

Parecer Saulo Ramos

Parecer apresentado no
Seminário de Propaganda 1976
Realizado em Gramado



ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE

Saulo Ramos

Parecer

Parecer apresentado no
Seminário de Propaganda 1976 realizado em Gramado
(Em 21 de Outubro de 1976).

Dr. José Saulo Ramos Advogado

Re-Edição - Março de 2004

A revolução de 1964 encontrou a atividade publicitária sem qualquer ordenamento jurídico. Apesar da importância econômica do setor, que movimentava altíssimos valores financeiros e já criara considerável mercado de profissionais especializados, influenciando, inclusive, na formação da opinião pública e nos costumes, no consumo, na produção, nas vendas, nas ofertas e na procura, a publicidade se desenvolvia sem regramento legal específico.

Verificando a importância dessa atividade para o desenvolvimento do país, o legislador de 1965 editou a lei nº 4.680, regulamentada pelo Decreto nº 57.690/1966, iniciando legislação especial, que, neste ano de 1976, completa dez anos de vigência.

Destaca-se na nova ordem jurídica o tratamento dado pela lei ao conceito de agência de publicidade, aos seus deveres e direitos e às suas relações com anunciantes e veículos de divulgação, impondo a todos, nos múltiplos aspectos negociais que os envolvem, normas reguladoras de conduta, ditadas pelo interesse público em dar à atividade disciplina legal à altura de sua importância social e, principalmente, para dar-lhes condições de desenvolver-se seriamente ao lado de outros setores econômicos que se desenvolvem com seu auxílio ou sua direta participação.

Quem examinar atentamente a legislação verificará que as agências de propaganda foram tiradas da antiga e vexatória submissão aos clientes, que lhes impunham remunerações vis através de diversas formas de abusos e pressões, inclusive através da concorrência desleal que entre elas próprias se verificava na disputa de mercado, quando todas, para assegurar sua sobrevivência no dia-a-dia, contratavam seus serviços em condições gravosas e quase suicidas.

Tais condições impediam o desenvolvimento, não apenas das atividades empresariais, mas e também do mercado de trabalho, reputado de alta relevância social porque reúne técnicos, especialistas, executivos, artistas, escritores, desenhistas, enfim, várias categorias de trabalho intelectual, conforme está definido nos artigos 4º e 5º do Decreto nº 57.690/66.

Ao ordenar este setor de importância no desenvolvimento nacional

e na formação da opinião pública, o Governo Brasileiro fez uma opção filosófica que orientou o direito positivo sobre a matéria: as agências brasileiras de propaganda deveriam ter absoluta autonomia e independência econômica, quer face aos veículos, quer face aos anunciantes.

Todo o elenco de normas editadas demonstra a preocupação de criar condições para que a categoria profissional da publicidade não venha a sofrer pressões econômicas que possam desvirtuar, ou impedir, ou retardar o desenvolvimento desse trabalho intelectual, de inegável interesse público.

As normas editadas em 1965, embora hoje reclamem alguns aperfeiçoamentos, demonstraram que a opção brasileira estava certa. O resultado aí está: o Brasil já conta com inúmeras agências, equiparáveis às maiores do mundo em qualidade de serviços, em originalidade nas criações, em padrões e em eficiência profissional, demonstrando que a segurança empresarial criou condições para o surgimento e o desenvolvimento de milhares de técnicos e intelectuais, hoje atraídos pelo setor em razão da segurança jurídica que veio tutelar o desenvolvimento da profissão e a estabilidade das empresas em que é exercida.

Autonomia das Agências de Propaganda

O ordenamento jurídico nacional sobre a propaganda e seus profissionais, seus direitos e deveres nos relacionamentos com anunciantes e veículos, os deveres e direitos destes dois últimos nas atividades negociais da publicidade, está assente em quatro estatutos básicos: as Normas-Padrão editadas pela Associação Brasileira de Agências de Propaganda – ABAP; o Código de Ética adotado pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda (Rio, 1957); a Lei nº 4.680/65 e seu Decreto Regulamentar nº 57.690/66. As Normas-Padrão e o Código de Ética têm força de lei, porquanto este último a elas foi incorporado expressamente pelos artigos 17 da Lei nº 4.680/65 e 17 do Decreto nº 57.690/66. O Código de Ética, por sua vez, ao tratar das agências de propaganda (item 1, nº 3), constitui a ABAP como órgão competente para definir as funções das empresas de publicidade. A ABAP cumpriu essa delegação de competência editando as Normas-Padrão.

Entre outras matérias relevantes tratadas por estes estatutos legais, salienta-se a proibição de ser a agência de propaganda filiada ao anunciante, quer direta, quer indiretamente.

Ao optar pela autonomia das agências, o legislador brasileiro proibiu qualquer submissão da agência ao cliente, quer em forma de domínio acionário, quer em forma de domínio indireto através de “holdings”, ou pessoas físicas.

Está escrito nas Normas-Padrão, item I:

“A agência de Propaganda é uma entidade especializada na ciência, arte e técnica publicitárias, que estuda, concebe, executa e distribui propaganda por ordem e conta de Clientes-Anunciantes, aos quais não deve ser direta nem indiretamente filiada”.

Nas mesmas normas considera-se prática condenável “violarem os Estatutos da Associação Brasileira de Agências de Propaganda e o Código de Ética aprovado pelo I CBP”.

No Código de Ética, item I, nº 3, está escrito:

“Agência de Propaganda é a firma organizada para exercer as funções definidas pela ABAP...”

Além da definição que a própria ABAP fez nas Normas-Padrão, seus Estatutos Sociais declaram que a condição de agência de publicidade para ser reconhecida como tal é:

“não estar filiada, direta ou indiretamente, a qualquer anunciante ou veículo de divulgação”.

Imposta esta condição, via das conexões de normas, o legislador passou a regular de forma cogente a remuneração das agências de propaganda, adotando sistema que assegurasse plena eficácia à teleologia legal.

Enquanto em alguns países se permite às agências cobrarem de seus clientes uma taxa de serviço, acrescida ao preço líquido da propaganda veiculada, no Brasil a lei criou regime distinto e, a nosso ver, mais eficiente: pela veiculação o cliente nada paga à agência. Esta obtém do veículo 20% de desconto sobre o preço de tabela. O desconto é honorário da agência, que não o pode transferir ao cliente, parcial ou totalmente, segundo expressa norma proibitiva da lei e do decreto.

Por outro lado, ao veículo é proibido conceder desconto ao anunciante que programar, sem ser por meio de agência, sua propaganda. O veículo é obrigado, ainda, a ser tabelas de preços, publicadas regularmente, e sobre as quais são fixados os descontos exclusivos das agências (privilegio de preço instituído em lei). A obrigatoriedade da publicação das tabelas facilita, igualmente, o controle contra eventuais fraudes que possam ser praticadas através de ajustes ilícitos entre anunciante e veículos, quando estes, oprimidos por dificuldades econômicas, deixam de exercer o direito que a lei lhes assegura.

Diz o artigo 11º da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965:

“A comissão, que constitui a remuneração dos Agenciadores de Propaganda, bem como o desconto devido às Agências de Propaganda, serão fixados pelos veículos de Divulgação sobre os

preços estabelecidos em tabela.

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 enquadra na classificação de Agenciador de Propaganda ou Agência de Publicidade; como definidos nesta lei “.

Nas Normas-Padrão lemos:

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

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

No decreto nº 57.690 está escrito:

“O Veículo de Divulgação fixará, em tabela, a comissão devida aos Agenciadores, bem como o desconto atribuído às Agências de Propaganda.

§ 1º -

§ 2º - Desconto é o abatimento concedido pelo Veículo de Divulgação como estímulo à Agência de Propaganda, que dele não poderá utilizar-se para rebaixa dos preços de tabela.

§ 3º - Nenhuma comissão ou desconto será concedido sobre a propaganda encaminhada diretamente ao Veículo de Divulgação, por qualquer pessoa física ou jurídica que não se classifique como Agenciador de Propaganda ou Agência, definidos no presente Regulamento.”

De todos esses textos legais, verifica-se que o legislador brasileiro

instituiu normas claras no sentido de assegurar a agência privilégio no desconto sobre os preços da veiculação; e a obrigação de tais preços serem fixados, em tabela, para evitarem-se fraudes, não apenas no interesse dos agenciadores, mas dos próprios veículos, que têm na lei o meio válido de se

defender das pressões econômicas de anunciantes menos atentos aos interesses públicos que incidem sobre a atividade de que participam.

O rigor imposto pela lei vai aos detalhes do próprio processamento de cobrança, obrigando os veículos a faturarem o preço do anúncio em nome do anunciante, mas determinando que a fatura seja enviada à Agência responsável pela propaganda (artigo 15º do Decreto nº 57.690/66).

E, ao estabelecer sanções para as infrações à lei, o legislador instituiu punição especial para a fraude a esta disposição, conforme se vê pelo artigo 16, “b”, da Lei nº 4.680/65:

“se a infração for a do parágrafo único do art. II, serão multadas ambas as partes, à base de 10 (dez) a 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do negócio publicitário realizado.”

Confira-se também o artigo 26, alínea “b”, do Decreto nº 57.690/66:

“multa, de dez a cinquenta por cento do valor do negócio publicitário realizado, se a disposição violada for a do § 3º, do art. II, deste Regulamento.”

A proibição, portanto, é de ordem pública, incumbindo a fiscalização ao Departamento Nacional do Trabalho, às Delegacias Regionais do Ministério do Trabalho, às entidades sindicais e as associações civis de classe. Aplicada à multa, permite-se recurso, mas somente no efeito devolutivo, ficando os infratores sujeitos à imediata execução (artigo 30 do Decreto).

Através desses textos, verifica-se que o legislador não quis que os anunciantes tivessem suas próprias agências e, ao mesmo tempo, estabeleceu normas no sentido de assegurar às agências

autônomas o privilégio do desconto sobre a tabela, a que o anunciante não tem acesso.

Por esta regulamentação o anunciante, sem qualquer vantagem de contratar diretamente com o veículo, é forçado a recorrer à agência, não para se beneficiar do abatimento do preço, mas para utilizar-se de melhores serviços técnicos e intelectuais, o que, como membro da coletividade, consulta aos seus próprios interesses ao ter seus produtos e suas campanhas tratadas pelos melhores técnicos em comunicação.

Verifica-se, pois, que a lei procura orientar os anunciantes a se utilizarem de serviços de alta categoria nas suas mensagens publicitárias, servindo-se de métodos melhores e mais diversificados que um simples departamento próprio poderia lhes dar.

Não se trata de uma interferência do Estado na ordem privada e, sim, de prevalência do interesse público sobre o privado. A mensagem publicitária pode educar ou deseducar, formar opinião ou agredi-la, ser moral ou imoral, sugerir condutas de ordem ou desordem social, influir na procura, nos preços, nos mercados, podendo ser um fator benéfico ou maléfico para a economia nacional, ou para a estabilidade social. Logo, o Estado tem o direito e o dever de regular seu exercício na forma que melhor consulte aos interesses coletivos, não se devendo esquecer que os veículos de maior penetração, através dos quais se realiza a publicidade, são a televisão e o rádio, serviços concedidos pelo Estado, logo, serviços públicos, sobre os quais o poder concedente exerça – e tem o dever de exercer – permanente vigilância aos padrões de qualidade, inclusive da propaganda.

Por outro lado, “o Estado não é nenhum ente superior e alheio à sorte dos indivíduos e, sim, o meio pelo qual se visa a realização do bem comum e, portanto, o dos indivíduos” (Vicente Ráo, “O Direito e a Vida dos Direitos”, vol. I, tomo I, pág. 240).

Verifica-se, finalmente, que a lei não proíbe ao anunciante de veicular seu anúncio, mas não permite que obtenha qualquer desconto dos veículos. No caso de fraude, ambos estarão sujeitos a fortes sanções. Entre os casos de fraude estão incluídas, sem

sombra de dúvidas, as interpostas pessoas, físicas ou jurídicas, que servem de biombo para camuflar a prática lesiva ao sistema desejado pela lei.

“House-agencies”

Coerentemente com os critérios seguidos, o legislador brasileiro não quis que o anunciante pudesse fraudar a lei através de agências aparentemente autônomas, mas, na verdade fática, a ele filiadas por dependência acionaria, econômica ou por exclusividade de conta publicitária, isto é, pela imposição como cliente único, fazendo a agência, embora juridicamente a ele não filiada, ter sua subsistência dependente da continuidade da programação de sua publicidade. Todas as formas de dependência direta ou indireta são condenadas, ainda que tenham sido previstas tipicamente na lei, mas condenadas estão pelo espírito geral que se depreende da codificação especial.

Nas duas primeiras hipóteses, isto é, das agências direta ou indiretamente filiadas ao cliente, trata-se das “house-agencies”, as agências domésticas, que, de uma ou de outra forma, pertençam ao anunciante ou por ele são dirigidas.

A última hipótese, isto é, a da dependência profissional absoluta, ainda que se não tratem de “house-agencies”, é punida pela lei especial contra os abusos do poder econômico, Lei nº 4.137, de 10/09/1962, Decreto nº 52.025, de 20/05/1963.

Ultimamente algumas grandes empresas anunciantes vêm tentando burlar o espírito da lei brasileira através de dois expedientes distintos: 1º) a constituição de “house-agencies” sem filiação à ABAP, considerando que a proibição é meramente estatutária e o não ingresso na associação civil liberta as agências domésticas da sanção; 2º) a constituição de uma central de compra de mídia, que respeitará os honorários das agências, mas que transferirá ao anunciante a negociação direta dos espaços junto aos veículos, ou outros vendedores de mídia. Uma e outra forma é condenável face ao direito brasileiro, segundo as normas especiais aplicáveis ao setor.

O Decreto nº 57.690/66, no § 3º do artigo 11, ao proibir a concessão de desconto à pessoa jurídica que não fosse agência, considera agência aquela definida no diploma legal. Ora, o diploma regulamentar, bem como a lei, remeteu a definição de

agência ao Código de Ética que, por sua vez, incumbe-se à ABAP.

Para a ABAP agência de publicidade é a empresa a ela filiada, sujeita aos seus Estatutos e Código de Ética, que integram o contexto legal. Admitir que é agência de publicidade a pessoa jurídica, com esse objetivo, não filiada à ABAP, admitindo-se, em consequência, que está isenta das proibições e livre das sanções estabelecidas, seria fazer ruir toda a legislação brasileira sobre o setor, porquanto as regras legais se assentaram todas no Código de Ética, Normas-Padrão e na ABAP, procurando seguir as normas modernas da auto-regulamentação pela própria categoria.

Embora a obrigatoriedade de filiação não esteja expressamente regulamentada, ela surge da harmonização dos textos. A agência de publicidade não filiada à ABAP, na nossa opinião, não poderia exercer essa atividade profissional, tal como bacharel não filiado à OAB não pode advogar, ou como não pode exercer a engenharia o engenheiro não filiado ao CREA, o médico, o dentista, quanto às suas leis especiais, e o próprio publicitário (artigo 31, Decreto nº 57.690/66).

Dir-se-á que as agências empregam, mas não constituem, em si mesmas, uma categoria profissional que deva ser protegida pelo registro em entidade de classe como pressuposto para o exercício da profissão. Mas o interesse público não se limita à vigilância do exercício da profissão. Vai à totalidade dos efeitos da atividade profissional, que tenha repercussões públicas sérias. Para isto editou a lei.

Não se pode, porém, permitir que a lei caia no vazio, que se legisle para o nada. Se a agência não filiada à ABAP infringir o Código de Ética e as Normas-Padrão, ferindo apenas indiretamente o texto do decreto e da lei, a que sanção estará sujeita, se aquela conduta subjetiva depende de apreciação da entidade de classe dentro do princípio da auto-regulamentação? A lesão ao Código de Ética, que a lei incorporou ao seu texto, é punida pela ABAP. Em consequência, estar fora da ABAP é estar fora da lei.

Se a lei adota a ABAP, via do Código de Ética, como o organismo definidor das funções de agência de publicidade, cremos que a própria associação poderá baixar a condição de filiação como

pressuposto do exercício dessas funções, submetendo-a à aprovação do ministro do Trabalho. Há necessidade de que se adote a norma condicional, inclusive para efeitos de registro de comércio, dispondo que não será agência de publicidade, e não terá personalidade jurídica com esse objeto social, sem a prévia aprovação da ABAP.

Claro está que toda agência verdadeiramente autônoma, quando fundada, procura filiar-se a ABAP. As que não se submetem à filiação indicam desde logo submissão a determinado anunciante, ou nos atos constitutivos, ou nos futuros aumentos de capital.

Quanto ao outro método, a centralização de compra de mídia pelo próprio anunciante, deixando-se às agências, que o servem, a simples elaboração da publicidade, vem ferir, embora por meio mais sofisticado, a teleologia do sistema jurídico aplicado ao setor.

O veículo passará a negociar preços com o anunciante, a conceder abatimentos diretos, ainda que parcialmente assegurados às agências através de taxas de serviços (que o cliente dirá quais são), permitindo-se o sistema que a lei brasileira quis abolir: a influência do anunciante sobre o veículo de divulgação, em detrimento de sua tabela e de sua liberdade econômica.

Nossa lei, ao estabelecer as normas de descontos como privilégio das agências, quis, também e principalmente, preservar os veículos de divulgação de qualquer pressão do poder econômico do anunciante, instituindo razoável sistema de defesa de seus preços de tabela.

Acresce que o intercalamento da agência entre anunciante e veículo é forma de compor relacionamento comercial sem o risco de truculências financeiras ou abusos do poder econômico, lesivos à liberdade de imprensa e à liberdade de pensamento.

Todos esses aspectos, e muitos e muitos outros, estão previstos na legislação da publicidade, alguns de forma correta e suficiente, outros a reclamar aperfeiçoamentos que estes dez anos de aplicação prática da lei aconselham, aperfeiçoamentos que, para serem suficientes e corretos, dependem de um trabalho conjunto entre homens do governo e das classes interessadas, que

estabelecerão, tecnicamente, o que deve ser ativado na lei pela simples aplicação ou execução e o que deve ser melhorado para, inclusive, dar aos processos executivos eficácia capaz de atingir o objetivo legal.

Da Fiscalização

A Lei nº 4.680/65 dispõe no artigo 15:

“A fiscalização dos dispositivos desta lei será exercida pelo Departamento Nacional do Trabalho, Delegacias Regionais, assim como pelos sindicatos e associações de classe das categorias interessadas, que deverão representar às autoridades a respeito de quaisquer infrações.”

Já o decreto nº 57.690/66, no artigo 25º, estende o direito de representação às associações civis de classe.

Nestes dez anos, porém, as associações de classe e sindicatos não representaram às autoridades do Ministério do Trabalho, e estas, por sua vez, nenhuma fiscalização promoveram de ofício, tendo-se a impressão de que o setor se desenvolve sem infrações à lei.

A verdade é que, ao menos em relação às agências, a representação contra infrações é profundamente constrangedora e perigosa, porque atinge anunciantes cujas contas lhes são necessárias e a veículos com quem não pretendem estremer relações.

Aos veículos, por sua vez, é quase impossível representar contra anunciantes que lhes exigiram abatimentos de preço por anúncios diretamente programados, porque estariam denunciando a si próprios e se indispondo com clientes, que reputam necessários aos seus interesses comerciais, ainda que momentâneos.

Essas fraquezas e incertezas da própria classe em defender-se e, portanto, em defender o interesse público que, naquele setor, encarna, podem ser supridas pela atuação de ofício da autoridade.

Bastará o Ministério do Trabalho instituir um órgão fiscalizador especializado para dar aplicação prática ao espírito da lei, sendo necessário salientar que o espírito da lei, tal como o enunciou o legislador de 1965, procura defender o conjunto dos participantes da atividade, isto é, a agência, o veículo e o anunciante,

considerando este peça da maior importância no setor.

Sem o anunciante não haveria o mercado da publicidade. O que se procura disciplinar é a conduta isolada de alguns que, por motivos injurídicos, buscam maiores lucros, desagregando o contexto social que a lei quis firmar para o mercado no interesse público.

A presença do Estado, de forma ativa através da fiscalização, virá dar eficácia prática à mens legis, porque o poder público não estará apenas punindo os que fraudaram a lei, mas, e sobretudo, estará ajudando uma grande categoria empresarial a defender a si própria, incluídos nessa categoria veículos, agências, publicitários e os próprios anunciantes, que a ordem pública deseja livres, fortes, independentes e capazes de cumprir as altas funções que lhes são reservadas no desenvolvimento do país. As atividades de cada um neste setor ultrapassaram os limites dos interesses privados para, no conjunto de suas pretensões reunir os elementos que hoje formam a ciência da comunicação, sujeita, pela própria importância, à tutela do direito público.

Por isso e para isto a lei foi editada, como expressão da vontade coletiva, que se preocupa não apenas em outorgar direitos a determinadas pessoas, mas em fazer com que elas os exerçam plenamente, no interesse da vida social, cujo equilíbrio e cuja evolução dependem dos direitos conquistados e englobadamente exercidos por todos os membros da coletividade. Sem a consciência deste dever individual, no conjunto da sociedade moderna, não se cumprirá o destino de nossa civilização, que está na soma da particularíssima obra de cada um para o resultado do bem-estar de todos.



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