais foram lançadas e consolidadas com sucesso e velocidade com a contribuição essencial de nossa publicidade. Assim como venceram muitas marcas nacionais que souberam empregar a força vigorosa de nossa propaganda.

Esta entrega tem sido possível por ser o mercado brasileiro adequadamente remunerado, com padrões éticos e profissionais elevados – e com capacidade de atrair talentos, mantendo capacidade técnica contínua e ascendente.

Caio Barsotti
Presidente do CENP

REGULAÇÃO, AUTORREGULAÇÃO E COMPLIANCE DA PUBLICIDADE NO BRASIL

POR TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR E THIAGO FRANCISCO DA SILVA BRITO

1. REGULAÇÃO, AUTORREGULAÇÃO E COMPLIANCE

A atividade da publicidade no Brasil possui um sistema normativo especial que disciplina e regula sua existência e funcionamento. Conta com normas legais emanadas do Estado – *Leis Federais N°s 4.680/65 e 12.232/10, Decreto Federal N° 57.690/66, alterado pelo Decreto N° 4.563/02. A publicidade está incluída no capítulo da Comunicação Social da Constituição Federal da República (art. 220), que assegura a liberdade de expressão e veda a censura prévia, estabelecendo, também, que somente a União pode legislar sobre publicidade comercial (art. 22, XXIX).*

No campo das relações comerciais, conta com normas reconhecidas e livremente convencionadas pelos agentes do mercado publicitário, por meio de entidades e associações nacionais representativas de agências de propaganda, veículos e anunciantes. São: (i) *Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, tornado de caráter legal em 1965 (art. 17 da Lei N° 4.680/65) e as (ii) Normas-Padrão da Atividade Publicitária, instrumentos de incentivo às boas práticas e respeito ético, desde 2002 incorporadas ao Decreto Federal N° 57.690/66.*

As normas previstas em lei federal são aplicáveis em toda e qualquer situação, para todos os agentes do mercado, e independem de vontade de acatamento; as normas de autorregulação aplicam-se àqueles que desejam seus benefícios e sujeitam-se ao permanente compromisso dos agentes do mercado, reafirmado por meio da convivência no CENP – Conselho Executivo das Normas-Padrão.

As agências de propaganda são contratadas pelas empresas anunciantes para a prestação dos serviços publicitários definidos em lei (*full service*), que vão dos estudos e concepção à intermediação de peças publicitárias. São remuneradas pelas empresas anunciantes pelo que criam, concebem e produzem, direta ou indiretamente. Pela intermediação da publicidade, a remuneração, paga via contratantes, é fruto do desconto fixado pelos veículos em suas listas de preços, sobre o valor concreto da veiculação da publicidade. O valor mínimo desse desconto, nominado desconto-padrão, recomendado pelas Normas-Padrão, é de 20% para as agências que possuam o Certificado de Qualificação Técnica.

A lei federal criou o **desconto que faz parte da remuneração das agências de propaganda, cujo valor é fixado pelos veículos** (art. 11 da Lei N° 4.680/65 e art. 19 da Lei N° 12.232/10), **vedando que ele seja concedido a quem não seja agência** (*parágrafo único do art. 11 da Lei N° 4.680/65*). O mesmo artigo criou uma comissão destinada exclusivamente a agenciador de propaganda, que atua como corretor e não tem nenhuma atribuição de estudo de mercado ou criação publicitária.

A legislação federal deu força de lei ao *Código de Ética dos Profissionais da Propaganda (art. 17 da Lei N° 4.680/65)* e incorporou ao rol das proibições legais a transferência do desconto-padrão para a empresa anunciante (*item I, 8, do Código de Ética citado*).

A Lei N° 4.680/65 determina, no caso das agências, que o desconto-padrão, de caráter obrigatório, deve ser fixado pelos veículos de comunicação

A agência, independentemente de outros deveres contratuais, obriga-se, em virtude do desconto-padrão, a manter permanente estudo do mercado de mídia e a conceder aos veículos de comunicação efetivo *del credere*, cobrando em nome deles as contas relativas à veiculação da publicidade e repassando os valores aos veículos sem que deles se utilize, nos prazos fixados.

A existência do desconto-padrão está condicionada ao pagamento, pelo anunciante, da veiculação da publicidade. Antes disso, é mera citação, como referência, de seu valor, no documento contábil-fiscal emitido pelo veículo de comunicação.

Somente no momento em que o veículo é pago é que a agência passa a fazer jus à sua remuneração, passando, de fato e de direito, a ser credora daquele valor. O desconto-padrão é de exclusiva propriedade da agência, fato esclarecido, de forma interpretativa, por lei federal (art. 19, Lei N° 12.232/10).

É dever da agência negociar, em cada contratação de mídia, os melhores preços e condições comerciais em favor de seus clientes anunciantes. Todo e qualquer desconto comercial será revertido em favor do anunciante. Se não o fizer, a agência estará infringindo normas legais e convencionais da propaganda.

É livre a negociação contratual entre agência e anunciante. No entanto, para assegurar o equilíbrio contratual, a relação deve evitar práticas antieconômicas e anticoncorrenciais e, no caso do desconto-padrão, respeitar as disposições legais e vedar sua transferência a terceiros, por mais importantes que sejam na transação que deu origem àquela remuneração.

Para negociar mídia em nome de um anunciante, a agência deve estar credenciada pelo mesmo junto ao veículo de comunicação, assegurando-se-lhe o direito de atuar em nome da empresa anunciante, inclusive contratando veiculação.

A autorregulação da publicidade é compromisso voluntário a que se obrigam agências de publicidade, veículos de comunicação e anunciantes que aderirem às suas normas. O sistema autorregulador facilita a relação diária de milhares de agentes em operações que exigem rapidez e confiança mútua.

Empresas e pessoas não são obrigadas a aderir ao regime de autorregulação, porque, pela Constituição da República, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. O ambiente de autorregulação previsto pelas normas que criaram o CENP estabelece parâmetros, referências, indicações, recomendações com mecanismo de fast track que busca facilitar as transações entre os agentes, tornando-as mais céleres e previsíveis.

Resumidamente:

Os **veículos** quando pactuam as Normas-Padrão asseguram que vão cumprir as obrigações legais de (i) manter lista única e pública de preços a ser oferecida, para negociação, a todo o mercado, sem restrições de qualquer espécie; (ii) fixar para todas as agências de propaganda certificadas e em toda publicidade encaminhada de todo e qualquer anunciante o desconto-padrão de no mínimo 20%; (iii) tornar público o percentual de desconto que concede conforme seus critérios para relações *non compliance* e outras hipóteses que não sejam as recomendadas pelas Normas-Padrão; (iv) cumprir a obrigação de veiculação nos termos do que foi autorizado pela agência.

As agências de publicidade que pactuam as Normas-Padrão asseguram (i) manter permanente estrutura física e de pessoal qualificado; (ii) adquirir

REGULAÇÃO, AUTORREGULAÇÃO E COMPLIANCE DA PUBLICIDADE NO BRASIL

e usar pesquisa de mídia de acordo com o mercado em que atua; (iii) assegurar aos veículos nos quais sejam credenciadas o efetivo *del credere*; (iv) respeitar as normas legais e convencionais do mercado de publicidade.

As empresas anunciantes, aderindo às Normas-Padrão, desfrutam de um mercado livre, organizado e organicamente voltado para a eficácia da comunicação publicitária que, com ética, promova a aproximação de produtores e prestadores de serviços aos consumidores do país.

O CENP atua em nome de suas fundadoras e com base em princípios por intermédio do seu Conselho de Ética sempre na busca de um acordo diante de conflito entre as partes envolvidas, consideradas as Normas-Padrão, em nítida função conciliadora e mediadora. No entanto, quando não se obtém solução consensual, as Câmaras de Arbitragem do Conselho de Ética proferem decisão que não possui nenhum caráter punitivo ao agente que esteja *non compliance*, consistindo em advertência apenas declaratória comunicada confidencialmente aos representantes do anunciante e da agência, bem como aos veículos e associações de veículos associados ao CENP.

A decisão declaratória de *non compliance* tem o objetivo de alertar que certas relações podem afetar a liberdade, a isonomia, a competitividade e a transparência existentes no mercado publicitário, uma vez que podem implicar vulnerar regras voluntariamente estabelecidas.

É importante também destacar que, como existe um amplo regime legal e regulamentar de caráter estatal no que se refere especialmente às atividades publicitárias e também todo o marco normativo de caráter geral aplicável às mesmas atividades (como as questões fiscais e tributárias, por exemplo), além daquelas de alcance internacional para empresas multinacionais, como, por exemplo, a Sarbannes-Oxley Act (SOX), o Foreign

Corrupt Practices Act (FCPA) e a UK Bribery Act, nada impede que práticas ilícitas ou ilegais praticadas por agentes atuantes no mercado publicitário sejam identificadas e eventualmente punidas pelas autoridades competentes, o que escapa integralmente à esfera de atuação do CENP, a despeito do reconhecimento obtido em norma legal, de sua função certificadora e fiscalizadora das condições técnicas das agências de publicidade (*art. 4º, Lei Nº 12.232/10*).

Recomenda-se a leitura dos documentos que se seguem indicando como é e com base em que se pratica a autorregulação da publicidade, as Normas-Padrão, as bases de relação entre as partes e o sistema de compliance adotado, além de resumo da legislação e das normas.

Estar em *compliance* é a melhor forma de assegurar direitos e deveres das partes que atuam no mercado publicitário brasileiro.

Este documento, criado para ajudar a compreender as normas de compliance das relações comerciais da publicidade, possui mero caráter interpretativo e não traz nenhuma inovação, tendo somente função esclarecedora, não substituindo, em caso de qualquer dúvida ou questão de maior complexidade, a consulta à própria legislação e normas de autorregulação em seu inteiro teor, bem como a especialistas, advogados e consultores próprios e contratados, acerca de todos os aspectos jurídico convencionais eventualmente aplicáveis às atividades. Ele indica, no tocante às Normas-Padrão da Atividade Publicitária, que são as tuteladas pelo CENP, o que pode significar estar em *compliance*.

Estar ou não *compliance* não se confunde com poder ou não atuar no mercado, pois essa liberdade, garantida constitucionalmente, não é – e nem poderia ser – subtraída pela autorregulação ou por qualquer entidade privada tuteladora de normas de autorregulação livremente adotadas.

2. A AUTORREGULAÇÃO DA PUBLICIDADE NO BRASIL

No Brasil, como visto, não existem apenas normas provenientes do Estado que regulamentam a atuação das agências de publicidade, dos anunciantes e dos veículos de comunicação. Paralelamente a essa legislação (leis e decretos federais), há um conjunto de normas convencionadas e livremente adotadas pelos próprios agentes do mercado publicitário, no intuito de reger relações comerciais e éticas entre eles. Dentre essas normas, merecem destaque as Normas-Padrão da Atividade Publicitária (1998), as quais consubstanciam a proteção dos interesses de todos os agentes econômicos envolvidos nas negociações no mercado publicitário, sejam eles agências, veículos ou anunciantes e mesmo os consumidores.

A autorregulação e o CENP

A autorregulação é a regulamentação dos mercados, das empresas ou das profissões pelos próprios operadores e agentes econômicos interessados, e não pelo Estado. Por ser conduzida pelos entes regulados, diferencia-se da heterorregulação, a qual é conduzida pelo Estado. É uma forma de regulação coletiva e não individual, donde sua legitimidade é alcançada justamente pela obtenção de consensos e maiorias visando não a interesses individuais, mas a coletivos. Ademais, a autorregulação pressupõe a existência de uma organização coletiva que estabelece e fiscaliza um conjunto de regras destinadas a seus membros, regras essas que são por eles voluntariamente aceitas ao tomarem parte na autorregulação.

O papel da autorregulação é, mediante regulamentação, internalizar padrões de comportamentos ou usos e costumes aceitos e já praticados pelo mercado e pela comunidade, monitorando os seus membros de forma a criar reputação positiva para o grupo. A autorregulação é responsável não apenas pela criação de um corpo adicional de normas, mas também atua no fortalecimento das

normas determinadas pela comunidade, Estado e mercado. Trata-se de um sistema de ordenamento privado espontâneo, que se baseia na reciprocidade: os indivíduos reconhecem os benefícios que irão extrair por aderirem às regras convencionadas.

Do ponto de vista econômico, os agentes recorrem à autorregulação porque ela pode funcionar como importante mecanismo de correção de falhas de mercado, gerando mais eficiência.

Em 1998, o Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP) foi constituído por meio de uma livre convenção entre as entidades representativas dos principais agentes econômicos do mercado publicitário, os anunciantes (Associação Brasileira de Anunciantes – ABA), as agências de propaganda (Associação Brasileira de Agências de Publicidade – ABAP e Federação Nacional das Agências de Propaganda – Fenapro) e os veículos de comunicação (Associação Nacional de Jornais – ANJ, Associação Nacional de Editores de Revistas – ANER, Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, Associação Brasileira de Televisão por Assinatura – ABTA e Central de Outdoor), aos quais posteriormente vieram se juntar também o Interactive Advertising Bureau – IAB Brasil (representa veículos e agências que atuam no ambiente internet) e a Associação Brasileira de Mídia Digital Out of Home – ABDOSH.

O CENP é uma associação civil sem fins lucrativos, responsável pela condução da autorregulação das relações entre os agentes econômicos do mercado publicitário e pelo fomento das melhores práticas comerciais, que incentivem a concorrência por melhor eficiência e qualidade, devendo para tanto zelar pela observância das Normas-Padrão da Atividade Publicitária. É formado pelos seguintes órgãos: a) Assembleia Geral: é o órgão soberano da entidade e tem função deliberativa, sendo composta por associados fundadores e institucionais, que estejam em dia com as suas obrigações sociais; b)

REGULAÇÃO, AUTORREGULAÇÃO E COMPLIANCE DA PUBLICIDADE NO BRASIL

Conselho Executivo: é o órgão normativo e diretivo do CENP, sendo formado por membros indicados pelos associados fundadores e institucionais; c) Diretoria Executiva: órgão administrativo, em que estão representados os três segmentos do mercado publicitário, sendo formada por sete membros (um presidente, três vice-presidentes e três diretores); d) Conselho de Ética: é o órgão competente para a conciliação e mediação, bem como para a arbitragem de conflitos entre agentes e interesses do mercado no que concerne às Normas-Padrão da Atividade Publicitária, sendo formado por conselheiros representantes de anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação designados pelas respectivas entidades; e) Conselho Fiscal: é o órgão fiscalizador do CENP, formado por três membros eleitos pela Assembleia Geral, ao qual cabe fiscalizar os atos dos administradores eleitos pelo Conselho Executivo, bem como opinar sobre o relatório e as contas da Diretoria Executiva; f) Conselho Consultivo: atua como organismo de aconselhamento da Diretoria Executiva, sendo o espaço para a discussão dos assuntos de interesse da publicidade, da ética e da livre concorrência, sem ter, portanto, função administrativa.

O CENP conta ainda com dois outros organismos: 1) CTM – Comitê Técnico de Mídia, integrado por profissionais qualificados com atuação em agências, veículos e anunciantes, responsável pela análise e recomendação de credenciamento de estudos de informações de mídia; e 2) o BUP – Banco Único de Listas de Preços, sistema de depósito por meio do qual os veículos associados têm a possibilidade de cumprir a exigência prevista no Decreto Regulamentador da Lei Nº 4.680/65, com listas de preços públicas.

As Normas-Padrão da Atividade Publicitária: orientações éticas e técnicas

O presente capítulo pretende apresentar, resumidamente, as recomendações sobre como estar em compliance com as normas oriundas da

autorregulação da atividade publicitária tuteladas pelo CENP, que buscam evidentemente pautar-se e complementar as normas estatais (tanto as leis federais quanto os decretos relacionados acima). Nesse contexto, têm papel central os dispositivos trazidos pelas chamadas Normas-Padrão da Atividade Publicitária, as quais podem ser divididas, para efeitos deste documento, em três partes, conforme a relação da qual as normas estejam se ocupando: relações entre agências, anunciantes e veículos; relações entre agências e anunciantes; relações entre agências e veículos.

As relações entre Agências, Anunciantes e Veículos

Após uma abordagem dos conceitos básicos do mercado de publicidade, a primeira parte das Normas-Padrão da Atividade Publicitária se ocupa das relações entre agências, anunciantes e veículos no que concerne às práticas tanto de natureza profissional, quanto comercial. No âmbito comercial, são tratados assuntos centrais no que diz respeito à remuneração das agências de publicidade, dentre os quais se destaca o desconto-padrão de agência, o qual recomenda que à agência certificada e compliance com as normas de autorregulação será garantida, pelo veículo, remuneração não inferior ao mínimo de 20% do valor da mídia paga pelo anunciante. No âmbito profissional, as normas implantam metas de qualidade para as agências, as quais devem dispor de estrutura profissional e técnica e de um conjunto mínimo de informações e dados de mídia. O Anexo A classifica as agências em sete grupos, conforme a receita de mídia anual delas.

Resumidamente, temos:

- As listas de preços segundo os quais os veículos comercializam o seu espaço, o seu tempo e os seus serviços DEVEM ser públicas e devem valer indistintamente para os negócios que lhes são encaminhados pelos anunciantes diretamente, ou por meio de agências.

O CENP é responsável pela condução da autorregulação das relações entre os agentes econômicos do mercado publicitário e pelo fomento das melhores práticas comerciais entre essas partes

- O veículo NÃO PODE oferecer ao anunciante, diretamente, vantagem ou preço diferente do oferecido por meio da agência.
- A agência NÃO PODE deixar de apresentar ao cliente proposta a ele dirigida pelo veículo.
- A agência DEVE cobrar dos clientes as faturas correspondentes ao espaço/tempo que tenham adquirido por ordem e conta deles, encarregando-se de sua cobrança em nome dos veículos, aos quais elas DEVEM repassar os valores assim recebidos.
- O CENP DEVE suspender o Certificado de Qualificação Técnica da agência, caso esta, comprovadamente, tenha retido valores de modo indevido.
- Os veículos e os anunciantes PODEM permutar espaço, tempo ou serviço publicitário livremente, de modo direto ou por meio da agência de publicidade responsável pela conta publicitária, nos termos de Comunicação Normativa emitida pelo CENP.
- Os veículos DEVEM fixar o desconto-padrão a ser conferido às agências certificadas pelo CENP, em decorrência do trabalho de concepção, execução e distribuição de propaganda por ela desenvolvido, recomendando as Normas-Padrão da Atividade Publicitária um valor mínimo de 20% para as agências *compliance*.
- As agências DEVEM, em contrapartida, alcançar metas de qualidade estabelecidas pelas Normas-Padrão da Atividade Publicitária e se habilitar ao recebimento do Certificado de Qualificação Técnica, assumir obrigações de qualidade técnica (aquisição de pesquisas no interesse da atividade que desenvolvem em favor de seus clientes), bem como obrigações éticas e de lealdade nas relações comerciais (limites para repasse a anunciantes, sem quebra da lealdade para com os veículos).
- As agências DEVEM realizar seu trabalho, espe-

cialmente os planos de mídia que apresentarão a seus clientes, de maneira técnica, fundamentada em dados estatísticos de mercado, orientando suas recomendações pela boa técnica.

- A agência PODE negociar uma parcela do seu desconto-padrão com o anunciante, orientando-se pelos parâmetros estabelecidos nas Normas-Padrão da Atividade Publicitária, conforme volume de investimentos em publicidade.
- É ILEGAL a contratação de propaganda em condições antieconômicas, anticoncorrenciais ou que gerem concorrência desleal.

As relações entre Agências e Anunciantes

A segunda parte das Normas-Padrão da Atividade Publicitária destaca as relações entre as agências e os anunciantes, explicitando as capacidades das quais devem ser dotadas as agências certificadas pelo CENP e a forma pela qual pode se dar preferencialmente a contratação delas. O Anexo B dispõe sobre os parâmetros segundo os quais pode ser negociada parcela do desconto-padrão a ser revertida para o anunciante.

Resumidamente, temos:

- As agências certificadas pelo CENP DEVEM estar capacitadas a realizar o pleno atendimento ao anunciante, compreendendo este os seguintes serviços: a) estudo do conceito, ideia, marca, produto ou serviço a difundir; b) identificação e análise

REGULAÇÃO, AUTORREGULAÇÃO E COMPLIANCE DA PUBLICIDADE NO BRASIL

dos públicos e do mercado em que a ideia, marca, produto ou serviço encontre melhor possibilidade de aceitação; c) identificação e análise das ideias, marcas, produtos e serviços concorrentes; d) exame do sistema de distribuição e comercialização; e) elaboração e execução do plano publicitário; f) contratação da compra de espaço/tempo/serviço junto aos veículos, em nome e por conta do anunciante e, em razão de tais atividades, encarregar-se da cobrança dessas faturas e do pagamento das mesmas aos veículos.

- A agência DEVE trabalhar em estreita colaboração com o anunciante, para que o plano publicitário alcance os objetivos pretendidos e o anunciante obtenha retorno pelo seu investimento em publicidade.

- A contratação da agência pelo anunciante DEVE ser, preferencialmente, mediante documento escrito, no qual DEVEM constar os prazos de prestação de serviços e os ajustes que as partes fizerem.

- As ideias, peças, planos e campanhas de publicidade desenvolvidos pela agência DEVEM pertencer, do ponto de vista do direito autoral, à agência.

- A agência certificada PODE optar por não ser remunerada por meio do desconto-padrão de, no mínimo, 20%. Em tal caso, a remuneração pelo anunciante PODE ser feita por meio de fees ou honorários fixos. O fee PODE ser cumulativo ou alternativo à remuneração por meio do desconto-padrão, mas deverá com este guardar relação de equivalência proporcional, sendo ILEGAL a contratação de propaganda em condições antieconômicas,

cas, anticoncorrenciais ou que gerem concorrência desleal.

- Nas contratações com o setor público, os anunciantes de cada poder e esfera administrativa DEVEM ser considerados como departamentos de um só anunciante para efeitos das previsões do Anexo B, norma que propicia a tais anunciantes a condição em bases mais vantajosas.

As relações entre Agências e Veículos

A terceira parte das Normas-Padrão da Atividade Publicitária aborda as relações entre as agências e os veículos.

Resumidamente, temos:

- Os planos de incentivo às agências, os quais são mantidos pelos veículos e cuja oferta e aceite são voluntários, NÃO PODEM contemplar anunciantes, nem se sobrepor, por parte das agências, a critérios técnicos na elaboração e execução do planejamento de mídia.

- A agência DEVE adquirir espaço ou tempo especificamente para seu cliente. O veículo NÃO PODE, portanto, vender espaço ou tempo sem a indicação expressa do nome/produto do anunciante.

- A agência DEVE cobrar no prazo o valor das faturas emitidas pelos veículos contra os anunciantes, repassando tais valores aos veículos. Constitui apropriação indébita, sujeita às punições legais, deixar de realizar esse repasse.

3. AUTORREGULAÇÃO, CONSELHO DE ÉTICA E COMPLIANCE

No contexto da autorregulação publicitária, o Conselho de Ética do CENP é o órgão que exerce as importantes funções de conciliar, mediar e arbitrar controvérsias referentes às Normas-Padrão da

Atividade Publicitária. Para tanto, o Conselho tem competência para levantar, instruir e julgar procedimentos, analisando se a conduta dos agentes do mercado publicitário está ou não em complian-

O Conselho de Ética deve tentar viabilizar um acordo entre os agentes, de modo que os mesmos retornem, voluntariamente, à situação de *compliance*

ce com as Normas-Padrão. Trata-se, portanto, de um órgão cujo papel é de grande relevância, uma vez que propicia aos agentes em conflito ou em situação de *non compliance* a possibilidade de, por meio da conciliação, retornar à condição de *compliance*. Nesse contexto, é importante lembrar que o Conselho de Ética apenas analisa a situação de conformidade dos agentes com base nas Normas-Padrão, e não controvérsias relativas às normas estatais atinentes à atividade publicitária, uma vez que tal atribuição cabe ao Poder Judiciário e escaparia às competências do CENP.

Convém ressaltar que o Conselho de Ética, dentro da lógica da autorregulação, em que são assumidos compromissos voluntários em nome de bens e valores considerados relevantes por toda uma comunidade que se autorregula, foi concebido como um mecanismo de solução de controvérsias que sempre deve buscar a conciliação. Tanto é assim que a primeira etapa do procedimento perante o Conselho de Ética se desenvolve em uma Câmara de Conciliação e Mediação, em que é dada aos agentes a possibilidade de solucionar as controvérsias ou conflitos éticos existentes entre eles a partir do diálogo, num processo em que o Conselho de Ética do CENP, por meio da referida Câmara, exerce a função de mediador e conciliador. Não se trata, portanto, de um procedimento em que um órgão hierarquicamente superior tem o poder de punir os agentes do mercado publicitário, mas sim de um sistema concebido pelos próprios agentes do mercado publicitário, para que os mesmos, em comum acordo, tomem a decisão. Não existe, por exemplo, nenhuma forma de multa a ser aplicada àqueles agentes que estejam em *non compliance* com as Normas-Padrão ou qualquer outra penalidade.

É só diante do fracasso das tentativas de solução por meio de conciliação ou mediação que se recorre à Câmara de Arbitragem e Conflitos Éticos. O Conselho de Ética, ao arbitrar as controvérsias, tem sempre como fim a preservação das melho-

res práticas comerciais e da ética, zelando, nesse contexto, pela qualidade, legalidade e ética nas relações comerciais entre agências de publicidade, anunciantes e veículos de comunicação, em conformidade com as regras estabelecidas pelos mesmos e consubstanciadas nas Normas-Padrão. No final desse procedimento, caso, após todas as tentativas de conciliação, o Conselho de Ética conclua que a agência está em *non compliance*, ele poderá adotar advertência meramente declaratória, que será comunicada aos responsáveis pela agência e pelo anunciante envolvidos na controvérsia e dada ciência aos veículos e associações de veículos credenciados ao CENP.

Resumidamente, temos:

- 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.
- 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 Me-

dição, 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.

4. AUTORREGULAÇÃO DO MERCADO PUBLICITÁRIO: O CENP

Autorregulação do ângulo concorrencial

Parecer do professor Tercio Sampaio Ferraz Junior

A autorregulação é vista, do ângulo concorrencial, como uma forma de governança privada dos agentes de determinados setores para formalização do controle, estabelecimento e imposição de regras voluntariamente aceitas e passíveis de autocoordenação.

O papel da autorregulação é, mediante regulamentação, internalizar padrões de comportamento aceitos pelo mercado e pela comunidade, monitorando seus membros de forma a criar reputação positiva para o grupo. Em outras palavras, a reputação dos agentes está em jogo e será determinante no funcionamento eficiente da autorregulação. Assim, a regulamentação prevista na autorregulação não apenas provê um corpo adicional de normas como também atua no fortalecimento das normas determinadas pela comunidade, Estado e mercado.

A experiência brasileira com autorregulação leva-

da à autoridade antitruste é relativamente pequena, razão pela qual uma referência à literatura e práticas de outros países se faz necessária.

Do **ângulo econômico**, a provisão eficiente de bens públicos ou coletivos afeta a competitividade privada de empresas individuais, constituindo o que Piore e Sabel⁽¹⁾ denominam de infraestrutura extrafirma e que compõem instituições setoriais na acepção de Best⁽²⁾.

*Um setor pode incluir uma variedade de práticas interfirmas e agências extrafirmas, tais como associações comerciais, programas de aprendizado, arranjos de comercialização conjunta, comissões regulamentadoras, estabelecimento de normas e padrões. Instituições setoriais podem influir na organização das firmas individuais e suas estratégias, assim como na competitividade coletiva do setor em relação a outros setores localizados em outras regiões. **Desse ponto de vista, as firmas***

1 Piore, Michael; Sabel, Charles F. *The Second Industrial Divide*. New York: Basic Books, 1983.

2 Best, Michael. *The New Competition: Institutions of Industrial Restructuring*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. 296 p.

A possibilidade de se estabelecerem acordos, horizontais e verticais, entre agentes econômicos, é amplamente reconhecida

não apenas competem, mas podem cooperar para fornecer serviços comuns, para estabelecer as regras do jogo de mercado e estratégias de investimento.

Existe, na verdade, uma permanente tensão entre a concorrência e a cooperação.

Best propôs, assim, duas condições para que o equilíbrio entre concorrência e cooperação se estabeleça. Primeiro, deve haver um propósito claro para a cooperação, o que significa desenvolver e implementar uma estratégia setorial que é construída a partir das estratégias das firmas individuais e, ao mesmo tempo, as influencia. Segundo, é necessário haver um meio de monitorar e obrigar as ações individuais de forma a contrabalançar a tendência ao comportamento *free rider*.

Um dos elementos importantes para analisar o efeito da autorregulação está associado a sua natureza. Sistemas de ordenamento privado espontâneo podem gerar resultados eficientes. Os ordenamentos espontâneos são baseados na reciprocidade: os indivíduos reconhecem os benefícios que irão extrair por se submeterem às regras do grupo. Esse é exatamente o caso da autorregulação no mercado publicitário: um ordenamento privado espontâneo que para ser sustentável tem que gerar benefícios para seus participantes. Padrões de qualidade podem reduzir os custos de busca do cliente no tocante a características não aparentes de qualidade³.

Já do **ângulo jurídico**, a possibilidade de se estabelecerem acordos, horizontais e verticais, entre agentes econômicos, é reconhecida na literatura e na jurisprudência internacionais.

Por exemplo, na Alemanha é reconhecida, por lei (GWB, § 28), a possibilidade de se criarem *Wirtschafts-und Berufsvereinigungen* (associações econômicas e profissionais). O conteúdo das regras

comuns estabelecidas por tais associações tem, usualmente, um sentido de normas éticas, sobretudo quanto à lealdade negocial em termos concorrenciais, admitindo-se também regras sobre a formação de preço⁴. A previsão de um processo de reconhecimento dessas regras junto à autoridade concorrencial (Bundeskartellamt), porém, desde que elas estejam em conformidade com a legislação, fazia com que esse reconhecimento não fosse necessário para que produzissem efeitos vinculativos entre os signatários.

As cortes norte-americanas, no que se refere à publicação de padrões comuns e à emissão de juízos sobre a sua violação, reconhecem que, a princípio, toda associação com exigências à definição dos membros tem algum tipo de regra ou critério limitativo e pode restringir, ao menos indiretamente, a concorrência no mercado.

Não obstante, a avaliação da legalidade de tais regras é feita com base na legitimidade econômica dos propósitos perseguidos por tal associação mediante a autorregulamentação, bem como na razoabilidade e objetividade das regras-padrão adotadas em relação aos propósitos assumidos. Se os padrões não forem objetivos e os propósitos não forem razoáveis, as regras serão consideradas ilegais, pois funcionariam como uma barreira à entrada no mercado, isto é, uma espécie de boicote, persuadindo os adquirentes a não contratarem empresas que não atingirem o padrão. Frente a tais elementos percebe-se que a conduta horizontalmente/verticalmente concertada na forma de acordos de autorregulamentação deve sempre ser analisada com base na regra da razão⁵.

3 Ogus. *Rethinking self-regulation*, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 15.

4 Cf. Rainer Bechtold, *GWB – Kartellgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Munique, 1993, p. 375 ss.

REGULAÇÃO, AUTORREGULAÇÃO E COMPLIANCE DA PUBLICIDADE NO BRASIL

Dentre os parâmetros da jurisprudência norte-americana considerados relevantes para determinar a razoabilidade e, portanto, reconhecer-se a legalidade do acordo de autorregulação, podem ser apontados os seguintes:

(a) para uma análise de um ponto de vista concorrencial, o acordo deve ter algum propósito ou repercussão comercial, para que possa ser juridicamente avaliado⁽⁶⁾. No caso brasileiro, ainda que o relevo estivesse na dimensão ética (caso do CONAR, por exemplo), é importante que existam repercussões no comportamento comercial dos subscritores (a exemplo do próprio CONAR);

(b) os padrões definidos devem ser objetivos, isto é, suas regras devem ser impessoais⁽⁷⁾; no caso em tela, a destinação das regras conhece o requisito da impessoalidade, destinando-se a todos os participantes do mercado publicitário, sem exclusões que possam ser qualificadas como barreiras à competitividade e à entrada na concorrência;

(c) os padrões adotados devem ser acessíveis também a não membros do acordo⁽⁸⁾; ou seja, o acordo deve ser de conhecimento de todo o mercado;

(d) deve haver, além dos fornecedores de produtos ou serviços, a participação dos adquirentes na definição dos padrões de conduta e no juízo tomado a partir dos padrões definidos⁽⁹⁾; ou seja, o acordo tem também repercussão relacional e assim deve ser analisado;

(e) não há violação antitruste onde a autorregulamentação implementa padrões de segurança fede-

rais, ou seja, atende à legislação pertinente⁽¹⁰⁾; no caso, o acordo acolhe princípios da legislação referente à publicidade;

(f) o acordo deve prever salvaguardas processuais contra decisão que denega uma aprovação⁽¹¹⁾.

Interessante lembrar que a Federal Trade Commission (FTC) tem explicitado, em diferentes ocasiões, uma opinião favorável à autorregulação, entendida pela Corte como uma prática que auxilia o órgão no controle da concorrência.

Em discurso proferido durante simpósio na Bar Association americana⁽¹²⁾, seu então presidente afirma que a Corte reconhece, há mais de uma geração, a autorregulação como um importante complemento a seus esforços na proteção do consumidor. Além disso, a existência de regulação estatal sobre determinado tema não impede que os agentes privados se organizem para definir outras regras a respeito do assunto.

Mais recentemente, discurso da representante da Corte Pamela Jones Harbour resume a posição da FTC como favorável a sempre estimular a autorregulação quando a mesma for benéfica aos consumidores, e reconhecer que alguns mercados são regulados mais efetivamente por seus agentes privados do que pelo próprio Estado. Nesse discurso, a representante elenca alguns mercados em que essa característica se verifica – especialmente os que envolvem desenvolvimento tecnológico.

No Brasil, uma das poucas experiências de autorregulação levadas à autoridade, efetuada com

5 Cf. *Antitrust Law Developments – ABA, 4th ed., 1997, v. I, p. 110-115.*

6 Cf. *St. Bernard Gen. Hosp. v Hospital Serv. Association, 712 F.2d 978,988 (5th Cir. 1983).*

7 Cf. *Radiant Burners v Coke Co., 364 U.S. 656, 658 (1961).*

8 Cf. *Bogus v American Speech & Hearing Association, 582 F.2d. 277 (3d Circuit 1978).*

9 Cf. *Consolidated Metal Products v American Petroleum Inst. 846 F.2d 284, 295 (5th Cir.1988).*

10 Cf. *Moore v Boating Ind. Associations, 819 F.2d 693, 695 (7th Circuit 1987).*

11 Cf. *Pretz v Holstein Friesian Ass'n, 698 F.Supp. 1531, 1540 (D.Kan. 1988)* e *Weight Rite Golf Corp v United States Golf Ass'n, 766 F.Supp 1104, 1111 (MD. Fla.1991).*

12 "Self Regulation and Antitrust." Prepared Remarks of Robert Pitofsky – Chairman, Federal Trade Commission. D. C. Bar Association Symposium, February 18, 1998, Washington, D.C. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/self4.shtml>>. Data de acesso: 3 fev. 2014.

O desconto-padrão é condicionado ao pagamento, pelo anunciante, da veiculação da publicidade

propósitos de evitar condutas desleais éticas e comerciais, é o caso do CENP (entidade que congrega agências de publicidade, veículos e anunciantes) que, submetido ao CADE há quinze anos, vem realizando um trabalho digno de menção.

O CENP

Foi fundado em 1998 e hoje é integrado pelas seguintes associações: ABA – Associação Brasileira de Anunciantes; ABAP – Associação Brasileira de Agências de Publicidade; ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão; ABTA – Associação Brasileira de Televisão por Assinatura; ANER – Associação Nacional de Editores de Revistas; ANJ – Associação Nacional de Jornais; Central de Outdoor; e Fenapro – Federação Nacional das Agências de Propaganda. Tem, também, como associadas institucionais: IAB Brasil – Interactive Advertising Bureau Brasil; e ABDOPH – Associação Brasileira de Mídia Out of Home.

O CENP tem, como principal instrumento de trabalho, o documento Normas-Padrão da Atividade Publicitária, que estabelece as bases da capacitação técnica de uma agência e o relacionamento ético para o setor, baseado em suas melhores práticas e na legislação de regência da atividade.

O CENP concede o Certificado de Qualificação Técnica às Agências verificando a sua estrutura, o pessoal técnico, a disposição e o uso sistemático de pesquisas de mídia e o cumprimento dos compromissos estabelecidos nas Normas-Padrão. Essa certificação lhes garante o recebimento do “desconto-padrão” de agência em percentual não inferior a 20%.

Ademais, o CENP efetua o depósito de Listas Individuais e Autônomas de Preços dos Veículos, dando transparência à oferta, atendendo o disposto na legislação, e também realiza o credenciamento de estudos e pesquisas dos institutos de mídia, assegurando que as pesquisas são respeitáveis.

Para alcançar seus objetivos, foi estabelecido:

- 1) Os veículos comercializam seu espaço, seu tempo e seus serviços com base em preços de conhecimento público válidos para todos os negócios com os anunciantes. Admite-se, por ser da natureza dos negócios, que os veículos ofereçam condições ou vantagens de sua conveniência nas negociações individuais que realizarem.
- 2) As agências são contratadas pelos anunciantes, que as escolhem por suas qualidades e virtudes. Atuam sempre por ordem e conta de quem as contrata, pautando-se, em razão disso, na excelência do que estudam, criam e é distribuído aos veículos de comunicação.
- 3) Para exercer com plenitude as suas funções, as agências necessitam do reconhecimento por parte dos veículos de comunicação, para os quais, de forma indireta e em razão da atividade que exercem em nome de seus clientes, também prestam serviços relevantes ao cobrar os valores de veiculação e, com critério e rigor, entregar esses valores, nas datas de vencimento, aos veículos de comunicação.
- 4) Ainda na relação com os veículos, também indiretamente, as agências prestam um serviço técnico indispensável ao mercado e à democracia, por assegurar a pluralidade de meios e a liberdade de expressão: através de pesquisas e estudos comportamentais, de forma científica, conhecem o mercado, seus meios e veículos, indicando as formas de comunicação das mensagens publicitárias.
- 5) Pelas Normas-Padrão, os veículos, reconhecendo a importância capital das agências, dão preferência a atuar por meio delas nas relações com os seus anunciantes, respeitando-os e jamais negando-se a atendê-los diretamente, se assim o desejarem.

REGULAÇÃO, AUTORREGULAÇÃO E COMPLIANCE DA PUBLICIDADE NO BRASIL

6) Os anunciantes, afinal de contas, são os titulares do crédito concedido pelos veículos de comunicação, contra quem emitem as faturas de veiculação, encaminhando-as, quando existe a relação, por intermédio da agência, a quem cabe o dever do *del credere*, isto é, a obrigação de cobrar junto aos anunciantes e quitar os valores recebidos das faturas, aos veículos.

7) A agência é basicamente remunerada pelos dois serviços que presta: (a) quando cria o anúncio e a campanha, pelo trabalho intelectual e material que exerceu e pelo gerenciamento de produção que é sempre realizado por empresas especializadas, como as produtoras de videofonogramas, por exemplo; e (b) quando veicula os anúncios de seus clientes-anunciantes com o desconto-padrão, para cumprir os compromissos de dispor/usar pesquisas mercadológicas e investimentos nos estudos que realizam no campo da mídia. Os veículos também consideram, por meio das normas, que o desconto-padrão é o reconhecimento pelo efeito do *del credere* das agências que são seguramente responsáveis pelos baixos índices de inadimplência dos clientes-anunciantes.

8) O balizamento de remuneração das agências é feito nos serviços internos – criação e gerenciamento de produção – por estudos de custos reais realizados pelos sindicatos das agências em cada estado, o que respeita a diversidade do país e assegura maior realidade nas indicações de valor referencial.

9) Em comum acordo ajustado entre entidades representativas de agências, veículos e anunciantes, as Normas-Padrão da Atividade Publicitária preveem o desconto-padrão em pelo menos 20% para as agências certificadas pelo CENP e que estejam compliance com as normas de autorregulação, concedido, em consonância com a Lei Nº 12.232/10, da seguinte forma:

a) Do “valor negociado” pago pelo cliente, a agência retém 20% referente ao desconto-padrão e enca-

minha os demais 80% ao veículo de comunicação.

b) Quando o pagamento é feito diretamente pelo cliente-anunciante, o veículo receberá seus 80% e a agência, da mesma maneira, receberá diretamente do anunciante o correspondente a 20% pelo desconto-padrão.

10) As Normas consagram o princípio de valorização do anunciante que se destaca em seu mercado, permitindo, de acordo com o nível de investimento em publicidade, que até 5% do desconto-padrão seja revertido pela agência ao anunciante, devolvendo a este a possibilidade de otimizar sua verba de comunicação.

11) As Normas valorizam a liberdade de mercado, sabendo que ela começa quando a concorrência entre as agências é respeitada, entre veículos é valorizada e entre anunciantes adotada como forma de respeito ao consumidor. Nada é estático para as Normas-Padrão da Atividade Publicitária, mas tudo deve permanecer no campo estrito da ética.

Não há dúvida de que, nesses quinze anos de existência, o mercado incorporou as Normas-Padrão da Atividade Publicitária, reconhecendo o CENP como a entidade que zela pelo seu cumprimento. Adotou mecanismos que evitam iniciativas oportunistas, a apresentação de propostas antieconômicas com a finalidade de conquistar novos anunciantes ou mantê-los, porque isso pode implicar serviços de baixa qualidade e concorrência desleal.

Nesse sentido, merece menção também o fato de o Poder Judiciário, confrontado com discussão envolvendo ajustes nas Normas-Padrão, ter reconhecido o importante papel exercido pelo CENP e suas competências:

O Conselho Executivo de Normas-Padrão – CENP, ora réu, foi criado em 16 de dezembro de 1998, pelo mercado publicitário, para zelar pela observância das normas padrão da atividade publicitária, documento básico com recomendações e princí-

pios éticos que buscam assegurar as melhores práticas comerciais no relacionamento mantido entre os principais agentes da publicidade brasileira. Tem como principal gestor um Conselho Executivo com vinte e três (23) representantes de agências de propaganda, anunciantes, veículos de comunicação e governo federal.

Demais, consta que as normas da atividade publicitária, editadas pelo CENP, são reconhecidas pela legislação, tanto que o artigo 7º do Decreto Nº 4.563/2002, faz expressa referência às disposições articuladas sob a forma de “itens” pelo CENP, tal como sustentado pelo réu na defesa (v. fl. 118).

Também consta entre as atividades do CENP, como entidade autorreguladora do setor, a tutela das normas padrão da atividade publicitária, a edição de comunicações normativas ou técnicas ao mercado publicitário, além da certificação das agências de publicidade, para elevar ou manter a qualidade da publicidade produzida no país. Portanto, as modificações das normas padrão da atividade publicitária objeto do questionamento está dentro da competência do CENP, mesmo porque no caso essas alterações foram aprovadas em Assembleia Geral Extraordinária realizada no dia 5 de janeiro de 2011, para adequação ao disposto no artigo 19 da Lei Nº 12.232/2010, que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, entre outras providências. (Sentença, Processo Nº 0208709-51.2011.8.26.0100, 15ª Vara Cível Central, São Paulo)

Vale destacar que o mercado brasileiro é reconhecidamente competitivo. Em decisão recente (2013), o CADE, ao examinar significativa operação apresentada como ato de concentração (a operação entre Publicis e Omnicom, processo administrativo Nº 08700.008058/2013-49), concluiu que o mercado publicitário brasileiro possui elevada pulverização,

O veículo não pode oferecer ao anunciante, diretamente, vantagem ou preço diferente do oferecido por meio da agência

com “competição entre agências de diferentes portes, pois mesmo agências consideradas de médio ou pequeno porte podem conseguir grandes ‘contas’ (clientes que apresentam elevado investimento em propaganda)”. Além disso, a instrução realizada pela Superintendência Geral do CADE nesse caso permitiu concluir que as respostas dos ofícios aos concorrentes e a jurisprudência corroboram a “existência de baixas barreiras à entrada e elevada rivalidade no mercado”.

Nos processos de licitação e contratação dos serviços de publicidade nas esferas oficiais do Executivo, Legislativo e Judiciário, nos três níveis de administração – federal, estadual e municipal, a Lei Nº 12.232, de 29 de abril de 2010, iniciativa do Congresso Nacional, legitimou o CENP no papel de certificador e fiscalizador de capacitação técnica das agências de publicidade, condição exigida como pré-requisito para participar dos processos de licitação e na execução dos contratos de publicidade do setor público.

Como processo bem-sucedido de autorregulação, pode-se, pois, afirmar que o CENP demonstrou, em quinze anos de existência, estar capacitado a certificar e exigir das agências o provimento de estruturas técnica e de pessoal que assegurem aos anunciantes o bom trabalho publicitário e aos veículos a certeza de que são programados pelos anunciantes e agências com base em critérios técnicos. Atende, com isso, uma função relevante no mercado brasileiro.

Parecer originalmente publicado no livro “Compliance na Publicidade, publicado pelo CENP em 2014”

A DECISÃO DO CADE E SUA IMPORTÂNCIA PARA A PUBLICIDADE BRASILEIRA

MATÉRIA ORIGINALMENTE PUBLICADA NA *CENP EM REVISTA* DE MARÇO DE 2017

ÓRGÃO RECONHECEU QUE AS NORMAS-PADRÃO DO CENP SÃO INCENTIVADAS PELA LEGISLAÇÃO

Ao final de um longo e complexo processo, o Tribunal do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica reconheceu, em sua primeira reunião de 2017, em decisão unânime, que as Normas-Padrão da Atividade Publicitária implementadas pelo CENP estão amparadas e são incentivadas pela legislação em vigor no país, por legislação recepcionada pela Constituição Federal. É a confirmação de que o ambiente da autorregulação ético-comercial da publicidade brasileira atua, e não poderia ser diferente, estritamente conforme as leis de regência da nossa atividade.

O CADE reconheceu que o marco regulatório estatal do setor, reunido nas leis federais N° 4.680/65 e N° 12.232/10 e decreto N° 57.690/66 com a redação do N° 4.563/02, além de amplo reconhecimento institucional, não apenas permite, como incentiva as normas de autorregulação ético-comercial adotadas pelo mercado há décadas.

A decisão ratifica a iniciativa de Anunciantes, Agências e Veículos que por via da autorregulação ético-comercial, através das Normas-Padrão da Atividade Publicitária, promove um modelo de negócios reconhecido desde os anos 1950, que criou e transformou ao longo do tempo a publicidade brasileira numa das mais criativas e eficazes do mundo segundo o reconhecimento geral.

A conclusão do processo no CADE é fruto do tra-

balho e dedicação de muitos e encerra um período rico em aprendizado sobre o que é feito dentro da lei para valorizar a atividade publicitária ao mesmo tempo incentivando a concorrência.

O CENP, fundado em 1998, atua em todo o país e recebeu o reconhecimento oficial ao ser escolhido como organismo de fiscalização técnica das agências de publicidade e certificador de tais condições como pré-requisito para a participação nos pleitos de escolha das agências de publicidade para a prestação de serviços a entes públicos de todos os poderes e esfera da administração.

O CADE escrutinou as Normas-Padrão e sua implementação pelo CENP ao longo de praticamente toda sua existência. A entidade, seus fundadores e associados seguirão trilhando a autorregulação e as melhores práticas diante da certeza de atuar dentro do marco legal da atividade. Poucas atividades econômicas são tão transparentes como a publicidade. Em nenhum momento a autoridade colocou em questão a transparência nas relações ou a integridade dos agentes econômicos do mercado.

Para o advogado Thiago Francisco da Silva Brito, sócio do escritório Sampaio Ferraz Advogados, cuja equipe acompanha o CENP desde a sua fundação, em 1998, a decisão não surpreende. "Há no mercado publicitário peculiaridades legais e re-

gulamentares reconhecidas há muito pelo Estado”, explica Thiago. “Mesmo no que concerne à autorregulação ético-comercial, sua origem remonta à década de 1950, o que demonstra que a competição se submete a regras estatais e de autorregulação privada. O CADE demonstra a legitimidade perante a legislação de regência da atividade de iniciativas de agentes que buscam ampliar a competição entre si, estabelecendo parâmetros e padrões objetivos para o mercado brasileiro, constituindo um modelo de negócio de sucesso reconhecido há mais de 50 anos, que promove geração de qualidade na publicidade, aumentando as possibilidades de retorno para os Anunciantes, Agências e Veículos de Comunicação.”

A evolução do processo

Em 1998, quando da criação do CENP, as suas entidades fundadoras, ABAP, ABA, ABERT, ABTA, ANER, ANJ, Central de Outdoor e Fenapro, submeteram voluntariamente ao CADE as Normas-Padrão da Atividade Publicitária. O acordo de autorregulação ético-comercial foi então aprovado e a entidade iniciou as suas atividades.

O processo administrativo arquivado em janeiro foi instaurado para investigar a existência de supostos “fatos novos” relacionados ao modo de implementação das Normas-Padrão pelo CENP à luz da legislação brasileira de defesa da concorrência, e que não eram objeto da decisão anterior. Segundo a nota técnica de instauração, como citada pelo conselheiro relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo em seu voto, o CENP podia estar interferindo na livre formação de preços dos serviços de agências de propaganda, ao fixar o chamado “desconto de agência”.

Ao longo de quase doze anos, a instrução do processo foi realizada originalmente pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e, em um segundo momento, pela Superintendência-Geral do CADE. Durante todo o pro-

“(...) todas as práticas neste PA são respaldadas e incentivadas por normas estatais que regem o mercado de publicidade desde 1965 e também por normas recentes”

*Conselheiro relator Gilvandro Vasconcelos
Coelho de Araújo, do CADE*

cesso, o CENP contribuiu com a autoridade por meio de numerosos pareceres jurídicos, econômicos, informações de mercado e indicação de profissionais do mercado para serem ouvidas, como ex-presidentes da ABA e da ABAP, por exemplo, e autoridade então responsável pela publicidade do anunciante governo federal.

A decisão do Tribunal Administrativo do CADE confirma o entendimento adotado no caso pela SG, Superintendência-Geral do CADE, pela Procade, Procuradoria do CADE, e pelo MPF, Ministério Público Federal, cujos três pareceres, de maneira unânime, recomendaram o arquivamento sem qualquer tipo de condenação ou recomendação ao CENP.

Dois dos pareceres recomendaram que fosse oficiada – o que já foi feito – a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, para que esta avalie a oportunidade de sugerir ou recomendar medidas de eventual ajuste do marco legal às instâncias competentes.

O relator historia, em seu voto, a formação do CENP, suas entidades fundadoras e associadas, lembrando que ele foi “criado no contexto de desregulamentação do setor publicitário na década de 1990, em que o mercado buscava um modelo autônomo de negócio”. Conclui escrevendo que é “forçoso observar que a sistemática possui amparo legal. Nesse contexto, decidindo pela existência ou não de risco concorrencial de se estabelecer ao mercado parâmetros uniformes de remuneração de 20%, a prática comercial do CENP é cancelada enquanto vigorarem as Leis

A DECISÃO DO CADE E SUA IMPORTÂNCIA PARA A PUBLICIDADE BRASILEIRA

4.680/65 e 12.232/10 e os Decretos 57.690/66 e 4.563/2002”.

O relator mencionou ainda que a criação do CENP e demais desdobramentos, ao ser submetida ao crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, deve ser considerado como ato de boa-fé para o desfecho do caso. Ele acolheu as recomendações da Superintendência-Geral e do Ministério Público Federal de envio do caso à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda para análise dos pontos lançados nos pareceres acerca dos aspectos que possam de alguma forma ser considerados anti-competitivos das Normas-Padrão.

Propostas de revisão e aprimoramento das Normas-Padrão ocorrem permanentemente no CENP, que é uma entidade aberta e procura se atualizar ao que ocorre no mercado. Elas são estimuladas e constituem uma das razões da existência do órgão. Todos integrantes têm oportunidade de oferecer propostas e sugestões que possam promover ainda mais a qualidade e a reputação da atividade. Tudo é conversado e estudado.

O processo arquivado nasceu de iniciativa do órgão federal. As Normas-Padrão e as melhores práticas preconizadas pelo CENP vigoraram enquanto a questão estava submetida ao CADE e seguem válidas agora.

A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO QUE DÁ SUPORTE ÀS NORMAS-PADRÃO DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

No voto apresentado ao Tribunal, o conselheiro relator da matéria, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, apresentou um quadro de evolução das normas legais e de sua aplicação:

Lei 4.680/65, a partir de 18/06/65

- Definição de agência de propaganda, que exclui os bureaux de mídia;
- Estipulação de desconto fixado pelos veículos de divulgação devido às agências de propaganda (desconto-padrão);
- Vedação ao repasse do desconto a anunciante ou bureaux de mídia.

Decreto 57.960/66, a partir de 01/02/66

- Definição dos serviços básicos que a agência de propaganda presta ao anunciante;
- Definição de estrutura de remuneração baseada em desconto-padrão, honorários de 15% sobre o custo dos trabalhos autorizados que não impliquem comissões e honorários por serviços especiais internos;
- Estabelecimento de aviso prévio de 60 dias para rescisão do contrato entre cliente e agência e disposição de que a ideia utilizada na propaganda é

da agência, não podendo ser explorada por outrem.

Decreto 2.262/97, de 26/06/97 a 31/12/02

- Retirada de referência às Normas-Padrão recomendadas no I Congresso Brasileiro de Propaganda, excluindo fundamento à fixação do desconto-padrão de agência em 20% e à determinação de honorários mínimos de 15% devidos à agência pelos serviços de terceiros que não gerem veiculação;
- Revogação de dispositivos que dispunham sobre a vedação de repasse da comissão devida pelos veículos de divulgação à agência de propaganda ao anunciante.

Decreto 4.563/02, a partir de 31/12/02

- Restituiu vinculação legal às Normas-Padrão diretamente quanto à limitação do repasse do desconto-padrão ao anunciante; previsão de honorário de 15% sobre serviços contratados com fornecedores que não impliquem em veiculação; alternativas à remuneração por meio do desconto-padrão de agência e aplicação das normas às contratações com o poder público;
- Faz menção específica às Normas-Padrão da Atividade Publicitária do CENP.

Lei 12.232/10, a partir de 29/04/10

• Indicação da Lei Federal N° 4.680/65 como norma subsidiária a ser utilizada em licitações e contratação pela administração pública de serviços de publicidade;

• Determinação de que os serviços de publicidade contratados em agências de propaganda que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento emitido pelo CENP.

A LINHA DO TEMPO DAS AÇÕES DO CADE SOBRE O CENP E AS NORMAS-PADRÃO

1998: Ato de Concentração (AC)

N° 08012.010080/1998-52

Objeto: As principais associações de Anunciantes, Agências de Publicidade e Veículos de Comunicação submeteram ao CADE um Acordo de Autorregulamentação das Relações Comerciais e Éticas entre Anunciantes, Agências e Veículos.

O acordo visava ajustar as Normas-Padrão da Atividade Publicitária à nova realidade normativa e econômica vigente no mercado de propaganda e marketing no país, com a criação do CENP.

Decisão final: AC convertido na Consulta N° 60/00.

2000: Consulta 60/00

Objeto: Avaliação pelo CADE da adequação do Acordo de Autorregulação às regras concorrenciais vigentes à época com recomendações.

Decisão final: Apresentado um novo documento buscando atender as recomendações, o Tribunal entendeu que não era necessário analisar o mérito das alterações dentro do processo de consulta.

2001: Processo Administrativo (PA)

N° 08012.000890/2001-11

Objeto: A Secretaria de Direito Econômico (SDE) solicitou cópia integral dos autos da Consulta e

instaurou o processo administrativo. O processo teve a instrução concluída pela SDE, que opinou pela condenação do CENP e remeteu os autos ao CADE.

O CENP impetrou, no Judiciário, mandado de segurança contra o ato da SDE. Em decisão no Mandado de Segurança N° 2001.34.00.030048-8, o Juiz Federal da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, decidiu pela concessão da segurança ao CENP, determinando à SDE que anulasse o Processo Administrativo. Esta decisão foi posteriormente revertida, mas já havia ocorrido a anulação.

Decisão final: Processo anulado. N° 60/00.

2005: Processo Administrativo

N° 08012.008602/2005-0

Objeto: Este processo foi instaurado para verificar o suposto cometimento de condutas anticompetitivas por parte do CENP, após a declaração de nulidade pela SDE do Processo Administrativo anterior.

O processo analisa apenas atos, documentos e fatos concretos supostamente praticados ou ocorridos após a Consulta N° 60/2000, ainda que presentes nos autos dela. De acordo com a SG, são fatos novos, pendentes de análise.

Decisão final: Em 18/1/2017: Processo arquivado.

A DECISÃO DO CADE E SUA IMPORTÂNCIA PARA A PUBLICIDADE BRASILEIRA

O CENP E O CADE

Por Tercio Sampaio Ferraz Junior e Thiago Francisco da Silva Brito

Em dezembro de 2016, o CENP completou 18 anos de existência. Em janeiro de 2017, um processo administrativo no CADE de mais de 10 anos de tramitação que investigava a atuação do CENP foi arquivado por unanimidade, sem qualquer condenação à entidade.

Na gênese do CENP, nos idos de 1998, as Normas-Padrão, que deram origem à entidade, foram submetidas ao mesmo CADE como ato de concentração, nos termos do caput do art. 54 da Lei Nº 8.884/94. Na ocasião, ao longo do trâmite processual, houve a conversão do procedimento de ato de concentração para o procedimento de consulta, tendo culminado na decisão final do Tribunal em 2000 que concluiu que a autorregulação era um instituto correto, protegido pelas Leis e que faz parte do processo de desenvolvimento econômico do país, tendo a Relatora à época apontado algumas recomendações que o CADE posteriormente esclareceu não terem sido mandatórias.

Dezoito anos depois, a Superintendência-Geral do CADE e agora o Tribunal atribuíram à submissão das Normas-Padrão realizada em 1998 o qualificativo de ato de boa fé das entidades fundadoras do CENP. O Relator do caso no CADE, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, assim se pronunciou em seu voto quanto ao tema: "(...) a criação do CENP – e demais desdobramentos dela decorrentes – foi submetida ao crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o que deve ser considerado como boa-fé para o desfecho do caso".

O fato é que, após a decisão da Consulta, a extinta Secretaria de Direito Econômico – SDE (cujas competências hoje pertencem à Superintendência-Geral do CADE) instaurou dois processos para investigar o CENP, tendo o primeiro sido anulado e o segundo sido instaurado no ano de 2005. Neste último se investigavam supostos "fatos novos"

ocorridos após a decisão do CADE na consulta.

Após 10 anos de investigação, no ano passado, em 2016, a Superintendência-Geral do CADE proferiu parecer final no processo administrativo concluindo por recomendar ao Tribunal do CADE o arquivamento do processo, sem condenação ao CENP.

Na sua conclusão, assim se pronunciou a Superintendência-Geral do CADE, no que diz respeito à razão central que a conduziu a opinar pelo arquivamento do processo administrativo: **"(...) todas as práticas neste PA são respaldadas e incentivadas por normas estatais que regem o mercado de publicidade desde 1965 e também por normas recentes (Lei Nº 4.680/65, Lei Nº 12.232/10, Decreto Nº 57.690/66, Decreto Nº 4.563/02)."**

Nesse mesmo parecer, a Superintendência destacou que **"Sob o enfoque da defesa da concorrência, a análise de mérito sobre a legalidade das condutas alvo deste Processo Administrativo depende diretamente da apreciação da legislação aplicável ao setor publicitário durante o período relevante. A importância dessa análise consiste na possibilidade de o Estado, por meio de sua atividade reguladora, ter a competência para eleger, em detrimento da livre concorrência, outros princípios e vetores para nortear a atividade econômica de determinado setor."**

Ao longo de 2016, após o processo sair da Superintendência-Geral, tanto a Procuradoria Geral do CADE como o Ministério Público Federal avaliaram o caso e posicionaram-se igualmente pelo arquivamento do processo administrativo, sem condenação ao CENP. Com todos os pareceres unânimes pelo arquivamento, o julgamento pelo Tribunal do CADE foi célere, após o proferimento dos pareceres, e a decisão do colegiado foi tomada também por unanimidade com aderência dos demais conselheiros ao voto do Relator.

A existência e atuação do CENP foi analisada duas vezes pelo CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Em seu voto, o Conselheiro Relator basicamente adotou como razão de decidir o mesmo posicionamento externado anteriormente pelos três pareceres proferidos nos autos pelas outras autoridades. **Ou seja, a principal razão para o arquivamento do processo administrativo foi o reconhecimento da existência de um marco legal, composto por leis federais e decretos, que “respalda”, “chancela”, “autoriza”, “incentiva” a atuação do CENP e o atual modelo de autorregulação brasileiro, ao menos enquanto vigorar tal legislação:** “Não obstante a possível indução de conduta concertada que pode ser implementada por meio dessas normas-padrão, destacadamente na obrigação de padronização de percentuais de desconto imposta pelo CENP, forçoso observar que a sistemática possui amparo legal. Nesse contexto, decidindo pela existência ou não de risco concorrencial de se estabelecer ao mercado parâmetros uniformes de remuneração de 20%, a prática comercial do CENP é chancelada enquanto vigorarem as Leis 4.680,65 e 12.232,10 e os Decretos 57.690,66 e 4.563,02”

Quanto a um suposto potencial anticompetitivo de normas da autorregulação, vale ressaltar que o posicionamento das autoridades, inclusive o relator, é inconclusivo e baseia-se em aspectos relacionados à perspectiva teórica do direito da concorrência, inexistindo nos autos parecer econômico ou documentos relacionados a fatos que sejam concreta e especificamente relacionados à realidade do mercado publicitário brasileiro demonstrando a produção de quaisquer efeitos anticompetitivos ao longo de todos os últimos 18 anos em que o CENP atuou como autorregulador.

Pelo contrário, o fato é que ao longo desses 18 anos não houve a produção de efeitos anticompetitivos decorrentes da autorregulação, a nosso ver. O mercado publicitário brasileiro contempla muitos players concorrendo efetivamente, seja no caso das agências de propaganda, de todos os portes

e especialidades, de norte a sul do país, seja no caso dos veículos de comunicação, em diferentes meios, incluindo novos meios que durante esses 18 anos passaram a também comercializar espaço para publicidade e também no caso das empresas que anunciam que concorrem entre si em diferentes mercados.

A decisão do CADE transitou em julgado em 31 de janeiro de 2017. Com isso, a atuação do CENP que, ao longo dos últimos 18 anos, tutelou a aplicação de um modelo pioneiro de autorregulação do mercado publicitário brasileiro inter-relacionando-se com normas legais, constituindo um marco regulatório complexo, mas harmônico, foi considerada como adequada à legislação de regência da atividade publicitária, o que certamente significa um reconhecimento institucional a um modelo de sucesso.

Independentemente desta decisão do CADE, que tem sua atuação reconhecida internacionalmente como uma das melhores agências antitruste, assim como o mercado publicitário brasileiro é reconhecido internacionalmente, o direito da concorrência hoje é tema muito relevante no país e no mundo e impacta toda e qualquer empresa que atue nos mais diferentes mercados. Não deve ser diferente no mercado publicitário, ainda que seja necessário considerar simultaneamente a legislação específica de regência da atividade e do setor. De toda maneira, deve-se sempre buscar maximizar um mercado com liberdade em que exista concorrência efetiva, o que beneficia os agentes econômicos que respeitam as leis e a autorregulação e também a coletividade.

Este artigo foi publicado originalmente no site Consultor Jurídico (<http://bit.ly/2mmjKjO>)

LEGISLAÇÃO E NORMAS BRASILEIRAS SOBRE A PUBLICIDADE

A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE NO BRASIL

Apresenta-se a seguir um panorama das normas estatais aplicáveis à publicidade. Tal panorama não pretende ser exaustivo e, para tanto, iniciará pela análise dos dispositivos constitucionais relacionados à liberdade de expressão e de manifestação de pensamento, bem como ao capítulo acerca da comunicação social. Ademais, serão analisados dispositivos das Leis Federais N^{os} 4.680/65 e 12.232/10, as quais consistem, respectivamente, no marco regulatório da atividade publicitária e na principal legislação acerca das licitações e contratações pela administração pública na área de publicidade, assim como também serão apresentados dispositivos dos Decretos Federais N^{os} 57.690/66 e 4.563/02, os quais regulamentam a Lei N^o 4.680/65.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal traz uma série de dispositivos que são relevantes para o exercício da atividade publicitária, dentre os quais podem ser destacados as liberdades de comunicação, manifestação de pensamento, expressão e informação, assim como o direito do consumidor e o capítulo acerca da comunicação social.

No que diz respeito à liberdade de comunicação, a Constituição Federal estabelece um conjunto de direitos (art. 5, IV, V, IX, XII, XIV combinado com os arts. 220 a 224) que possibilitam a coordenação entre criação, expressão e difusão do pensamento e da criação. Estão incluídos, nesse conjunto, a liberdade de manifestação de pensamento (art. 5^o, IV),

a liberdade de expressão (art. 5^o, IX) e a liberdade de informação. Desses dispositivos, decorre, por exemplo, a existência da proibição à censura. Por outro lado, não se pode esquecer que a liberdade de expressão comercial também pode ser entendida como corolário lógico da livre-iniciativa e da livre concorrência (arts. 1^o e 170, caput e IV da Constituição), já que a publicidade não deixa de ser uma dimensão econômica das atividades das empresas no mercado.

O direito do consumidor foi incluído pela Constituição no rol dos direitos fundamentais, por meio do art. 5^o, XXXII. Ademais, o art. 170, V, eleva a defesa dos consumidores à condição de princípio da ordem econômica. Diante disso, abre-se espaço para que a legislação infraconstitucional assegure a proteção ao consumidor. Esse papel é desempenhado principalmente pelo Código de Defesa do Consumidor. No âmbito da publicidade, em seara que escapa às áreas de atuação do CENP, mas é conveniente lembrar, há inclusive a previsão de que a publicidade deve seguir determinadas diretrizes, proibindo-se o seu exercício de modo enganoso ou abusivo, os quais o Código de Defesa do Consumidor tipifica como práticas ilícitas.

Assim como o CENP complementa a legislação sobre as relações ético-comerciais, o CONAR e seu Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária complementam as determinações constitucionais sobre o conteúdo e forma da publicidade e o Código de Defesa do Consumidor.

A Constituição tem dispositivos que asseguram e normatizam a atividade publicitária

Além disso, ao tratar da ordem constitucional da cultura, a Constituição Federal traz dispositivos relevantes para a atividade publicitária no capítulo “Da comunicação social” (arts. 220 a 224). No que concerne à publicidade, tem particular relevância o art. 220, § 4º, o qual estabelece que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias fica sujeita a restrições legais, devendo haver advertência acerca dos malefícios decorrentes de seu uso.

Em outras palavras, a Constituição Federal assegura proteção à comunicação publicitária, tratando-a como parte da comunicação social, inclusive vedando a censura prévia, estabelecendo ainda, em seu art. 22, XIX, que compete privativamente à União legislar sobre propaganda comercial.

Legislação citada neste tópico:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 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: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre: XXIX – propaganda comercial.

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor.

Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º – Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º – É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º – Compete à lei federal:

I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresen-

LEGISLAÇÃO E NORMAS BRASILEIRAS SOBRE A PUBLICIDADE

tação se mostre inadequada;

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º – A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º – Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º – A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Art. 221 – A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

[...]

V – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Art. 222 – A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no país.

§ 1º – Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

§ 2º – A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio

de comunicação social.

§ 3º – Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

§ 4º – Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º.

§ 5º – As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional.

LEI Nº 4.680 DE 18 DE JUNHO DE 1965

A Lei Nº 4.680/65 é o marco regulatório do mercado brasileiro de publicidade e dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e agenciador de propaganda, definindo claramente os seus entes, o publicitário, o agenciador de propaganda, a agência de propaganda e os veículos de comunicação. Além disso, estabelece normas referentes às comissões e aos descontos devidos aos agenciadores e às agências de propaganda, ao contrato de trabalho de agenciadores, bem como à fiscalização e à aplicação de penalidades em caso de descumprimento de seus dispositivos legais.

Segundo essa lei, são publicitários aqueles que, em caráter regular e permanente, exercem funções de natureza técnica da especialidade, nas agências de propaganda, nos veículos de divulgação, ou em quaisquer empresas nas quais se produza propaganda. O conceito de agenciadores de propaganda, por sua vez, engloba os profissionais independentes ou terceirizados que encaminham propaganda aos veículos, por conta de terceiros. As agências de publicidade, segundo a mesma lei, consistem nas pessoas jurídicas especializadas na arte e técnica publicitária, as quais, por intermédio de especialistas, estudam, concebem, executam e distribuem propaganda de divulgação, por ordem e conta dos clientes, no intuito de promover

A 4680 é a lei de regência e a base das normas que regulam a publicidade no Brasil

a venda de produtos ou serviços, difundir ideias ou informar o público. Já os veículos de comunicação, para o legislador, são quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades ou órgãos de classe.

No que concerne às comissões, a Lei Nº 4.680/65 determina que a remuneração seja através do desconto-padrão para as agências, o qual tem caráter obrigatório e deve ser fixado pelos veículos de comunicação, que também devem estabelecer quais são as remunerações devidas aos agenciadores de propaganda, sob a forma de comissões. Ambas têm caráter obrigatório e devem ser fixadas pelos veículos de comunicação. Há também menção ao Código de Ética dos Profissionais de Propaganda, de 1957, que é dotado de caráter legal e define os princípios éticos que devem nortear a publicidade, dentre os quais a previsão de que a comissão e/ou o desconto das agências e agenciadores de propaganda não poderá ser repassada aos anunciantes. O mesmo Código de Ética prevê que os veículos deverão ter seus preços individuais em listas públicas e iguais para todos os compradores.

Ademais, a Lei Nº 4.680/65 estabelece normas que se ocupam da fiscalização em relação ao cumprimento de seus dispositivos, bem como das penalidades a serem atribuídas em tais casos. O Ministério do Trabalho e suas delegacias regionais, os sindicatos e as associações de classe das categorias interessadas deverão exercer a fiscalização. **As penalidades legais previstas são a multa de um décimo a dez vezes um salário mínimo, ou de 10% a 50% do valor do negócio publicitário, caso tenha ocorrido infração referente ao art. 11 (comissões ou descontos).**

Legislação citada neste tópico:

LEI Nº 4.680/65

Art. 11 – A comissão, que constitui a remunera-

ção 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.

Parágrafo único – 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 agências de propaganda, como definidos na presente lei.

Art. 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, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro.

CÓDIGO DE ÉTICA DOS PROFISSIONAIS DE PROPAGANDA

I. 8 – Comissão é a retribuição, pelos veículos, do trabalho profissional, devida exclusivamente às agências e aos corretores de propaganda. A comissão se destina à manutenção das agências e dos corretores de propaganda e não poderá ser transferida aos anunciantes.

II. 18 – O profissional de propaganda deve conhecer a legislação relativa a seu campo de atividade, e como tal é responsável pelas infrações que, por negligência ou omissão intencional, levar o cliente a cometer, na execução do plano de propaganda que sugeriu e recomendou.

LEI Nº 12.232, DE 29 DE ABRIL DE 2010

A Lei Nº 12.232/10 estabelece basicamente normas gerais aplicáveis às licitações e contratações pela administração pública de serviços de publicida-

LEGISLAÇÃO E NORMAS BRASILEIRAS SOBRE A PUBLICIDADE

de prestados por agências, mas também dá outras providências. Essas normas se aplicam às licitações e contratos com a União, os estados e municípios, bem como aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Esta lei reconhece a validade e vigência atual da Lei Nº 4.680/65 e estabelece que, de forma complementar, assim como a Lei Nº 8.666/93, ela será também aplicada aos procedimentos licitatórios e contratos deles decorrentes.

Convém destacar o disposto pelo art. 4º, § 1º, o qual estabelece que o certificado de qualificação técnica emitido pelo CENP ou outra entidade legalmente reconhecida também como fiscalizadora e certificadora de agências de propaganda é requisito para que uma agência de publicidade possa participar de licitações, firmar e executar contratos com a administração pública. Mas também se prevê no mesmo artigo que, além do certificado, apenas poderão ser contratadas agências de publicidade cujas atividades sejam regidas justamente pela Lei Nº 4.680/65.

Há ainda outras previsões importantes nessa lei. Especialmente os arts. 18 e 19 que se inserem claramente no sistema normativo que rege a publicidade no país como um todo, considerando-se explicitamente as normas de autorregulação como componentes deste sistema, mesmo no que se refere à sua aplicação às licitações e contratos com a administração pública.

Isso porque o art. 18 se refere aos planos de incentivo dos veículos em relação às agências, regulamentando a matéria nos mesmos termos que o CENP já havia feito, afirmando tratar-se de tema discricionário e livre de cada veículo e que não afeta a equação econômico-financeira definida na licitação e no contrato. Por outro lado, prevê-se nesse tocante que as agências deverão sempre se conduzir na orientação da escolha dos veículos no plano de mídia por pesquisas e dados técnicos comprovados, e não pela existência ou não de planos de incentivo. O desrespeito a essa previsão

constituirá grave violação aos deveres contratuais por parte da agência contratada e a submeterá a processo administrativo em que, uma vez comprovado o comportamento injustificado, implicará a aplicação das sanções previstas no caput do art. 87 da Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Por sua vez, o art. 19 estabelece que, para fins de interpretação da legislação de regência, os valores do desconto-padrão de agência (terminologia das Normas-Padrão da Atividade Publicitária adotada pela União), que são devidos pela concepção, execução e distribuição de propaganda, constituem receita da agência de publicidade e não deverão em nenhuma hipótese ser faturados e contabilizados como receita própria pelos veículos de divulgação, inclusive se o repasse do desconto-padrão for efetivado por meio do veículo, completando a vedação da Lei Nº 4.680/65 quanto ao repasse, para o anunciante, daquela remuneração fixada pelo veículo à agência.

Por fim, merece destaque nessa lei toda a disciplina prevista para os próprios procedimentos licitatórios, os quais deverão ser necessariamente de tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, não podendo ser de tipo “menor preço”, sendo que os editais deverão prever para a proposta de preço “quesitos representativos das formas de remuneração vigentes no mercado publicitário” (art. 6º, V). A lei detalha a forma da prestação de serviços prestados por agência de publicidade, os controles e a forma de subcontratações legítimas.

Legislação citada neste tópico:

LEI Nº 12.232/10

Art. 1º – Esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela administração pública de serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

A Lei Nº 12.232/2010 estabelece normas gerais aplicáveis às licitações e contratações da publicidade pela administração pública

§ 1º – Subordinam-se ao disposto nesta lei os órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, as pessoas da administração indireta e todas as entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes referidos no caput deste artigo.

§ 2º – As Leis nos 4.680, de 18 de junho de 1965, e 8.666, de 21 de junho de 1993, serão aplicadas aos procedimentos licitatórios e aos contratos regidos por esta lei, de forma complementar.

Art. 4º – Os serviços de publicidade previstos nesta lei serão contratados em agências de propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei Nº 4.680, de 18 de junho de 1965, e que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento.

§ 1º – O certificado de qualificação técnica de funcionamento previsto no caput deste artigo poderá ser obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP, entidade sem fins lucrativos, integrado e gerido por entidades nacionais que representam veículos, anunciantes e agências, ou por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda.

§ 2º – A agência contratada nos termos desta lei só poderá reservar e comprar espaço ou tempo publicitário de veículos de divulgação, por conta e por ordem dos seus clientes, se previamente os identificar e tiver sido por eles expressamente autorizada.

Art. 5º – As licitações previstas nesta lei serão processadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela contratação, respeitadas as modalidades definidas no art. 22 da Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993, adotando-se como obrigatórios os tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”.

Art. 6º – A elaboração do instrumento convocatório das licitações previstas nesta lei obedecerá às exigências do art. 40 da Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu § 2º e às seguintes:

[...]

V – a proposta de preço conterá quesitos representativos das formas de remuneração vigentes no mercado publicitário.

Art. 18 – É facultativa a concessão de planos de incentivo por veículo de divulgação e sua aceitação por agência de propaganda, e os frutos deles resultantes constituem, para todos os fins de direito, receita própria da agência e não estão compreendidos na obrigação estabelecida no parágrafo único do art. 15 desta lei.

§ 1º – A equação econômico-financeira definida na licitação e no contrato não se altera em razão da vigência ou não de planos de incentivo referidos no caput deste artigo, cujos frutos estão expressamente excluídos dela.

§ 2º – As agências de propaganda não poderão, em nenhum caso, sobrepor os planos de incentivo aos interesses dos contratantes, preterindo veículos de divulgação que não os concedam ou priorizando os que os ofereçam, devendo sempre conduzir-se na orientação da escolha desses veículos de acordo com pesquisas e dados técnicos comprovados.

§ 3º – O desrespeito ao disposto no § 2º deste artigo constituirá grave violação aos deveres contratuais por parte da agência contratada e a submeterá a processo administrativo em que, uma vez comprovado o comportamento injustificado, implicará a aplicação das sanções previstas no caput do art. 87 da Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 19 – Para fins de interpretação da legislação de regência, valores correspondentes ao desconto-

LEGISLAÇÃO E NORMAS BRASILEIRAS SOBRE A PUBLICIDADE

padrão de agência pela concepção, execução e distribuição de propaganda, por ordem e conta de clientes anunciantes, constituem receita da agência de publicidade e, em consequência, o veículo de divulgação não pode, para quaisquer fins, faturar e contabilizar tais valores como receita própria, inclusive quando o repasse do desconto-padrão à agência de publicidade for efetivado por meio de veículo de divulgação.

DECRETO Nº 57.690, DE 1/2/1966

O Decreto Nº 57.690/66 regulamentou a Lei Nº 4.680/65, prevendo regras referentes às comissões a serem pagas aos agenciadores de propaganda e aos descontos devidos às agências de propaganda.

Esse decreto também aborda a temática da ética profissional, ressaltando que as agências, os veículos e os publicitários estão submetidos ao Código de Ética dos Profissionais de Propaganda. Nesse contexto, traz listas de condutas que não são permitidas

e de deveres que constituem os princípios abrigados pelo art. 17 da Lei Nº 4.680/65. Dentre as condutas não permitidas destacam-se a publicação de textos contra a ordem pública e a moral, a divulgação de informações confidenciais relativas aos negócios de anunciantes, a difamação de concorrentes ou a atribuição de falhas a seus produtos. Dentre os deveres estão o de divulgar acontecimentos verídicos, negar comissões a pessoas relacionadas com o cliente e comprovar as despesas efetuadas.

DECRETO Nº 4.563, DE 31/12/2002

O Decreto Nº 4.563/02 trouxe mudanças à redação do art. 7 do Decreto Nº 57.690/66. Ele reconhece os benefícios trazidos pela autorregulação privada, expressamente mencionando diversos dispositivos das Normas-Padrão da Atividade Publicitária como aplicáveis às relações com as agências de propaganda no mercado publicitário, inclusive o item 3.5, que se refere ao Anexo “B” das referidas normas de autorregulação.

AS NORMAS-PADRÃO DA PUBLICIDADE BRASILEIRA

As Normas-Padrão da Publicidade Brasileira, estabelecidas de comum acordo entre Anunciantes, Agências e Veículos de Comunicação, podem ser conhecidas em sua totalidade em http://www.cenp.com.br/PDF/NomasPadrao/Normas_Padrao_Portugues.pdf

As Normas-Padrão estão divididas em 8 partes:

1. Conceitos Básicos
2. Das Relações entre Agências, Anunciantes e Veículos
3. Das Relações entre Agências e Anunciantes
4. Das Relações entre Agências e Veículos
5. Das Relações entre Veículos e Agenciadores Autônomos
6. Das Práticas e Procedimentos Operacionais da Atividade Publicitária
7. Do CENP – Conselho Executivo das Normas-Padrão
8. Das Disposições Gerais e Transitórias

No site do CENP (www.cenp.com.br) há acesso livre a todos os demais documentos relacionados à entidade (Estatutos Sociais, Resoluções e Comunicados, Comunicações Normativas, Normas de Regulamentação e Regimentos – da Diretoria Executiva, Conselho de Ética e Comitê Técnico de Mídia), além da íntegra da legislação aplicável e de todos os demais detalhes relativos ao próprio CENP e suas atividades. Os principais documentos têm versões em inglês e espanhol.

CENP - CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO

CONSTITUIÇÃO

Entidades Fundadoras

ABA - Associação Brasileira de Anunciantes
ABAP - Associação Brasileira de Agências de Publicidade
ABERT - Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão
ABTA - Associação Brasileira de Televisão por Assinatura
ANER - Associação Nacional de Editores de Revistas
ANJ - Associação Nacional de Jornais
Central de Outdoor
FENAPRO - Federação Nacional das Agências de Propaganda

Entidades Associadas

ABOOH - Associação Brasileira de Out of Home
IAB Brasil - Interactive Advertising Bureau
FENAPEX - Federação Nacional da Publicidade Exterior

Entidades Profissionais Aderentes / Conveniadas

APP Brasil - Associação dos Profissionais de Propaganda
Grupo de Atendimento de São Paulo
Grupo de Planejamento Brasil
Grupo de Mídia de São Paulo
ARP - Associação Riograndense de Propaganda
ABEP - Associação Brasileira de Empresas de Pesquisa

CENP em Revista

Todas as edições da *CENP em Revista*, desde o número 1, estão disponíveis no site do CENP, no endereço:
<http://www.cenp.com.br/cenp-em-revista/>
Download livre e gratuito

ORGÃOS E DIRIGENTES

Conselho Executivo

ABA - 4 Titulares e 4 Suplentes
ABAP - 3 Titulares e 3 Suplentes
ABERT - 4 Titulares e 4 Suplentes, sendo 2 de rádio e 2 de TV
ABTA - 2 Titulares e 2 Suplentes
ANER - 2 Titulares e 2 Suplentes
ANJ - 2 Titulares e 2 Suplentes
CENTRAL DE OUTDOOR - 2 Titulares e 2 Suplentes
FENAPRO - 3 Titulares e 3 Suplentes
ABOOH - 1 Titular e 1 Suplente
IAB BRASIL - 1 Titular e 1 Suplente
FENAPEX - 1 Titular e 1 Suplente

Colégio de Presidentes do Conselho de Ética

Representantes de Anunciantes, Agências e Veículos, escolhidos pelo Conselho Executivo

Conselho de Ética

Nas Câmaras de Ética a composição é tripartite (Agências, Veículos e Anunciantes) e contam com representantes das entidades Fundadoras e Associadas Institucionais

Diretoria Executiva

Presidente Administrador
3 Vice-Presidentes
3 Diretores

Mais informações sobre o CENP podem ser obtidas pelo www.cenp.com.br

Primeiro número da série Documentos CENP - Julho de 2017

Esta série de publicações soma-se a outras iniciativas que objetivam disseminar informações relevantes para o ambiente brasileiro de autorregulação ético-comercial, existente em razão das Normas-Padrão da Atividade Publicitária.

Mais informações sobre este e outros temas podem ser acessados em www.cenp.com.br



AUTORREGULAÇÃO. SE NÃO TEM RESPEITO, NÃO TEM NEGÓCIO