COMPLIANCE NA PUBLICIDADE

DOCUMENTOS DE ORIENTAÇÃO ÉTICA I

Compliance e proposições éticas na autorregulação da publicidade.

Português | English | Español

CENP
Conselho Executivo das Normas-Padrão

DOCUMENTOS DE ORIENTAÇÃO ÉTICA I

COMPLIANCE E PROPOSIÇÕES ÉTICAS NA AUTORREGULAÇÃO DA PUBLICIDADE

São Paulo, 2014

Coordenação e organização dos textos:
Caio Barsotti
João Luiz Faria Netto
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Thiago Brito

Capa:
Zoégas Comunicação e Marketing Digital

Produção Editorial:
Porto Palavra Editores Associados

Arte:
Conexão Brasil – Computação Gráfica

Revisão:
Ana Maria Barbosa

Tradução:
Helena Nicotero - Inglês
Israel Fernandez - Espanhol

Impressão:
Editora Referência Ltda.

CENP
Conselho Executivo das Normas-Padrão

Entidades fundadoras

Entidades associadas

Este livro é de responsabilidade editorial do CENP – Conselho Executivo das Normas-Padrão, entidade privada criada e organizada com base na legislação brasileira, gerida pelas entidades nacionais representativas de:

ANUNCIANTES

Associação Brasileira de Anunciantes

AGÊNCIAS

Associação Brasileira de Agências de Publicidade

Federação Nacional das Agências de Propaganda

VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO

Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão

Associação Brasileira de Televisão por Assinatura

Associação Nacional de Editores de Revistas

Associação Nacional de Jornais

Central de Outdoor

Associação Brasileira de Mídia Digital Out Of Home

Interactive Advertising Bureau

Compliance é palavra inglesa
de origem latina que designa o ato de cumprir em
conformidade com uma norma, uma vontade;
melhor que cumprimento,
sua tradução deveria ser observância;
mas o termo inglês se difundiu e, por força dessa
difusão, é usado neste opúsculo.

Carta do Presidente

A propaganda é atividade-meio para quem anuncia seus produtos e serviços e para quem veicula as peças publicitárias. É atividade-fim para as agências de publicidade que, no modelo brasileiro, *full service*, exercem tarefas que vão dos estudos de mercado e criação de peças ao planejamento e intermediação dos anúncios. No país, nas três áreas, a publicidade envolve algumas dezenas de milhares de empresas, dos grandes centros às pequenas cidades, numa relação complexa, de confiança mútua e de permanente atualização.

É, reconhecidamente, uma atividade aberta, de muita concorrência, de valorização de técnicas de marketing e bastante criatividade individual. Arte e ciência, a publicidade tem proteção e está subordinada a leis – nossa Constituição Federal assegura a liberdade de anunciar, veda a censura prévia e reserva à União o direito de legislar sobre a atividade; a lei ordinária conta com normas que disciplinam o fazer e a relação entre as partes; a autorregulação assegura o ambiente concorrencial saudável e intenso das relações comerciais e aprimora a sua qualidade.

Este documento é destinado a quem lida com a publicidade e tem um único objetivo: alertar para a necessidade de se estar em ***compliance***, a única forma conhecida de existência corporativa de atuar dentro das leis, das convenções e com liberdade de mercado, respeito ao consumidor e compromisso com o desenvolvimento sustentável.

É leitura que recomendo para quem dirige, formula programas de marketing, cria, estuda e indica meios e veículos e quem leva as mensagens publicitárias ao público; enfim, para todos aqueles que operam com publicidade e propaganda.

É leitura rápida, com anexos de leis e normas para consulta, se necessário.

Merece menção especial também o parecer do prof. Tercio Sampaio Ferraz Junior, apresentado como Apêndice, que, profundo conhecedor do mercado brasileiro e da autorregulação, destaca o reconhecimento do CENP e das Normas-Padrão, inclusive pelo Poder Judiciário, além de apontar que o mercado é altamente competitivo: "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".

Caio Barsotti
Presidente

ÍNDICE

1. Regulação, autorregulação e *compliance*..... 9
2. A autorregulação da publicidade no Brasil..... 16
2.1. A autorregulação e o CENP.....16
2.2. As Normas-Padrão da Atividade Publicitária:
orientações éticas e técnicas.....19
2.2.1. As relações entre agências,
anunciantes e veículos.....20
2.2.2. As relações entre agências e anunciantes 22
2.2.3. As relações entre agências e veículos 24

3. Autorregulação, Conselho de Ética e *compliance*.... 25

APÊNDICE 1:
A regulação da publicidade no Brasil 29
1. A Constituição Federal.....29
2. As leis.....35
2.1. Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965 35
2.2. Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010.....38
3. Os decretos.....43
3.1. Decreto nº 57.690, de 1º de fevereiro de 1966 43
3.2. Decreto nº 4.563, de 31 de dezembro de 2002.....44

APÊNDICE 2:
Parecer, prof. Tercio Sampaio Ferraz Junior.....45

English version 59

Versión al español..... 117

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 nºs 4.680/65 e 12.232/10, Decreto Federal nº 57.690/66, alterado pelo Decreto nº 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[1] 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 nº 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 nº 57.690/66.

1. ABA – Associação Brasileira de Anunciantes; ABAP – Associação Brasileira de Agências de Publicidade; FENAPRO – Federação Nacional das Agências de Propaganda; 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 do Outdoor; ABDOH – Associação Brasileira de Mídia Digital Out of Home; e IAB Brasil – Interactive Advertising Bureau.

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 nº 4.680/65 e art. 19 da Lei nº 12.232/10), vedando que ele seja **concedido a quem não seja agência** (parágrafo único do art. 11 da Lei nº 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 nº 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 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

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 nº 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 sólida 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 asse-

guram 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 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 Ar-

bitragem 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 no mercado

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 compreeder 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.

2.1. 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 – ABDOH.

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

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.

2.2. 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.

2.2.1. 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[2] as agências em sete grupos, conforme a receita anual delas.

Resumidamente temos:

- As listas de preços segundo os quais os veículos comer-

[2] Esta classificação visa tão somente a indicar o nível mínimo de compromisso com estrutura/instrumental técnico da agência, inclusive com a utilização de estudos e pesquisa de mídia tecnicamente credenciados pelo CENP, que conta com um Comitê Técnico de Mídia de atuação permanente, formado por profissionais de agências, veículos e anunciantes, e que possuem notórios conhecimentos nesse campo.

cializam o seu espaço, o seu tempo e os seus serviços DEVEM ser públicos e devem valer indistintamente para os negócios que lhes são encaminhados pelos anunciantes diretamente, ou por meio de agências.

- 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).

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

- As agências DEVEM realizar seu trabalho, especialmente 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.

2.2.2. 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 ne-

gociada parcela do desconto-padrão a ser revertida para o anunciante em ***compliance***.

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 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 renumeração por meio do desconto-padrão, mas deverá com este guardar relação de equivalência proporcional, sendo ILEGAL a contratação de propaganda em condições antieconômicas, 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.

2.2.3. 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, 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 ***compliance*** 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 relembrar 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 melhores 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 de todo esse 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 co-

municada aos responsáveis pela agência e pelo anunciante envolvidos na controvérsia e dela 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 sobre situação de ***non compliance***.
- Antes de declarar a situação de ***non compliance***, tomando as devidas providências estatutárias, o Conselho de Ética DEVE instaurar procedimentos em duas instâncias, a Câmara de Conciliação e Mediação e a Câmara de Arbitragem e Conflitos Éticos, nas quais DEVEM ser sempre oportunizadas aos agentes a ampla defesa e a possibilidade de conciliação.
- Caso, de início, já se verifique a inexistência de problema ético, o presidente do CENP PODE recomendar que o procedimento seja arquivado.
- Por meio de sua Câmara de Conciliação e Mediação, o Conselho de Ética DEVE tentar viabilizar um acordo entre os agentes, de modo que os mesmos retornem, voluntariamente, à situação de ***compliance***.
- Caso as tentativas de acordo perante a Câmara de Conciliação e Mediação se revelem infrutíferas, persistindo o conflito ético, o procedimento deverá ser remetido à Câmara de Arbitragem e Conflitos Éticos, na qual os conselheiros

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

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.

APÊNDICE 1
A regulação da publicidade no Brasil

O objetivo deste Apêndice é apresentar 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 nºs 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 nºs 57.690/66 e 4.563/02, os quais regulamentam a Lei nº 4.680/65.

1. 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 in-

formação, assim como o direito do consumidor e o capítulo acerca da comunicação social.

A Constituição traz dispositivos que são relevantes para o exercício da atividade publicitária, dentre os quais as liberdades de comunicação e expressão

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. 5º, IV), a liberdade de expressão (art. 5º, 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. 1º 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. 5º, 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 deter-

minadas diretrizes, proibindo-se o seu exercício de modo enganoso ou abusivo, os quais o Código de Defesa do Consumidor tipifica como práticas ilícitas, passíveis de punições.

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:

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 jus-

tiça 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 apresentação 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.

Art. 224 – Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

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

2. AS LEIS

2.1. 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 que, vinculados aos veículos de comunicação (os contatos, no jargão de mercado), a eles encaminhem propaganda 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 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 estabelece que elas são devidas aos agenciadores de propaganda sob a forma de remuneração, o que implica a necessidade de haver uma contrapartida pelo serviço prestado. No caso das agências, a lei determina que a comissão seja por desconto, o qual tem caráter obrigatório e deve ser fixado 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 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 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.

A Lei nº 12.232/2010 estabelece normas gerais aplicáveis às licitações e contratações pela administração pública de serviços de publicidade, e dá outras providências

2.2. LEI Nº 12.232, DE 29 DE ABRIL DE 2010

A Lei nº 12.232/2010 estabelece basicamente normas gerais aplicáveis às licitações e contratações pela administração pública de serviços de publicidade 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 ou firmar 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 deverá afetar 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 administra-

tivo 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 pelo legislador), 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 licita-

ções 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.

§ 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.

O Decreto nº 57.690/66 aborda a temática da ética, ressaltando que agências, veículos e publicitários estão submetidos ao Código de Ética dos Profissionais de Propaganda

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

3. OS DECRETOS

3.1. DECRETO Nº 57.690, DE 1º DE FEVEREIRO DE 1966

O Decreto nº 57.690 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.

3.2. DECRETO Nº 4.563, DE 31 DE DEZEMBRO DE 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.

APÊNDICE 2 Parecer, prof. Tercio Sampaio Ferraz Junior

AUTORREGULAÇÃO DO MERCADO PUBLICITÁRIO: O CENP

AUTORREGULAÇÃO DO ÂNGULO CONCORRENCIAL

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

A possibilidade de se estabelecerem acordos, horizontais e verticais, entre agentes econômicos, é reconhecida na literatura e na jurisprudência internacionais

Do **ângulo econômico**, a provisão eficiente de bens públicos ou coletivos afeta a competitividade privada de empresas individuais, constituindo o que Piore e Sabel[3] denominam de infraestrutura extrafirma e que compõem instituições setoriais na acepção de Best[4].

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

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,

[3] Piore, Michael; Sabel, Charles F. *The Second Industrial Divide*. New York: Basic Books, 1983.
[4] Best, Michael. *The New Competition*: Institutions of Industrial Restructuring. Cambridge: Harvard University Press, 1990. 296 p.

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 qualidade[5].

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, sobre-

[5] Ogus. Rethinking self-regulation, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 15.

tudo quanto à lealdade negocial em termos concorrenciais, admitindo-se também regras sobre a formação de preço[6]. A previsão de um processo de reconhecimento dessas regras junto à autoridade concorrencial (Kartelamt), 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 razão[7].

[6] Cf. Rainer Bechtold, *GWB – Kartelgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Munique, 1993, p. 375 ss.
[7] Cf. *Antitrust Law Developments – ABA*, 4th ed., 1997, v. I, p. 110-115.

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[8]. 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[9]; 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[10]; 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[11]; ou seja, o acordo tem também repercussão relacional e assim deve ser analisado;

[8] Cf. *St. Bernard Gen. Hosp. v Hospital Serv. Association*, 712 F.2d 978,988 (5th Cir. 1983).
[9] Cf. *Radiant Burners v Coke Co.*, 364 U.S. 656, 658 (1961).
[10] Cf. *Bogus v American Speech & Hearng Association*, 582 F2d. 277 (3d Circuit 1978).
[11] Cf. *Consolidated Metal Products v American Petroleum Inst.* 846 F.2d 284, 295 (5th Circ.1988).

(e) não há violação antitruste onde a autorregulamentação implementa padrões de segurança federais, ou seja, atende à legislação pertinente[12]; no caso, o acordo acolhe princípios da legislação referente à publicidade;

(f) o acordo deve prever salvaguardas processuais contra decisão que denega uma aprovação[13].

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[14], 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

[12] Cf. *Moore v Boating Ind. Associations*, 819 F2d 693, 695 (7th Circuit 1987).
[13] 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).
[14] *"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.shtm>. Data de acesso: 3 fev. 2014.

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 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.

A Federal Trade Commission (FTC) tem explicitado opinião favorável à autorregulação, entendida pela Corte como uma prática que auxilia o órgão no controle da concorrência

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;
- Fenapro – Federação Nacional das Agências de Propaganda.

E tem como associadas institucionais:

- IAB Brasil – Interactive Advertising Bureau Brasil;
- ABDOH – 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.

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.

Os veículos consideram que o desconto-padrão é o reconhecimento pelo efetivo *del credere* das agências que são responsáveis pelos baixos índices de inadimplência dos clientes

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 efetivo *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 encaminha 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 Pu-

blicitária, 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 princípios 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 à 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, 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.

Tercio Sampaio Ferraz Junior

ETHICS ORIENTATION DOCUMENTS I

COMPLIANCE AND ETHICS PROPOSITIONS IN ADVERTISING SELF REGULATION

CENP
Conselho Executivo das Normas-Padrão

São Paulo, 2014

Text coordination and organization:
Caio Barsotti
João Luiz Faria Netto
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Thiago Brito

Editorial Production:
Porto Palavra Editores Associados

Art Work:
Conexão Brasil – Computação Gráfica

Translation:
Helena Nicotero

Print:
Editora Referência Ltda.

CENP
Conselho Executivo das Normas-Padrão

Founding entities

Associated entities

This book's editorial responsibility is held by CENP – Conselho Executivo das Normas-Padrão, private entity created and organized under Brazilian law, managed by the national representative bodies of:

ADVERTISERS

Associação Brasileira de Anunciantes

AGENCIES

Associação Brasileira de Agências de Publicidade

Federação Nacional das Agências de Propaganda

COMMUNICATION MEDIA

Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão

Associação Brasileira de Televisão por Assinatura

Associação Nacional de Editores de Revistas

Associação Nacional de Jornais

Central de Outdoor

Associação Brasileira de Mídia Digital Out Of Home

Interactive Advertising Bureau

Compliance is the English word
of Latin origin that means the act to comply in
accordance to a norm, a wish,
rather than *cumprimento,* its translation should be
observância, but the English word has spread and, by
virtue of such, it is used in this essay.

Letter of the President

Advertising is the means of the activity to those who advertise their products and services and to those who place advertisements. It is the core activity for advertising agencies that, within the Brazilian model – full-service, perform activities ranging from market research and creating adverts to planning and advertisement mediation. In Brazil, in all three areas, advertising engages tens of thousands of companies, from large cities to small towns, following a complex relationship of mutual trust and permanent updating.

It is admittedly an open activity of much competitiveness, enhancement of marketing techniques and much individual creativity. As an art and science, advertising has protection and is subject to laws – our Federal Constitution guarantees freedom of advertising, prohibits prior censorship and entitles the Federal Government to legislate on the activity. Common law has rules governing the making and relationship between the parties; self regulation ensures healthy and strong competitive trade relations and improves its quality.

This document is intended for those who deal with advertising and carry a single goal: warning to the need to be under **compliance** – the only way known to all of corporate existence, to act within the laws, conventions and market freedom, to respect consumers and to have commitment to sustainable development.

I recommend this reading to those who lead, who draft marketing programs, who create, who study and recommend mediums and who take advertising messages to people, in short, to all those who work with advertising.

This shall be a quick reading with appendices of laws and norms for consultation, if desired.

Special mention shall also be given to the expert opinion of professor Tercio Sampaio Ferraz Junior, who holds deep knowledge of the Brazilian market and self regulation, hereby presented as Appendix, and highlights the recognition of CENP and the Standard-Norms even by the Judiciary body while pointing out that the market is highly competitive: "There is no doubt that during its fifteen years the market incorporated the Standard-Norms for Advertising Activity recognizing CENP as the entity that oversees **compliance**. It has adopted mechanisms that avoid opportunist-oriented initiatives, offering of uneconomical proposals in order to capture new Advertisers or keep them since that may imply poor quality services and unfair competition."

Caio Barsotti
President

The norms contained in the **federal law** apply to each and every situation, for all market players, and are independent of the wish to abide; self-regulatory norms apply to those who wish to reap its benefits and are subject to the ongoing commitment of market players reaffirmed through the relation and role of CENP – Conselho Executivo das Normas-Padrão (Executive Council of Standard-Norms).

Advertising agencies are hired by advertising companies for the provision of advertising services defined by law (full service), ranging from studies and conception to mediating advertisements. They are compensated by advertisers in terms of what they create, conceive and produce, directly or indirectly. For the mediation of advertising, the compensation – paid via contracting party – is the result of the discount set by mediums in their price lists over the actual amount for advertisement placement. The minimum value of such discount, referred to as standard-discount, recommended by the Standard-Norms is 20% for agencies that hold the Certificate of Technical Qualification.

The federal law established the **discount which is part of the compensation of advertising agencies whose value is set by mediums** (Art. 11 of Law nº 4680/65 and Art. 19 of Law nº 12232/10) forbidding it to be **granted to those who are not agency** (sole paragraph of Art. 11 of Law nº 4680/65). The same article established the commission exclusively intended to advertising agents, who act as broker, and bear no responsibility of market research or advertisement creation.

Federal legislation yielded legal force to the Code of Eth-

ics of Advertising Professional (art. 17 of Law nº 4680/65) and included into the list of legal prohibition, the transfer of standard-discount to the advertiser (item I, 8, of the Code of Ethics cited).

The agency, despite other contractual obligations, undertakes, due to the standard-discount, the role to maintain ongoing study of the media market and to provide to the medium an effective **del credere** charging on their behalf, the accounts relating to the placement of advertising and transferring values to the medium without use of them within the prescribed period.

The existence of the standard-discount is conditional to the payment by the advertiser of the advertisement placement

The existence of the standard-discount is conditional to the payment by the advertiser of the advertisement placement. Prior to that, it is solely an entry, as a reference, of its value, on the accounting and tax book issued by the communication medium. **Only when the medium is paid that the agency shall be entitled to its compensation, becoming, de facto and de jure, to be a creditor to that value**. The standard-discount is the exclusive property of agency, a fact made clear, interpretively, by federal law (Art. 19, Law nº 12232/10).

It is the duty of the agency to negotiate in each media commissioning, the best prices and terms of trade in favor of their clients-advertisers. Every and each trade discount will be reversed in favor of the advertiser. Otherwise, the agency will be breaching legal and conventional norms of advertising.

Contract negotiation between agency and advertiser is free. The relationship should, however, in order to ensure contractual balance, avoid uneconomical and anti-competitive practices and, in the case of the standard-discount, respect legal provisions and seal its transfer to third parties, despite its importance in the relationship which gave rise to that compensation.

In order to negotiate medium on behalf of an advertiser, the agency must be accredited by it along with the communication medium ensuring the right to act on behalf of the advertiser including hiring advert placement.

The advertising self regulation is a voluntary commitment undertaken by advertising agencies, media and advertisers who adhere to its norms The self-regulatory system facilitates daily relationship of thousands of agents in operations that require speed and solid mutual trust.

Companies and individuals are not obliged to adhere to the self-regulatory system, since, according to the Federal Constitution, no person shall be compelled to do or refrain from doing something except by virtue of law. The self regulation environment provided by the norms which formed CENP establishes parameters, references, indications, recommendations with fast track mechanism seeking to facilitate transactions among players, making them more timely and predictable.

In short:

The mediums when endorsing the Standard-Norms ensure to meet their legal obligations to (i) maintain single

public price list to be offered for negotiation, to all in the market, without restriction of any kind, (ii) to establish to all certified Advertising Agencies and to all advertising forwarded from every and each advertiser the standard-discount of at least 20%, (iii) – to make the discount percentage granted public according to its criteria for **non compliance** relations and other assumptions that are not recommended by the Standard- Norms and (iv) to comply with the requirement of advert placement pursuant to which was authorized by the agency.

The Advertising Agencies that endorse the Standard-Norms attest (i) to maintain permanent physical and qualified personnel structure (ii) to acquire and use media research in accordance with the market it operates in (iii) to ensure to the medium which are accredited the actual **del credere** (iv) to respect legal and established norms of the advertising market;

Advertisers, adhering to the Standard-Norms, enjoy an organized free market that is organically focused on the effectiveness of advertising communication, which promotes, ethically, the access of producers and service providers to Brazil's consumers.

CENP acts on behalf of its Founders and based on principles through its Ethics Committee, always in search of agreement in face of conflict between the parties involved, considering the Standard-Norms, holding clear role of conciliation and mediation. When no consensual solution is reached, the Chambers of Arbitration of the Ethics Committee utter decision which holds no punitive burden to the

party who is **non compliance**, consisting of merely declaratory warning communicated privately to representatives of the advertiser and the agency, as well as to the mediums and medium associations accredited to CENP.

The declaratory decision of non compliance is intended to warn that certain relationships may affect freedom, equality, competitiveness and transparency present in the advertising market

The declaratory decision of **non compliance** is intended to warn that certain relationships may affect freedom, equality, competitiveness and transparency present in the advertising market, since it may involve violating norms voluntarily established.

One shall also note that, as there is ample state-oriented legal and regulatory regimen especially with regards to advertising activities and also the general standard framework applicable to such activities (such as tax and fiscal issues, for instance), as well as those of international scope for multinational companies such as the Sarbanes-Oxley Act – SOX, the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) and UK Bribery Act, there is no avoidance of illicit or illegal practices committed by different parties in the advertising market to be identified and eventually punished by the competent authorities, which go completely beyond CENP's realm of action despite the recognition obtained in legal regulation of its role as certifier and supervisor of technical conditions of the advertising agencies (art. **4th, Law nº 12232/10**).

It is recommended to read the following documents indicating the process and the basis of the advertising self regulation practices, the Standard-Norms, the basis of relationship between the parties and **compliance** system adopted, and summary of legislation and regulations.

Being in **compliance** is the best way to ensure the rights and duties of the parties operating in the Brazilian advertising market.

This document, formed to assist the understanding of the **compliance** of norms for the advertising trade relations, has merely interpretative role and does not introduce any innovation, carrying solely the role of clarifying, not replacing, in case of any doubt or question of greater complexity, the review of the legislation itself and norms of self regulation in its entirety, as well as of experts, lawyers and in-house and hired consultants on all legal and conventional aspects which may apply to the activities. It does indicate, with regard to Standard-Norms for Advertising Activity, which are overseen by CENP, what may mean being in **compliance** with.

Whether or not in compliance with shall not be confused with ability or not to operate in the market since such freedom is constitutionally guaranteed, it is not – and could not be – taken away by self regulation or by any private entity overseer of norms of self regulation freely adopted.

2. The self regulation of advertising in Brazil

In Brazil, as seen, there are not only regulations issued by the Government who regulates the work of advertising agencies, advertisers and mediums. Alongside the federal legislation (federal laws and decree), there is a set of agreed norms and freely adopted by the parties of the advertising market in order to govern commercial ethics and relationships among them. Among these norms, we must highlight the Standard-Norms for Advertising Activity (1998), which embodies the protection of interests of all parties economically involved in the negotiations in the advertising market, that is, agencies, advertisers and mediums or even consumers.

2.1. SELF REGULATION AND CENP

Self regulation is the regulation of markets, businesses and professions by the economic operators and parties themselves and not by the Government. Being conducted by regulated entities, it differs itself from hetero-regulation, which is conducted by the Government. It is a form of collective and non individual regulation, where its legitimacy, reached due to the particular acquired consensus with the

onjective of meeting collective interests and not indivisual ones. In addition, self regulation assumes the existence of a collective organization that establishes and enforces a set of rules to its members, which are voluntarily accepted by them as they take part in self regulation.

The role of self regulation is, by regulation, to internalize behavior patterns or practices as well as accepted and previously used habits by the market and the community, monitoring its members to create a positive reputation for the group. Self regulation is responsible not only for creating an additional set of norms, but also acts to strengthen the norms determined by the community, Government and market. It is a system of spontaneous private ordering which is based on reciprocity: individuals recognize the benefits they shall reap by adhering to agreed and established norms. From an economic standpoint, parties resort to self regulation, because it can act as an important mechanism for correction of market failures, generating greater efficiency.

In 1998, CENP – the Executive Council of the Standard-Norms was formed through a free contract among entities representing the main parties in the advertising market, **advertisers** (Brazilian Advertisers Association – ABA), **advertising agencies** (Brazilian Association of Advertising Agencies – ABAP and National Federation of Advertising Agencies – Fenapro) and the **media** (National Newspaper Association – ANJ, National Association of Magazine Publishers – ANER, Brazilian Association of Radio and Television -ABERT, Brazilian Association of TV Subscription –

ABTA and Central de Outdoor), which later also joining: the Interactive Advertising Bureau – IAB Brazil (representing mediums and agencies that operate in the internet environment) and the Brazilian Association of Out of Home Digital Media – ABDOH.

CENP is a nonprofit civic association responsible for leading the self regulation of relations between parties economically involved in the advertising market and the fostering of best business practices that encourage competition for best efficiency and quality and must ensure compliance to the Standard-Norms for Advertising Activity. It is composed of the following bodies: a) General Meeting: the governing body of the entity and holds the role to deliberate consisting of founding and institutional members which are up-to-date with their social duties b) Executive Council: the legislative and governing body of CENP, consisting of members appointed by the founders and institutional members; c) Executive Board: administrative body, in which he three segments of the advertising market are represented consisting of seven members (president, three vice-presidents and three members), d) Ethics Committee: the competent body for conciliation and mediation as well as arbitration of disputes between parties and market interests in relation to the Standard-Norms for Advertising Activity, comprising of advisors representing advertisers, advertising agencies and media designated by each e) Audit Committee: the supervisory body of CENP, consisting of three members elected by the General Meeting, which is responsible to oversee the actions of the

members elected by the Executive Council as well as provide feedback on the report and accounts of the Executive Board, f) Advisory Council: acts as advisory body of the Executive Board holding role to allow for discussions of matters of advertising interest as well as ethical and free competition issues, without therefore holding administrative role.

CENP is responsible for leading the self regulation of relations between parties economically involved in the advertising market and the fostering of best business practices

CENP also has two other bodies: 1) CTM – Comitê Técnico de Mídia (Technical Media Committee) composed of qualified professionals working in agencies, media and advertisers responsible for analyzing and recommending accreditation of Media Information Media studies and 2) BUP- Banco Único de Listas de Preços (Single Database of Price Lists), deposit system through which accredited mediums have the opportunity to meet the requirement establish in the Regulatory Decree, Law nº 4680/65, with lists of public prices.

2.2. THE STANDARD NORMS FOR ADVERTISING ACTIVITY: TECHNICAL AND ETHICAL ORIENTATIONS

This chapter aims to present, briefly, the recommendations on how to be in **compliance** with the norms derived from the self regulation of advertising activity overseen by CENP, evidently seeking to be guided by and complement government norms (both federal laws as well as decrees

listed above). Within such context, the provisions brought by the Standard-Norms for Advertising Activity play a central role, which can be divided, for the purposes of this document, into three sections according to the relation which the norms are falling into: relations among agency, advertiser and medium; relations between agency and advertiser; relations between agency and medium.

2.2.1. RELATIONS AMONG AGENCY, ADVERTISER AND MEDIUM

After discussing the basic concepts of the advertising market, the first section of the Standard-Norms for Advertising Activity is concerned with relations among agency, advertiser and medium with regard to the practices of both professional and commercial nature. Within the commercial environment, central issues are dealt with in regards to compensation to advertising agencies among which stands out the agency's standard-discount recommending to certified agencies with compliance with self-regulatory norms shall be guaranteed by the medium compensation not less than the minimum of 20% of paid medium by the advertiser. Within the professional context, norms deploy quality targets for agencies which must have professional and technical structure and minimum set of media information and data. Appendix A classifies[2] agencies into seven groups according to the annual revenue of the agencies.

[2] This classification seeks only to indicate the minimum level of commitment in terms of agency's structure/technical tools, including the use of media research studies technically accredited by CENP, which holds a Technical Committee of Media with permanent role, formed by professionals from agencies, mediums and advertisers, and who have outstanding knowledge in this field.

In short:

- The price lists of which mediums sell their space, their time and their services MUST be public and must indiscriminately hold true for businesses that are referred to them by the advertisers directly, or through agencies;
- The medium CANNOT offer directly to the advertiser a different price or advantage than that offered through the agency;
- The agency CANNOT fail to provide the client with a proposal addressed to it by the medium;
- The agency MUST demand payment of invoices from clients of corresponding space / time they have acquired per their own order and account, taking on responsibility of its billing on behalf of the medium to which they MUST transfer the values thus received;
- CENP MUST suspend the Certificate of Technical Qualification of agencies which have provably and improperly retained values;
- Medium and advertisers MAY swap space, time or free advertising service, directly or through the advertising agency in charge of the advertising account, according to the Regulatory Communication issued by CENP;
- The mediums MUST set the standard-discount to be given to those agencies certified by CENP, due to the work of conception, execution and distribution of advertisement developed by them, recommending the Standard-Norms for Advertising Activity a minimum value of 20% for compliance agencies;
- Agencies MUST, however, reach quality goals established by the Standard-Norms for Advertising Activity and qualify to receive the Certificate of Technical Qualification, assume obligations of technical quality (acquisition of re-

search to pertaining activity to be developed in favor of their clients), as well as ethical and loyalty obligations in their business relationships (limits to transfer to advertisers without breaching the loyalty to the mediums)

The medium cannot offer directly to the advertiser a different price or advantage than that offered through the agency

- Agencies MUST perform their work, especially media plans that will be presented to their clients in a technical manner, based on statistical market data, guiding its recommendations by good technique practices.
- The agency MAY negotiate a portion of its standard-discount with the advertiser guided by the parameters established in the Standard-Norms for Advertising Activity, according to volume of advertising investments;
- It is ILLEGAL to hire uneconomical advertising in anti-competitive conditions or while generating unfair competition.

2.2.2. RELATIONS BETWEEN AGENCY AND ADVERTISER

The second section of the Standard-Norms for Advertising Activity highlights the relationships between the agencies and advertisers, explaining the capabilities of which shall be provided by agencies certified by CENP and the way it shall preferentially be hired. Appendix B sets forth the parameters of which part of the standard-discount can be negotiated to be rolled back to the advertiser in **compliance** status.

In short:

- Agencies certified by CENP MUST be qualified to perform full service to advertisers, below are the services: a) study of the concept, idea, brand, product or service to disseminate; b) identification and analysis of the target and the market where the idea, brand, product or service find best chance of acceptance; c) identification and analysis of ideas, brands, products and competing services; d) examining the distribution and trade system; e) drafting and executing advertising plan; f) purchasing of space / time / service with mediums on behalf of and of responsibility of the advertiser, and due to such activities, to undertake the collection of these invoices and payment thereof to the respective medium;
- The agency MUST work closely with the advertiser so the advertising plan achieves the intended objectives and the advertiser yields return of its investment in advertising;
- The hiring of the agency by the advertiser MUST be preferably by written document, which MUST contain the terms of service and adjustments that the parties perform;
- Ideas, adverts, plans and advertising campaigns developed by the agency MUST belong, from the point of view of copyright, to the agency;
- The certified agency MAY choose not to be paid through the standard-discount of at least 20%. In such situation, the compensation paid by the advertiser MAY be carried out through fees or set fees. The fee MAY be cumulative or alternative to compensation through the standard-discount, but should be related to this proportional equivalence, being ILLEGAL to hire advertising under uneconomical, anti-competitive or unfair conditions.
- In contract with the public sector, advertisers of each fed-

eral body and administrative context MUST be considered as a single advertiser for the purposes of Appendix B predictions, norm which provides to such advertisers more favorable conditions.

2.2.3. RELATIONS BETWEEN AGENCY AND MEDIUM

The third section of the Standard-Norms for the Advertising Activity addresses the relations between agency and medium.

In short:

- Incentive plans to the agencies, which are maintained by mediums MAY NOT include advertisers, nor overlap, from the agencies reach, to technical criteria in the drafting and execution of media planning;
- The agency MUST purchase space or time specifically for its client. The medium CANNOT, therefore, sell space or time without making it very clear the name / product of the advertiser.
- The agency MUST charge within the appropriate period the amount on the invoices issued by the medium to advertisers transferring these values to the medium. Constitutes misappropriation subject to legal penalties failure to perform such transfer.

3. Self regulation, Ethics Committee and compliance

In the context of advertising self regulation, the Ethics Committee of CENP is the body that carries out important roles to reconcile, mediate and arbitrate disputes relating to Standard-Norms for Advertising Activity. To this end, the Council is empowered to raise, educate and judge procedures, analyzing whether the behavior of different parties from the advertising market is or not in **compliance** with the Standard-Norms. It is, therefore, a body whose role is of great relevance since it provides to the different parties in dispute or situations in **non compliance** condition the possibility, by means of conciliation, returning to the status of **compliance**. In such context, it is important to highlight that the Ethics Committee shall only analyze the status of **compliance** of different parties based on the Standard-Norms, and does not analyze controversies concerning advertising activity related to state-oriented norms since such role is taken by the judiciary body and is beyond CENP's competence.

It is worth mentioning that the Ethics Committee, within the logic of self regulation where voluntary commitments on behalf of goods and values considered important by a whole community that regulates itself are assumed, was

conceived as a mechanism for resolving disputes that must always seek conciliation. So much so, that the first stage of the proceeding before the Ethics Committee is brought about a Board of Conciliation and Arbitration, which is given to the parties the opportunity to resolve disputes or existing ethical conflicts between them through dialogue, in a process that the CENP's Ethics Committee, through such forum, acts as a mediator and conciliator. It does not, hence, bear the status of superior hierarchically body with power to punish the parties of the advertising market, but a system designed by the parties of the advertising market, so that they, in common agreement, reach a decision. There is no fine, for instance, to be applied to those parties who are on **non compliance** with Standard-Norms or any other penalty.

It is only after failure of attempts to reach settlement through conciliation or mediation that the Board of Arbitration and Ethical Conflicts is called. The Ethics Committee while arbitrating disputes, always aims at the preservation of best business and ethical practices, ensuring, in this context, the quality, legality and ethical business relations, among advertisers, advertising agencies and media in accordance with the rules laid down by them and embodied in the Standard-Norms. At the end of such whole procedure, if after all attempts at conciliation, the Ethics Committee finds that the agency is in **non compliance**, it may adopt a purely declaratory warning which shall be communicated to the agency's officer and advertiser involved in

the dispute and notice is given to mediums and medium associations accredited to CENP.

In short:

- CENP's Ethics Committee MUST always seek conciliatory solutions and act as an instrument of harmony between the parties in dispute and CANNOT, before such process, issue any pronouncement on the situation of **non compliance**;
- Before stating the situation of non **compliance**, taking proper statutory provisions, the Ethics Committee MUST establish procedures in two levels, the Board of Conciliation and Mediation and the Chamber of Arbitration and Ethical Conflicts in which MUST always be given the opportunity to the parties of having full defense and the possibility of reconciliation;
- If at first, it is made clear that there is no ethical problem, the President of CENP CAN recommend the dismissal of the case.
- Through its Board of Conciliation and Mediation, the Ethics Committee MUST try to facilitate an agreement between the parties so that they may return voluntarily to the situation of **compliance**;
- If attempts according to the Board of Conciliation and Mediation prove fruitless and the ethical conflict persists, the procedure should be referred to the Board of Arbitration and Ethical Conflicts in which members will vote, af-

The Ethics Committee must try to facilitate an agreement between the parties so that they may return voluntarily to the situation of compliance

ter always ensuring complete freedom of defense and of exposure of reasoning from both parties to, then, decide whether the parties are in a situation of **non compliance**;

- The Ethics Committee CANNOT establish fines to parties in a situation of **non compliance**, nor decide on any distinct matter of interpretation of the Standard-Norms for Advertising Activity for lack of jurisdiction;
- The activities of the Ethics Committee are confidential and only those who analyze on behalf of CENP the established facts, those who process it and the involved parties have knowledge of such. The decision of **non compliance** is merely declaratory and communicated to representatives of the parties involved in the dispute and notice is given to mediums and medium associations accredited to CENP.

APPENDIX 1
The regulation for advertising in Brazil

The purpose of this Appendix is to present an overview of the legal norms applicable to advertising. This overview has no intention to be comprehensive, therefore, it starts by analyzing the constitutional provisions relating to freedom of speech and expression of thought and the chapter on social communication. Furthermore, provisions of Federal Law nos 4680/65 and 12232/10, which consist respectively in the regulatory milestone of the advertising activity and the major legislation concerning the bidding and contracting by the public administration in the advertising field will be analyzed, as well as presenting the provisions of Federal Decree nos 57690/66 and 4563/02, which regulates Law no 4.680/65.

1. THE FEDERAL CONSTITUTION

The Federal Constitution has a number of provisions that are relevant to the practice of the advertising activity, among which can be highlighted freedom of communication, expression of thought, expression and information, as well as consumer rights and the chapter on social communication.

With regards to freedom of communication, the Federal Constitution establishes a number of rights (Art. 5, IV, V, IX, XII, XIV as accompanied by arts. 220 to 224) that enable coordination among creation, expression and dissemination of ideas and creation. Included in this set, the freedom of expression of thought (Art. 5º, IV), freedom of speech (Art. 5º, IX) and freedom of information. Censorship prohibition stems from such provisions. On the other hand, one cannot forget that freedom of commercial expression can also be understood as a logical corollary of free enterprise and free competition (Arts. 1º and 170, top and IV of the Constitution), since advertising is nonetheless an economic dimension of the activities of firms in the market.

The Federal Constitution has provisions that are relevant to the practice of the advertising activity as freedom of speech and of communication

The rights of consumers was included by the Constitution in the list of fundamental rights, through Art. 5, XXXII. In addition, Art. 170, V, increases consumer protection to the condition of principle of economic order. Therefore, in face of such, there is room for the infraconstitutional legislation to ensure consumer protection. This role is mainly played by the Consumer Protection Code. In the context of advertising, including in the level which goes beyond the jurisdiction of CENP, it should be remembered, there are even prediction that advertising should follow certain guidelines, forbidding misleading and unfair advertising, that the Consumer Protection Code characterizes as infringing practices, that is, liable to penalty.

Moreover, when dealing with the constitutional aspect of culture, the Federal Constitution brings relevant provisions for the advertising activity, in the chapter "The social communication" (arts. 220-224). With regards to advertising, there is particular relevance to Art. 220, § 4th, which establishes that commercial advertising of tobacco, alcoholic beverages, pesticides, medicines and therapies is subject to legal restrictions and there should be warning about the harm resulting from its use.

In other words, the Federal Constitution guarantees protection to advertising communication treating it as part of the social communication, including banning advanced censorship, and also establishes in its article 22, item XIX, that the Federal Government is the only to bear the role of legislating on commercial advertising.

LEGISLATION MENTIONED IN THIS TOPIC:

Art. 1st – The Federative Republic of Brazil, formed by the indissoluble union of states and municipalities and the Federal District constitutes a democratic rule of law and is founded on: (...) IV – the social values of labor and free enterprise;

Art. 5th – All are equal before the law, without distinction whatsoever, guaranteeing Brazilians and foreigners residing in the country the inviolable right to life, liberty, equality, security and property, as follows:

(...)

IV – it is the free to bear expression of thought, and anonymity is forbidden;

V – the right of reply, proportional to the offense is ensured, as well as compensation for property , moral or image damage;

(...)

IX – it is free to expose expression of intellectual, artistic, scientific and communication activity, despite censorship or license;

(...)

or criminal procedural;

(...)

XIV – it is ensured to all access to information and protection of source confidentiality where necessary to perform the work;

(...)

XXXII – The State shall promote, within the law, consumer protection;

Art. 22 – The federal Government is the sole agent to legislate on: XXIX – commercial advertising.

Art. 170 – The economic level, founded on the appreciation of human labor and free enterprise, is to ensure dignified existence to all, according to the dictates of social justice, on the following bases (...) IV – free competition; V – consumer protection;

Art. 220 – The manifestation of thought, creation, expression and information, in whatever form, process or vehicle is not subject to any restriction, once the subject to the provisions of this Constitution is considered.

§ 1st – No law shall contain any provision that may constitute a hindrance to full freedom of press in any medium, subject to the provisions of Art. 5º, IV, V, X, XIII and XIV.

§ 2nd – It is forbidden any form of censorship of political, ideological and artistic nature.

§ 3rd – the federal law is responsible for:

I – regulating public entertainment and performances, where the Government holds the role to inform about their nature, not recommended age groups, locations and time that the presentation should prove inadequate;

II – establishing legal means to ensure that any individual and family have the opportunity to defend themselves from programs and program schedules on the radio and television contrary to the provisions of Art. 221, as well as advertising of products, practices and services that may be harmful to their health and the environment.

§ 4th – The commercial advertising of tobacco, alcoholic beverages, pesticides, medicines and therapies is subject to legal restrictions, pursuant to section II of the preceding paragraph, and there should be warning about the harm resulting from its use.

§ 5th – The media may not, directly or indirectly, act on monopoly or oligopoly basis.

§ 6th – The publication of print media is independent from authority license.

Art. 221 – The production and programming of radio and television stations shall comply with the following principles

(...)

V – respect to ethical and social values of an individual and family.

Art. 222 – Newspaper and radio broadcasting companies as well as sound and pictures companies shall be exclusively owned by native Brazilians or those naturalized for more than ten years, or corporations organized under Brazilian laws having their registered office in Brazil.

§ 1st – In any case, at least seventy percent of the total share and voting capital of the newspaper and radio broadcasting companies as well as sound and image companies must belong directly or indirectly to native Brazilians or those naturalized for more than ten years who shall mandatory hold the role of management activities and provide program content

§ 2nd – The editorial responsibility, selection of activities and programming direction are to be held solely by native Brazilians or those naturalized for more than ten years, in any medium of social communication.

§ 3rd – The means of electronic social communication, regardless of the technology used to deliver the service must conform to the principles of Art. 221, in the form of the law, which will also ensure the priority of Brazilian professionals in producing national productions.

§ 4th – The Law shall regulate the participation of foreign capital in companies mentioned on § 1st.

§ 5th – The alterations of shareholder's control of the above mentioned companies in § 1st shall be communicated to the National Congress.

Art. 224 – For the purposes of this chapter, the National Congress shall establish, as its auxiliary body, the Social Communication Council, as provided by law.

2. THE LAWS

2.1. LAW Nº 4680 FROM JUNE 18, 1965

Law nº 4680/65 is the regulatory framework of the Brazilian advertising market and provides for the profession of advertising professional and advertising agent, clearly defining the parties, the advertising professional, the advertising agent, advertising agency and medium. Moreover, this law establishes rules relating to commissions and discounts payable to the advertising agents and advertising agencies, to the labor contract of the advertising agents as well as the supervision and the imposition of penalties in case of breach of its legal provisions.

According to Law nº 4680/65, advertising professionals are those who, in regular and permanent basis, take on the role of technical expert in the advertising agencies, in mediums, or any company in which it produces advertising The concept of advertising agents, in turn, encompasses professionals, connected to mediums (contact agent,

in the jargon of the market) forwarding advertisements to them on behalf of third parties. Advertising agencies, according to the same law, consist of specialized businesses in the art and technique of advertising which, through experts, study, conceive, execute and distribute advertisement for dissemination, per own order and account of the client, in order to promote the sale of products or services, spread ideas, or inform the general public. While the medium to the legislator are any visual or audio communication media capable of transmitting advertising to the public, provided that recognized by professional bodies or entities.

With regard to commissions, Law nº 4680/65 establishes that they are due to the advertising agent in the form of compensation, which implies the need for a return for rendered service. In the case of agencies, the law stipulates that the commission shall be a discount, which is mandatory and must be set by the medium. There is also mention of the Code of Ethics of Advertising Professionals, 1957, which is endowed with legal character and defines the ethical principles that should guide advertising, among which established that the commission and / or discount of the agency and advertising agent cannot be transferred to advertisers. The same Code of Ethics provides that mediums should have their individual price lists in public and equal one for all buyers.

Furthermore, Law nº 4680/65 establishes norms dealing with supervision regarding **compliance** of its provisions, as well as the penalties to be awarded in such

cases. The Ministry of Labor and its regional offices, trade unions and associations of professional classes should carry out the supervision: **The legal penalties are provided through a fine of one tenth to ten times the legal minimum wage, or 10-50% of the advertising business amount, if offense occurred on article 11 (discounts or commissions)**.

LEGISLATION MENTIONED IN THIS TOPIC:

LAW Nº 4680/65

Art. 11 – The committee, which represents compensation of advertising agents and the discount due to advertising agencies will be set by media over the prices established in the given table.

Single paragraph – No commission or discount shall be given on the advertisement forwarded directly to medium by any natural person or legal entity that does not meet the classification of advertising agents or advertising agencies, as defined in this law.

Art. 17 – The national advertising activity will be governed by the principles and norms of the Code of Ethics of Advertising Professional established by the First Brazilian Advertising Congress held in October 1957 in the city of Rio de Janeiro.

CODE OF ETHICS OF ADVERTISING PROFESSIONALS

I. 8 – Commission is retribution, by mediums, related to professional work due exclusively to agencies and advertising agents. The commission is aimed at compensation to agencies and advertising agents and may not be transferred to advertisers.

II. 18 – Advertising professional must know the laws concerning their field of activity, and, as such, is responsible for the violations, negligence or willful default leading their client to violation, in the execution of the suggested and recommended advertising plan.

2.2. LAW Nº 12.232 FROM APRIL 29, 2010

Law nº 12.232/2010 basically establishes general norms for bidding and contracting by government of advertising services provided by agencies, but also other measures. Such norms apply to bids and contracts with the Federal Government, states and municipalities, as well as the Executive, Legislative and Judicial bodies. This law recognizes the validity and current enforcement of Law nº 4680/65 and establishes that, in a complementary way, just as the Law nº 8666/93, it is also applied to the bidding procedures and contracts resulting from them.

Worth noting the provisions by Art. 4, § 1st, which provides that the certificate of technical qualification issued by

CENP or other entity also legally recognized as inspection and certification of advertising agencies is requisite for an advertising agency to participate in the bidding or contracting with the public administration. But it is also provided on the same article, in addition to the certificate, that only advertising agencies whose activities are governed precisely by Law nº 4680/65 may be contracted.

There are also other important predictions in this law. Particularly arts. 18 and 19 which clearly fall within the regulatory system governing advertising in the country as a whole, considering explicitly the rules of self regulation as components of this system, even with regard to its application to bids and contracts with the public administration.

That is the case because Art. 18 refers to the incentive plans of mediums in relation to the agencies regulating the matter following the same terms as CENP had done, affirming it relates to discretionary and free theme for each medium and shall not affect the economic-financial equation defined in the bidding and contract. On the other hand, it is expected that agencies should always conduct, when guiding the choice of mediums in a media plan, by research and proven technical data and not the existence of incentive plans. Failure to comply with this prediction constitutes a serious violation of contractual duties by the agency and it shall submit the latter to administrative proceeding in which, once proven unwarranted behavior, involves the application of penalties under the *caput* Art. 87 from Law nº 8666 from June 21, 1993.

In turn, Art. 19 provides that, for purposes of interpretation of the current law, the values of the agency's standard-discount (terminology from Standard-Norms for Advertising Activity adopted by the legislature) that are owed for conceiving, executing and distributing advertising constitute revenues for the advertising agency and should on no account be billed and recognized as revenue by the medium including if the transfer of standard-discount is carried out through the medium, completing the sealing of Law nº 4680/65 in terms of transferring the set compensation to the advertiser by the medium.

Finally, this law deserves full diligence provided for the referred bidding procedures, which must necessarily be "best technique" or "technique and price" and cannot be "lowest price" type, and the call for bidding should predict price proposal "issues of representative forms of compensation in the current advertising market" (Art. 6th, V). The law describes the provision of services to be rendered by the advertising agency, controls and legitimate form of subcontracting.

LEGISLATION MENTIONED IN THIS TOPIC:

LAW Nº 12232/10

Art. 1st – This law basically establishes general norms for bidding and contracting by government of advertising services provided by agencies, within the federal Government, states, Federal District and municipalities.

§ 1st – The Executive, Legislative and Judicial bodies, people of indirect administration and all entities controlled directly or indirectly by the entities referred to in this article are subordinate to the provisions of this law.

§ 2nd – Laws in 4680 from June 18, 1965, and 8666 of June 21, 1993 will apply to the bidding procedures and contracts governed by this Law, in a complementary way.

Art. 4th – Advertising services provided for herein will be hired in advertising agencies whose activities are regulated by Law nº 4680 from June 18, 1965, and have obtained the certificate of technical qualification for operating.

§ 1st – The certificate of technical qualification for operating envisaged in this Article may be obtained before the CENP Conselho Executivo das Normas-Padrão – Executive Council of the Standard-Norms), a nonprofit entity, integrated and managed by national bodies representing mediums, advertisers and agencies, or equivalent organization, legally recognized as supervisor and certifier of technical conditions for advertising agencies.

§ 2nd – The contracted agency under this Law may only reserve and buy advertising spot or time fro mediums per own order and account of their client, if previously identified and expressly authorized by them.

Art. 5th – Bids under this Law shall be processed by the agencies and entities in charge for hiring, subject to the conditions set out in Art. 22 of Law nº 8666 from June 21, 1993, adopting as mandatory the 'best technique' or 'technique and price' types.

Art. 6th – The preparation of the bid announcement under this law shall comply with the requirements of Art. 40 of Law nº 8666 from June 21, 1993, except for those provided for in sections I and II of § 2nd, as the following:

(...)

V – The price proposal shall contain representative points of the prevailing forms of compensation in the advertising market;

Art. 18 – It is optional for the granting of incentive plans per medium and its acceptance by the advertising agency, and the gain resulting there from shall be, for all legal purposes, the revenue of the agency and are not included in the obligation set forth in the sole paragraph of Art. 15 of this law.

§ 1st – The economic-financial equation defined in the bid and the contract does not alter due to the presence or absence of incentive plans referred to in this article, the gains of which are expressly excluded from it.

§ 2nd – The advertising agencies shall not, in any case, override incentive plans to the interests of contracting parties, not selecting mediums that do not grant them or prioritizing those that provide them, and must always conduct client to guide the choice of these mediums according to research and proven technical data.

§ 3rd – Failure to comply with no the provision of § 2nd of this article constitutes a serious violation of contractual duties by the agency and it shall submit the latter to administrative proceeding in which, once proven unwarranted behavior, involves the application of penalties under the *caput* Art. 87 of Law nº 8666 from June 21, 1993.

Decree nº 57.690/66 addresses the issue of professional ethics, noting that agencies, medium, and advertising professional are subject to the Code of Ethics of Advertising Professionals

Art. 19 – For purposes of interpretation of the current law, values corresponding to the agency's standard-discount for conceiving, executing and distributing advertisement, per advertiser's order and account, constitute revenue for the advertising agency and as a result, the medium may not, for any purpose, bill and account such values as own company revenues, even when the standard-discount is forwarded to the advertising agency through medium.

3. THE DECREES

3.1. DECREE Nº 57690 FROM FEBRUARY 1, 1966

Decree nº 57690 regulates Law nº 4680/65 and provides for rules relating to commissions payable to the advertising agents and discounts payable to advertising agencies.

This decree also addresses the issue of professional ethics, noting that agencies, medium, and advertising professional are subject to the Code of Ethics of Advertising Professionals. In this context, it brings lists of behaviors that are not allowed and duties which constitute the principles underlined by Article 17 of Law nº 4680/65. Among the not allowed behaviors, we highlight the publication of texts against public order and morale, the disclosure of confidential information concerning the business of advertisers, defamation of competitors, or the attribution of fault to their products. Among the duties, the following are provided for: to disseminate truthful events, deny commissions to persons related to the client and show proof of expenses.

3.2. DECREE 4563 FROM DECEMBER 31, 2002

Decree nº 4563/02 brought changes to the wording of article 7 of Decree nº 57690/66. It recognizes the benefits brought by private self regulation, expressly mentioning several provisions of the Standard-Norms for Advertising Activity as applicable to relations with advertising agencies in the advertising market, including item 3.5 which refers to Appendix "B" of those norms of self regulation.

APPENDIX 2
Expert Opinion, prof. Tercio Sampaio Ferraz Junior

SELF REGULATION OF THE ADVERTISING MARKET: CENP

SELF REGULATION FROM A COMPETITIVE STANDPOINT

Self regulation is seen, from a competitive standpoint, as a form of private governance of the agents of certain sectors to formalize the control, establishment and enforcement of voluntarily accepted and liable to self-coordinating rules.

The role of self regulation is, by regulation, to internalize behavior patterns accepted by the market and the community, monitoring its members to create a positive reputation for the group. In other words, agents' reputation in is play and will be determined according to the efficient application of self regulation. Thus, self-regulation does not only provide for an additional set of norms but also acts to strengthen the norms determined by the community, Government and market.

The Brazilian experience with self regulation taken to the antitrust authority is relatively small, which is why a reference to the literature and practices of other countries is needed.

The possibility of establishing agreements, horizontal and vertical ones, between economic agents, is recognized in literature and international jurisprudence

From an **economic standpoint**, the efficient provision of public or collective goods affects the private competitiveness of each company constituting what Piore & Sabel[3] call the extrafirm infrastructure and that make up sectoral institutions according to Best[4].

"A sector may include a variety of interfirm practices and extrafirm agencies, such as trade associations, apprenticeship programs, joint marketing arrangements, regulatory commissions, norm and standard entity. Sectoral institutions may influence the organization of individual firms and their strategies, as well as the collective competitiveness of the sector relative to other sectors located in other regions. From such point of view, firms not only compete, but they can cooperate to provide common services, to establish the rules of the market and investment strategies "(underlined)

There is actually a constant tension between competition and cooperation.

[3] Piore, Michael; Sabel, Charles F. *The Second Industrial Divide*. New York: Basic Books, 1983.
[4] Best, Michael. *The New Competition*: Institutions of Industrial Restructuring. Cambridge: Harvard University Press, 1990. 296 p.

Best therefore proposed two conditions so that balance between competition and cooperation is established. First, there must be a clear purpose for cooperation, which means developing and implementing a sectoral strategy that is built from individual firms' strategies and, at the same time, they influence the firms. Second, there must be a means to monitor and oblige individual actions to counterbalance the tendency to free rider behavior.

One of the important elements to analyze the effect of self regulation is associated with its nature. Private ordering systems may spontaneously generate efficient outcomes. Spontaneous orderings are based on reciprocity: individuals recognize the benefits they shall reap by adhering to the rules of the group. That is exactly the case of self regulation of the advertising market: a spontaneous private ordering that to be sustainable must generate benefits for its participants. Quality standards can reduce search costs for clients regarding the non apparent quality characteristics[5].

From a **legal standpoint**, however, the possibility of establishing agreements, horizontal and vertical ones, between economic agents, is recognized in literature and international jurisprudence.

For instance, in Germany, it is recognized by law (GWB, § 28th), the possibility of creating **Wirtschafts-und Berufsvereinigungen** (economic and professional associations). The content of the common rules established by such as-

[5] Ogus. Rethinking self-regulation, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 15.

sociations usually follows ethical norms, particularly as fair dealing in competitive terms, also accepting rules on pricing[6]. The prediction of a process of recognition of these rules by the competitive authority (*Kartelamt*), however, as long as they are in **compliance** with the law, meant that this recognition was not necessary for them to produce binding effects between the signatories.

The United States courts, as regards to the publication of common standards and issuance of judgments on their violation, recognize that in principle, all requirements associated with the definition of the members have some sort of rules or restrictive criteria and may restrict, at least indirectly, the market competition.

Nevertheless, the assessment of the legality of such rules is based on the economic legitimacy of the purpose pursued by this association through self regulation, as well as the reasonableness and objectivity of the standard rules adopted in relation to the purposes given. If the standards are not objective and purposes not reasonable, the rules will be considered illegal, as it would act as a barrier to market entry, i.e., a sort of boycott by persuading purchasers to not hire with companies that do not meet the standard. In face of such elements, it is noticed that the horizontally / vertically conduct corrected in the form of self regulation agreements should always be analyzed based on the rule of reason[7].

[6] Cf. Rainer Bechtold, *GWB – Kartelgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Munique, 1993, p. 375 ss.
[7] Cf. *Antitrust Law Developments – ABA*, 4th ed., 1997, v. I, p. 110-115.

Among the parameters of American jurisprudence, considered relevant in determining reasonableness and, therefore, recognize the legality of self regulation agreement, the following can be pointed out:

(a) for an analysis from a competitive point of view, the agreement must have some purpose or commercial impact, as to be legally assessed; in the Brazilian case[8], even though the emphasis comes on the ethical dimension (as CONAR, for example), it is important to have repercussions in the commercial behavior of underwriters (again, CONAR itself);

(b) the standards set should be objective, that is, its rules must be impersonal[9]; in the case in question, the allocation rules meets the requirement of impartiality, designed for all participants in the advertising market, without exclusions that may be qualified as barriers to competition and entry into competition;

(c) the standards adopted should be accessible also to non-members of the agreement[10], i.e., the agreement should be known to all market;

(d) there shall be, in addition to suppliers of products or services, the participation of buyers in the definition of standards of conduct and judgment taken from the set standards[11], i.e., the agreement also has relational impact and thus should be analyzed;

[8] Cf. *St. Bernard Gen. Hosp. v Hospital Serv. Association*, 712 F.2d 978,988 (5th Cir. 1983).
[9] Cf. *Radiant Burners v Coke Co.*, 364 U.S. 656, 658 (1961).
[10] Cf. *Bogus v American Speech & Hearng Association*, 582 F2d. 277 (3d Circuit 1978).
[11] Cf. *Consolidated Metal Products v American Petroleum Inst.* 846 F.2d 284, 295 (5th Circ.1988).

(e) there is no antitrust violation where self regulation implements federal safety standards, i.e., it meets the relevant legislation[12] to the case, the agreement receives principles of law relating to advertising;

(f) the agreement must provide procedural safeguards against decision which deny approval[13].

Interesting to note that the Federal Trade Commission ("FTC") has explained on several occasions, a favorable opinion towards self regulation, and the Court understood as a practice that helps the entity to control competition.

In a speech during a symposium at the American Bar Association[14], its president at the time asserts that the Court recognizes, for over a generation, self-regulation as an important complement to their efforts in consumer protection. Moreover, the existence of state regulation on certain topic does not prevent private agents from organizing themselves to set further rules on the subject.

More recently, the discourse of Court representative Pamela Jones Harbour summarizes the position of the FTC as favorable to always encourage self regulation when it is beneficial to consumers, and recognize that some markets are regulated more effectively by their private agents than the Government itself. In that speech, the representative

[12] Cf. *Moore v Boating Ind. Associations*, 819 F2d 693, 695 (7th Circuit 1987).
[13] 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).
[14] *"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.shtm>. Data de acesso:3 fev. 2014.

lists in some markets where such characteristic is clear – especially those involving technological development.

In Brazil, one of the few experiences of self regulation taken to the authority, its purposes was to avoid ethical and unfair commercial conduct which is the case of CENP (an entity that brings advertising agencies, media and advertisers together) that, submitted to CADE, for fifteen years, has been performing noteworthy work.

The Federal Trade Commission ("FTC") has explained a favorable opinion towards self regulation, and the Court understood as a practice that helps the entity to control competition

CENP

CENP was founded in 1998 and today is comprised of the following associations:

- ABA – Associação Brasileira de Anunciantes (Brazilian Association of Advertisers)
- ABAP – Associação Brasileira de Agências de Publicidade (Brazilian Association of Advertising Agencies)
- ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Brazilian Association of Radio and Television Broadcasters)
- ABTA – Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (Brazilian Association of Pay TV)
- ANER – Associação Nacional de Editores de Revista (Brazilian Association of Magazine Publishers)

- ANJ – Associação Nacional de Jornais (National Association of Newspapers)
- Central de Outdoor
- Fenapro – Federação Nacional das Agências de Propaganda (National Federation of Advertising Agencies)

And has as institutional members:

- IAB Brasil- Interactive Advertising Bureau
- ABDOH – Associação Brasileira de Mídia Out of Home (Brazilian Association of Out of Home Media)

CENP holds the Standard-Norms for Advertising Activity as its main working tool laying the foundation of technical training of an Agency and ethical relationship to the sector, based on their best practices and legislation that governs the activity.

CENP awards the Certificate of Technical Qualification to Agencies by checking its structure, technical staff, the availability and systematic use of media research and the fulfillment of the commitments laid out in the Standard-Norms. Such certification ensures that the agency's "standard-discount" is not less than 20%.

Furthermore, CENP also makes the deposit of Individual and Autonomous Pricing Lists of Mediums, giving transparency to the offer, committing to the provisions in the legislation and also conducts the accreditation of studies and research of media agencies, ensuring reputable surveys.

To achieve its objectives, the following was established:

1) The mediums sell their spots, their time and their services based on prices of valid public knowledge for all business with the advertisers. It is, due to the nature of businesses, assumed that mediums offer conditions or advantages according to their convenience in individual negotiations they undertake;

2) Agencies are hired by advertisers who choose them for their qualities and virtues. Always acting per order and account of who hires, basing itself, hence, in the excellence of their study, creation and it is distributed to the media.

3) To exercise their functions with fullness, agencies need the recognition by the media, for whom, indirectly because of the activities they work on behalf of their clients, they also provide relevant service while charging for the price of placing the advert, with discretion and accuracy, paying the due amount, within the maturity date to the medium;

4) Also in relation to mediums, also indirectly, agencies provide essential technical service to the market and democracy by ensuring plurality of media and freedom of expression; through research and behavioral studies, scientifically, they know the market, its means and mediums, indicating the forms of communication of advertising messages;

5) According to the Standard-Norms, mediums, while recognizing the paramount importance of agencies, choose to work through them in relation to advertisers, respecting them and never refusing to serve them directly as they wish;

Mediums consider that the standard-discount is recognition for the effective del credere Agencies hold by being clearly responsible for the low default rates of clients

6) Advertisers, after all, are the holders of credit granted by the medium against whom they issue invoices for advert placement, forwarding them, when there is a relationship, through the agency, who holds the duty of **del credere**, i.e., the obligation to collect from advertisers and settle the amounts received from invoices to the medium;

7) The agency is basically paid by the two services it provides: (a) when the agency creates the advertisement and the campaign for the intellectual and material work exercised and for the management and production that is always performed by specialized companies, such as phonogram producers, for instance, and (b) when placing the advertisements of its client-advertiser with the standard-discount for fulfilling commitments to make available / use and investments in research studies performed in the media field, and mediums also consider, by means of norms, that the standard-discount is a recognition for the effective del credere agencies hold by being clearly responsible for the low default rates of client-advertiser;

8) The level of agency's compensation is carried out through in-house services – creation and production man-

agement – through studies of actual costs incurred by the unions of agencies in each state, which respects the diversity of the country and ensures greater reality in the indications of reference price;

9) In common set agreement among organizations representing agencies, mediums & advertisers, the Standard-Norms for Advertising Activity foresees standard-discount of at least 20% to agencies certified by CENP and who are in **compliance** with the granted standards of self regulation in line with Law nº 12232/10, as follows:

a) The "Negotiated Amount" paid by the client, the agency retains 20% from the standard- discount and forwards the remaining 80% to the medium;

b) When payment is made directly by the client-advertiser, the medium will receive its 80% and the agency, in the same way, receives directly from the advertiser the amount corresponding 20% for the standard-discount.

10) The Norms lay down the principle of advertiser value that stands out in its market, allowing, according to the level of investment in advertising, that up to 5% of the standard-discount to be reversed by the agency to the advertiser by returning to the latter the possibility of optimizing its communication budget;

11) The Norms value free market, knowing that it begins when competition among agencies is respected, among mediums valued and among advertisers adopted as a form of respect for the client. Nothing is static for the Standard-Norms for Advertising Activity, but everything must remain in the narrow field of ethics.

There is no doubt that during its fifteen years the market incorporated the Standard-Norms for Advertising Activity recognizing CENP as the entity that oversees **compliance**. It has adopted mechanisms that avoid opportunist-oriented initiatives, offering of uneconomical proposals in order to capture new advertisers or keep them since that may imply poor quality services and unfair competition.

Hence, The Judiciary also deserves mention that once faced with discussion involving adjustments in the Standard-Norms recognized the important role played by CENP and its functions:

"O Conselho Executivo de Normas-Padrão – CENP, defendant herein, was formed on December 16, 1998, by the advertising market to ensure observance of the standard norms for advertising activity, basic document with recommendations and ethical principles that seek to ensure best business practices in the relationship maintained among the main agents of Brazilian advertising. it holds as its principal body an Executive Council with twenty-three (23) representatives of Advertising Agencies, Advertisers, Mediums and the Federal Government.

In addition, it is established that the norms of advertising activity edited by CENP are recognized by law, as seen through Article 7 of Decree nº 4563/200, clearly making reference to provisions set in the form of "items" by CENP as sustained by the defendant in defense (see fl. 118).

Also included among the activities of CENP as self regulatory entity of the sector, the protection of the standard

norms of advertising activity, the issue of regulatory or technical communications to the advertising market, in addition to certification of Advertising Agencies, to raise or maintain the quality of advertising produced in the country. Therefore, the modifications of the standard norms of advertising activity as object of inquiry is within the jurisdiction of CENP, as these changes were approved at the Extraordinary General Meeting held on January 5, 2011 to conform to the provisions of Article 19 of Law 12.232/2010, which establishes general norms for bidding and contracting by government of advertising services provided by agencies, but also other measures"(Sentence, Case nº 0208709-51.2011.8.26.0100, 15th Central Civil Court, Sao Paulo).

It is worth noting that the Brazilian market is admittedly competitive. In recent decision (2013), CADE, while examining significant transaction presented as act of concentration (transaction between Publicis and Omnicom, administrative procedure n. 08700.008058/2013-49), concluded that the Brazilian advertising market is highly spread with "competition among agencies of different sizes, because even agencies considered medium or small can get large 'accounts' (clients who place high investment in advertising)." Furthermore, the investigation conducted by the General Superintendence of CADE in this case concluded that the responses of competitors' jobs and jurisprudence support the "existence of low barriers to entry and high market rivalry".

For bidding process and hiring of advertising services in the official branches of the executive, legislative and

judiciary, the three levels of government – Federal, state and municipal Law nº 12.232, of April 29, 2010, an initiative of the National Congress, legitimized CENP to the role of certifier and supervisor of technical training of advertising agencies, a condition required as a prerequisite to participate in the bidding process and execution of advertising contracts in the public sector.

As a successful process of self-regulation, one can therefore say that CENP demonstrated, in its fifteen-year history, to be able to certify agencies and require from them the provision of technical structures and of personnel to ensure to advertisers good advertising work and to the Mediums the certainty that the scheduled advertisements are based on informed technical criteria made by advertisers and agencies. Hence, as above described, it does take on relevant role in the Brazilian market.

Tercio Sampaio Ferraz Junior

DOCUMENTOS DE ORIENTACIÓN ÉTICA I

COMPLIANCE Y PROPUESTAS ÉTICAS EN LA AUTORREGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD

Conselho Executivo das Normas-Padrão

São Paulo, 2014

Coordinación y organización de los textos:
Caio Barsotti
João Luiz Faria Netto
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Thiago Brito

Producción Editorial:
Porto Palavra Editores Associados

Arte:
Conexão Brasil – Computação Gráfica

Traducción:
Israel Fernandez

Impresión:
Editora Referência Ltda.

CENP
Conselho Executivo das Normas-Padrão

Entidades fundadoras

Entidades asociadas

Este libro se encuentra bajo la responsabilidad editorial del CENP – Conselho Executivo das Normas-Padrão – una entidad privada creada y organizada usando como base la legislación brasileña, la cual fue generada por las entidades nacionales representativas de:

ANUNCIANTES

Associação Brasileira de Anunciantes

AGENCIAS

Associação Brasileira de Agências de Publicidade

Federação Nacional das Agências de Propaganda

VEHÍCULOS DE COMUNICACIÓN

Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão

Associação Brasileira de Televisão por Assinatura

Associação Nacional de Editores de Revistas

Associação Nacional de Jornais

Central de Outdoor

Associação Brasileira de Mídia Digital Out Of Home

Interactive Advertising Bureau

Compliance es una palabra inglesa
de origen latín que designa el acto de cumplir
y estar en conformidad con una norma, una voluntad;
en vez de cumplimiento, su traducción debería
ser observancia; pero el término en inglés
se difundió y, por causa de esta difusión,
se usa en este impreso.

Carta del Presidente

La propaganda es una actividad medio para quien anuncia sus productos y servicios, y para quien vehicula las obras publicitarias. Es una actividad final para las agencias de publicidad que en el modelo brasileño *full-service* ejercen actividades que van de los estudios de mercado y creación de obras, hasta la planificación e intermediación en los anuncios. En el país, la publicidad envuelve a algunas docenas de miles de empresas en las tres áreas, desde grandes centros hasta pequeñas ciudades en una relación compleja, de confianza mutua y de permanente actualización.

Es una actividad abierta de manera reconocida, de mucha competencia, de valoración de técnicas de mercadeo y mucha creatividad individual. Como arte y ciencia, la publicidad es protegida y está subordinada a la ley – nuestra Constitución Federal asegura la libertad de anunciar, prohíbe la censura previa y le reserva a la Unión el derecho de legislar sobre la actividad; la ley ordinaria cuenta con normas que disciplinan el quehacer y la relación entre las partes; la autorregulación asegura el ambiente competitivo saludable e intenso de las relaciones comerciales y mejora su calidad.

Este documento es para quien lidia con publicidad y tiene un único objetivo: alertar sobre la necesidad de encontrarse bajo ***compliance***, la única forma conocida de existencia corporativa de actuar dentro de la ley y las convenciones, y con libertad de mercado, respeto al consumidor y compromiso con el desarrollo sostenible.

Es una lectura que le recomiendo a quien dirige, a quien formula programas de mercadeo, a quien crea, estudia y recomienda medios y vehículos, y a quien le lleva mensajes publicitarios al público, en fin, a todos los que operan con publicidad y propaganda.

Es una lectura rápida, con anexos de leyes y normas para consulta, si así se desea.

La opinión del prof. Tercio Sampaio Ferraz Junior también merece una mención especial, presentada aquí como Apéndice, quien, como profundo conocedor del mercado brasileño y de la autorregulación, destaca el reconocimiento del CENP y de las Normas-Estándar, inclusive por parte del Poder Judicial, además de mencionar que el mercado es altamente competitivo: "Sin duda alguna, en estos quince años de existencia, el mercado incorporó las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria, reconociendo al CENP como la entidad que cuida con dedicación de su cumplimiento. Adoptó mecanismos que evitan iniciativas oportunistas, la presentación de propuestas antieconómicas con la finalidad de conquistar nuevos Anunciantes o mantenerlos, porque esto puede implicar servicios de baja calidad y competencia desleal".

Caio Barsotti
Presidente

ÍNDICE

1. Regulación, autorregulación y *compliance*..... 125
2. La autorregulación de la publicidad en Brasil 132
2.1. La autorregulación y el CENP.....132
2.2. Las Normas Estándar de la Actividad Publicitaria:
orientaciones éticas y técnicas.....135
2.2.1. Las relaciones entre agencias,
anunciantes y vehículos.....136
2.2.2. Las relaciones entre agencias y anunciantes.....138
2.2.3. Las relaciones entre agencias y vehículos.....140

3. Autorregulación, Consejo de Ética y *compliance*... 141

APÉNDICE 1:
La regulación de la publicidad en Brasil..... 145
1. La Constitución Federal.....145
2. Las leyes.....151
2.1. Ley nº 4.680 del 18 de junio de 1965.....151
2.2. Ley nº 12.232 del 29 de abril de 2010.....154
3. Los decretos.....159
3.1. Decreto nº 57.690 del 01 de febrero de 1966.....159
3.2. Decreto nº 4.563 del 31 de diciembre de 2002 160

APÉNDICE 2:
Opinión del prof. Tercio Sampaio Ferraz Junior.....161

1. Regulación, autorregulación y *compliance*

La actividad de la publicidad en Brasil posee un sistema normativo especial que disciplina y regula su existencia y funcionamiento. Cuenta con normas legales que surgen del Estado – **Leyes Federales nº 4.680/65 y nº 12.232/10, Decreto Federal nº 57.690/66, alterado por el Decreto nº 4.563/02. La publicidad está incluida en el capítulo de la Comunicación Social de la Constitución Federal de la República (art. 220), el cual asegura la libertad de expresión y prohíbe la censura previa estableciendo también que solo la Unión puede legislar sobre la publicidad comercial (art. 22, XXIX)**.

En las relaciones comerciales, ella cuenta con normas reconocidas y libremente acordadas por los agentes del mercado publicitario, por medio de entidades y asociaciones nacionales representativas[1] de agencias de propaganda, vehículos y anunciantes. Son ellas: (i) el Código de Ética de los Profesionales de la Propaganda, que obtuvo carácter legal en 1965 (art. 17 de la Ley nº 4.680/65) y las (ii) Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria, instrumentos de incentivo a las buenas prácticas y respeto ético, incorporadas al Decreto Federal nº 57.690/66 desde 2002.

1. ABA – Associação Brasileira de Anunciantes; ABAP – Associação Brasileira de Agências de Publicidade; FENAPRO – Federação Nacional das Agências de Propaganda; 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 do Outdoor; ABDOH – Associação Brasileira de Mídia Digital Out of Home; e IAB Brasil – Interactive Advertising Bureau.

Las normas previstas en la **ley federal** se aplican a toda y cualquier situación para todos los agentes del mercado y no dependen de deseo de acatamiento; las normas de autorregulación se aplican a los que desean sus beneficios y se sujetan al permanente compromiso de los agentes del mercado, reafirmado a través de la convivencia con el CENP – Conselho Executivo das Normas-Padrão.

Las empresas anunciantes contratan a las agencias de propaganda para que les ofrezcan los servicios publicitarios definidos en la ley (*full service*), que abarcan desde los estudios y concepción hasta la intermediación de obras publicitarias. Las empresas anunciantes les pagan directa o indirectamente por lo que crean, conciben y producenº A través de la intermediación de la publicidad, la remuneración se vuelve fruto del descuento fijado por esos vehículos en sus listas de precios sobre el valor concreto de la transmisión de la publicidad, la cual pagan los contratantes. El valor mínimo de este descuento, llamado descuento-estándar y recomendado por las Normas-Estándar, es de 20% para las agencias que poseen el Certificado de Calificación Técnica.

La ley federal creó el **descuento que es parte de la remuneración de las agencias de propaganda, cuyo valor es fijado por esos vehículos** (art. 11 de la Ley nº 4.680/65 y art. 19 de la Ley nº 12.232/10), prohibiendo que se le **conceda a quien no sea agencia** (párrafo único del art. 11 de la Ley nº 4.680/65). El mismo artículo creó una comisión destinada exclusivamente a los agentes de propaganda que actúan como corredores y que no tienen cualquier atribución de estudio de mercado o creación publicitaria.

La legislación federal le dio fuerza de ley al Código de Ética de los Profesionales de la Propaganda (art. 17 de la Ley nº 4.680/65) e incorporó al papel de las prohibiciones legales la transferencia del descuento-estándar a la empresa-anunciante (Ítem I, 8, del Código de Ética citado).

La existencia del descuento-estándar está condicionada al pago, por el anunciante, de la transmisión de la publicidad

Sin importar otros deberes contractuales, la agencia se obliga a mantener un permanente estudio del mercado de media y a concederle a los vehículos de comunicación un efectivo ***del credere*** por causa del descuento-estándar, cobrando en su nombre las cuentas relativas a la transmisión de la publicidad y repasándoles los valores a los vehículos sin que los utilice en los plazos fijos.

La existencia del descuento-estándar está condicionada al pago, por el anunciante, de la transmisión de la publicidad. Pero antes, la referencia de su valor en el documento contable-fiscal emitido por el vehículo de comunicación es una mera cita. **Solo al momento en que se le paga al vehículo es que la agencia tiene derecho a remuneración, pasando, de hecho y por derecho, a ser la acreedora de aquel valor**. El descuento-estándar es de exclusiva propiedad de la agencia, hecho aclarado de forma interpretativa por la ley federal (art. 19, ley nº 12.232/10).

La agencia tiene el deber de negociar los mejores precios y condiciones comerciales a favor de sus clientes-anunciantes en cada contratación de media. Todo y cualquier descuento comercial será revertido a favor del anunciante. Si no lo hace así, la agencia infringirá las normas legales y convencionales de la propaganda.

La negociación contractual entre agencia y anunciante es libre. Sin embargo, la relación debe evitar prácticas antieconómicas y anticompetitivas para asegurar el equilibrio contractual y en el caso del descuento-estándar, debe respetar las disposiciones legales y prohibir su transferencia a terceras partes, a pesar de que sean más importantes en la relación que originó aquella remuneración[o]

Para negociar media en nombre de un anunciante, la agencia debe haber sido acreditada por el primero ante al vehículo de comunicación, asegurándosele el derecho de actuar en nombre de la empresa-anunciante, inclusive contratando transmisión[o]

La autorregulación de la publicidad es un compromiso voluntario con el cual se comprometen las agencias de publicidad, vehículos de comunicación y anunciantes que tomen parte en sus normas. El sistema autorregulador facilita la relación diaria de miles de agentes en operaciones que exigen rapidez y sólida confianza mutua.

Las empresas y personas no son obligadas a tomar parte en el régimen de autorregulación porque según la Constitución de la República, nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo que no esté de acuerdo con la ley. El ambiente de autorregulación previsto por las normas que crearon el CENP establece parámetros, referencias, designaciones y recomendaciones con mecanismo de *fast track* que buscan facilitar las transacciones entre los agentes, volviéndolas así más céleres y previsibles.

Resumiendo:

Cuando pactan las Normas-Estándar, **los vehículos** asegu-

ran que van a cumplir las obligaciones legales de (i) mantener una lista única y pública de precios que se ofrecerán para negociación en todo el mercado, sin restricciones de cualquier tipo, (ii) fijar el descuento-estándar de al menos 20% para todas las agencias de propaganda certificadas y para toda la publicidad transmitida de todo y cualquier anunciante, (iii) volver público el porcentaje de descuento que concede según sus criterios para las relaciones ***non compliance*** [incumplimiento] y otras hipótesis que no sean las recomendadas por las Normas-Estándar, y (iv) cumplir con la obligación de transmisión según los términos que la agencia autorizó.

Las agencias de publicidad que pactan las Normas-Estándar aseguran (i) mantener una permanente estructura física y con personal calificado (ii) adquirir y usar investigación de media según el mercado en el que actúan (iii) asegurarle a los vehículos por los cuales sean certificadas el efectivo ***del credere***, y (iv) respetar las normas legales y convencionales del mercado de publicidad;

Las empresas-anunciantes, al tomar parte en las Normas-Estándar, disfrutan de un mercado libre, organizado y orgánicamente dirigido a la eficacia de la comunicación publicitaria la cual, con ética, deberá promover la aproximación de productores y proveedores de servicios a los consumidores del país.

El CENP actúa en nombre de sus fundadoras y basándose en principios a través de su Consejo de Ética, siempre buscando un acuerdo ante un conflicto entre las partes involucradas, considerando las Normas-Estándar en nítida función conciliatoria y mediadora. Sin embargo, cuando no se llega a una solución consensual, las Cámaras de Arbitraje del Con-

sejo de Ética profieren la decisión que no posee cualquier carácter punitivo para el agente que este bajo ***non compliance***, lo que consistirá en advertencia meramente declaratoria comunicada confidencialmente a los representantes del anunciante y de la agencia, así como a los vehículos y asociaciones de vehículos asociados al CENP.

La decisión declaratoria de *non compliance* tiene por objetivo alertar que ciertas relaciones pueden afectar la libertad, la isonomía, la competitividad y la transparencia existente en el mercado

La decisión declaratoria de ***non compliance*** tiene por objetivo alertar que ciertas relaciones pueden afectar la libertad, la isonomía, la competitividad y la transparencia existente en el mercado publicitario, ya que pueden implicar la vulnerabilidad de las reglas voluntariamente establecidas.

También es importante resaltar que, como existe un amplio régimen legal y reglamentar de carácter estatal en lo que atañe especialmente a las actividades publicitarias y también a toda la estructura normativa de carácter general aplicable a las mismas actividades (como las cuestiones fiscales y tributarias, por ejemplo), además de las que tienen alcance internacional para empresas multinacionales como, por ejemplo, el Sarbannes-Oxley Act (SOX), el Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) y la UK Bribery Act, nada impide que prácticas ilícitas o ilegales practicadas por agentes que operan en el mercado publicitario sean identificadas y eventualmente castigadas por las autoridades competentes, lo que escapa integralmente al ámbito de operación del CENP al respecto del reconocimiento obtenido en norma legal, en su función certificadora y supervisora de las condiciones técnicas de las agencias de publicidad **(art. 4º Ley nº 12.232/10)**.

Se recomienda la lectura de los documentos siguientes que muestran cómo es y qué se usa como base para la práctica de la autorregulación de la publicidad, las Normas-Estándar, las bases de la relación entre las partes y el sistema de ***compliance*** adoptado, además del resumen de la legislación y las normas.

Estar en ***compliance*** es la mejor forma de asegurar los derechos y deberes de las partes que actúan en el mercado publicitario brasileño.

Este documento, creado para ayudar en la comprensión de las normas de ***compliance*** de las relaciones comerciales de la publicidad, solo tiene un mero carácter interpretativo y no presenta ninguna innovación, teniendo solo la función aclaradora, sin substituir, en caso de cualquier duda o cuestión de más complejidad, la consulta a la propia legislación y normas de autorregulación en su completo tenor, así como a especialistas, abogados y consultores propios y contratados sobre todos los aspectos jurídico-convencionales que se apliquen a las actividades. Sobre a las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria, que son las tuteladas por el CENP, el documento indica lo que puede significar estar dentro del ***compliance***.

Estar o no dentro del *compliance* no se confunde con poder o no actuar en el mercado, ya que esta libertad, garantizada constitucionalmente, no es – y ni podría ser – sustraída por la autorregulación o por cualquier entidad privada tuteladora de normas de autorregulación libremente adoptadas.

2. La autorregulación de la publicidad en Brasil

En Brasil, como visto anteriormente, no existen solo normas provenientes del Estado que rigen la operación de las agencias de publicidad, anunciantes y vehículos de comunicación. De manera paralela a la legislación estatal (leyes y decretos federales), hay un conjunto de normas pactadas y libremente adoptadas por esos agentes del mercado publicitario con la intención de gobernar las relaciones comerciales y éticas entre ellos. Entre esas normas, se deben destacar las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria (1998), las cuales consolidan la protección de los intereses de todos los agentes económicos involucrados en las negociaciones en el mercado publicitario, ya sean agencias, vehículos o anunciantes y aún los consumidores.

2.1. LA AUTORREGULACIÓN Y EL CENP

La autorregulación es la reglamentación de los mercados, de las empresas o de las profesiones por esos operadores y agentes económicos interesados y no por el Estado. Por ser dirigida por estos sujetos regulados, es diferente de la heteroregulación, la cual es conducida por el Estado. Es una forma de regulación colectiva y no individual, donde se alcanza su legitimidad exactamente al obtener consensos y mayorías que

no tienen como objetivo los intereses individuales sino los colectivos. Además, la autorregulación presupone la existencia de una organización colectiva que establece y supervisa un conjunto de reglas destinadas a sus miembros, las cuales ellos aceptan voluntariamente al participar en la autorregulación.

El papel de la autorregulación es interiorizar patrones de comportamientos o usos y costumbres aceptados y ya practicados por el mercado y por la comunidad mediante la reglamentación, monitoreando a sus miembros de forma que se cree una reputación positiva para el grupo. La autorregulación es responsable no solo por la creación de un conjunto adicional de normas, sino que también actúa en el fortalecimiento de las normas determinadas por la comunidad, estado y mercado. Se trata de un sistema de orden privado espontáneo que se basa en la reciprocidad: los individuos reconocen los beneficios que extraerán al tomar parte en las reglas acordadas. Del punto de vista económico, los agentes recurren a la autorregulación, porque puede funcionar como importante mecanismo de corrección de fallas de mercado, generando así más eficiencia.

El Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP) se formó en 1998 a través de una libre convención entre las entidades representativas de los principales agentes económicos del mercado publicitario, **los anunciantes** (Asociación Brasileña de los Anunciantes – ABA), **las agencias de propaganda** (Asociación Brasileña de Agencias de Publicidad – ABAP y la Federación Nacional de las Agencias de Propaganda – Fenapro) y los vehículos de comunicación (Asociación Nacional de Diarios – ANJ, Asociación Nacional de los Editores de Revistas – ANER, Asociación Brasileña de las Emisoras de Radio y Televisión – ABERT,

Asociación Brasileña de Televisión por Membresía – ABTA y Central de Vallas Publicitarias), a los cuales posteriormente se les unieron también el Interactive Advertising Bureau – IAB Brasil (representa vehículos y agencias que actúan en Internet) y la Associação Brasileira de Mídia Digital Out of Home [Asociación Brasileña de Media Digital Out of Home] – ABDOH.

El CENP es una asociación civil sin ánimo de lucro responsable por la conducción de la autorregulación en las relaciones entre los agentes económicos del mercado publicitario y también por el fomento de las mejores prácticas comerciales que incentiven la competencia por mejor eficiencia y calidad, debiendo por lo tanto cuidar con dedicación de la observancia de las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria. Se encuentra formado por los siguientes órganos: a) Asamblea General: es el órgano soberano de la entidad y tiene función deliberativa, estando compuesta por asociados fundadores e institucionales que estén al día con sus obligaciones sociales; b) Consejo Ejecutivo: es el órgano normativo y directivo del CENP, estando compuesto por miembros nombrados por esos asociados fundadores e institucionales; c) Directorio Ejecutivo: órgano administrativo en el que están representados los tres segmentos del mercado publicitario, y que está compuesto por siete miembros (un presidente, tres vicepresidentes y tres directores); d) Consejo de Ética: es el órgano competente para la conciliación y mediación, así como para el arbitraje de conflictos entre agentes e intereses del mercado en lo que atañe a las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria, estando compuesto por Consejeros representantes de anunciantes, agencias de publicidad y vehículos de comunicación designados por las respectivas entidades; e) Consejo Fiscal: es el órgano supervisor del CENP, el cual está compuesto por tres miembros elegidos por la Asamblea General que supervisa los actos de los administradores elegidos por el Consejo Ejecutivo, así

como opinar sobre el reporte y cuentas del Directorio Ejecutivo; f) Consejo Consultivo: actúa como consejería del Directorio Ejecutivo, siendo el espacio para la discusión de los asuntos de interés de la publicidad, de la ética y de la libre competencia, sin por lo tanto tener una función administrativa.

El CENP es responsable por la conducción de la autorregulación en las relaciones entre los agentes económicos del mercado publicitario y por el fomento de las mejores prácticas comerciales

El CENP cuenta aún con otros dos organismos: 1) CTM- Comitê Técnico de Mídia [Comité Técnico de Media] integrado por profesionales calificados para operar en agencias, vehículos y anunciantes, siendo también responsable por el análisis y recomendación de la certificación de estudios de informaciones de media; y 2) el BUP- Banco Único de Listas de Preços [Banco Único de Listas de Precios], sistema de depósito por medio del cual los vehículos asociados tienen la posibilidad de cumplir la exigencia incluida en el Decreto Regulador de la Ley nº 4.680/65, con listas públicas de precios.

2.2. LAS NORMAS-ESTÁNDAR DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA: *ORIENTACIONES ÉTICAS Y TÉCNICAS*

Este capítulo pretende presentar, de manera resumida, las recomendaciones sobre cómo estar dentro del ***compliance*** con las normas que surgen de la autorregulación de la actividad publicitaria tuteladas por el CENP, que buscan de manera evidente pautarse y complementar las normas estatales (tanto las leyes federales como los decretos alistados anteriormente). Dentro de este contexto, los dispositivos traídos por las llamadas Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria tienen un papel central, las cuales pueden dividirse, para la

finalidad de este documento, en tres partes según la relación de la cual se estén ocupando las normas: relaciones entre agencias, anunciantes y vehículos; relaciones entre agencias y anunciantes; relaciones entre agencias y vehículos.

2.2.1. LAS RELACIONES ENTRE AGENCIAS, ANUNCIANTES Y VEHÍCULOS

Después de un abordaje de los conceptos básicos del mercado de publicidad, la primera parte de las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria se ocupa de las relaciones entre las agencias, anunciantes y vehículos en lo que se refiere a las prácticas tanto de naturaleza profesional como comercial. En el ámbito comercial, se trata de asuntos centrales en lo que atañe a la remuneración de las agencias de publicidad, dentro de los cuales se destaca el descuento-estándar de la agencia, el cual recomienda que el vehículo le garantice una remuneración no inferior al mínimo de 20% del valor de la media pagada por el anunciante a la agencia certificada y que esté en ***compliance*** con las normas de autorregulación. En el ámbito profesional, las normas implantan metas de calidad para las agencias, las cuales deben disponer de estructura profesional y técnica, y de un conjunto mínimo de informaciones y datos de media. El Anexo A clasifica[2] a las agencias en siete grupos según las utilidades anuales de las agencias.

En resumen tenemos:

- Las listas de precios según las cuales los vehículos comercializan su espacio, su tiempo y sus servicios DEBEN ser pú-

[2] Esta clasificación solo tiene el objetivo de indicar el nivel mínimo de compromiso con la estructura/instrumental técnico de la agencia, incluso con la utilización de estudios e investigación de media técnicamente certificada por el CENP, que cuenta con un Comité Técnico de Media de actuación permanente formado por profesionales de agencias, vehículos y anunciantes que poseen notorios conocimientos en ese campo.

blicas y deben valer sin distinciones para los negocios que los anunciantes les transfieran directamente, o por medio de agencias;

- El vehículo NO PUEDE ofrecerle al anunciante, directamente, una ventaja o precio diferente del ofrecido a través de la agencia;
- La agencia NO PUEDE dejar de presentarle al cliente la propuesta del vehículo dirigida a él;
- La agencia DEBE cobrarle a los clientes las facturas correspondientes al espacio/tiempo que hayan adquirido a pedido y por cuenta suya, encargándose de su cobranza en nombre de los vehículos, a los cuales les DEBEN transferir los valores así recibidos;
- El CENP DEBE suspender el Certificado de Calificación Técnica de la agencia en caso que esta haya retenido valores de modo indebido y de forma comprobada;
- Los vehículos y los anunciantes PUEDEN intercambiar espacio, tiempo o servicio publicitario libremente de manera directa o a través de la agencia de publicidad responsable por la cuenta publicitaria, en los términos de Comunicación Normativa emitida por el CENP;
- Los vehículos DEBEN fijar el descuento-estándar que las agencias certificadas por el CENP deben verificar como resultado del trabajo de concepción, ejecución y distribución de propaganda desarrollado por ella, para las cuales las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria recomiendan un valor mínimo de 20% para las agencias que se encuentren bajo ***compliance***;
- Las agencias DEBEN, en cambio, alcanzar metas de calidad establecidas por las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria y calificarse para el recibimiento del Certificado de Calificación Técnica, asumir obligaciones de calidad técnica

(adquisición de investigación que interese a la actividad que desarrollan a favor de sus clientes), así como obligaciones éticas y de lealtad en las relaciones comerciales (límites para transferencia de recursos a anunciantes, sin quiebra de lealtad con los vehículos);

El vehículo no puede ofrecerle al anunciante, directamente, una ventaja o precio diferente del ofrecido a través de la agencia

- Las agencias DEBEN realizar su trabajo, especialmente los planes de media que les presentarán a sus clientes, de manera técnica, basándose en datos estadísticos de mercado, orientando sus recomendaciones por medio de buenas técnicas;
- La agencia PUEDE negociar una parte de su descuento-estándar de agencia con el anunciante, orientándose por los parámetros establecidos en las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria, según el volumen de inversiones en publicidad;
- La contratación de propaganda en condiciones antieconómicas, anticompetitivas o que generen competencia desleal es ILEGAL.

2.2.2. LAS RELACIONES ENTRE AGENCIAS Y ANUNCIANTES

La segunda parte de las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria destaca las relaciones entre las agencias y los anunciantes, volviendo explicitas las capacidades que las agencias certificadas por el CENP deben poseer y la forma por la cual puede suceder su contratación, de forma preferencial. El Anexo B contiene los parámetros según los cuales se pude negociar una parte del descuento-estándar que se revertirá al anunciante que se encuentre bajo ***compliance***.

En resumen tenemos:

- Las agencias certificadas por el CENP DEBEN tener la capacidad de ofrecerle un pleno atendimiento al anunciante, comprendiendo los siguientes servicios: a) estudio del concepto, idea, marca, producto o servicio a difundir; b) identificación y análisis de los públicos y del mercado donde la idea, marca, producto o servicio encuentre la mejor posibilidad de aceptación; c) identificación y análisis de las ideas, marcas, productos y servicios contrincantes; d) examen del sistema de distribución y comercialización; e) elaboración y ejecución del plan publicitario; f) contratación de la compra de espacio/tiempo/servicio ante los vehículos, en nombre y a cargo del anunciante y, por causa de tales actividades, encargarse de la cobranza de estas facturas y de su pago a los vehículos;
- La agencia DEBE trabajar en una estrecha colaboración con el anunciante para que el plan publicitario alcance los objetivos pretendidos y el anunciante obtenga el retorno de su inversión en publicidad;
- La contratación de la agencia por el anunciante DEBE ser, de manera preferencial, mediante documento escrito, en el cual DEBEN constar los plazos de provisión de los servicios y los ajustes que las partes así realicen;
- Desde el punto de vista del derecho autoral, las ideas, obras, planes y campañas de publicidad desarrolladas por la agencia DEBEN pertenecerle a la agencia;
- La agencia certificada PUEDE optar por no recibir pago por medio del descuento-estándar de 20%, al menos. En ese caso, la remuneración por el anunciante PUEDE hacerse a través de *fees* u honorarios fijos. El *fee* PUEDE ser acumulativo o alternativo a la remuneración por medio del descuento-estándar, pero deberá tener una relación de

equivalencia proporcional con el mismo, siendo ILEGAL la contratación de propaganda en condiciones antieconómicas, anticompetitivas o que generen competencia desleal;
- En las contrataciones con el sector público, los anunciantes de cada poder y esfera administrativa DEBEN ser considerados como departamentos de un sólo anunciante para las finalidades del contenido del Anexo B, norma que propicia a tales anunciantes la condición con bases más ventajosas.

2.2.3. LAS RELACIONES ENTRE AGENCIAS Y VEHÍCULOS

La tercera parte de las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria aborda las relaciones entre las agencias y vehículos.

En resumen tenemos:

- Los planes de incentivo a las agencias, los cuales son mantenidos por esos vehículos, NO PUEDEN contemplar anunciantes, ni sobreponerse, por parte de las agencias, a criterios técnicos en la elaboración y ejecución de la planificación de la media;
- La agencia DEBE adquirir espacio o tiempo específicamente para su cliente. El vehículo NO PUEDE, por lo tanto, vender espacio o tiempo sin la indicación explícita del nombre/producto del anunciante.
- La agencia DEBE cobrar, en el plazo, el valor de las facturas emitidas por esos vehículos a los anunciantes, pasándole tales valores a los vehículos. Constituye una apropiación indebida, sujeta a puniciones legales, dejar de realizar esta transferencia de recursos.

3. Autorregulación, Consejo de Ética y *compliance*

En el contexto de la autorregulación publicitaria, el Consejo de Ética del CENP es el órgano que ejerce las importantes funciones de conciliar, mediar y arbitrar controversias referentes a las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria. Para ello, el Consejo tiene la competencia para alistar, instruir y juzgar procedimientos, analizando si la conducta de los agentes del mercado publicitario está o no dentro del ***compliance*** con las Normas-Estándar. Se trata, por lo tanto, de un órgano cuyo papel es de gran relevancia, ya que propicia a los agentes en conflicto o en situación de ***non compliance*** la posibilidad de volver a la condición de ***compliance*** por medio de la conciliación. Dentro de este contexto, es importante recordar que el Consejo de Ética apenas analiza la situación de conformidad de los agentes basándose en las Normas-Estándar y no analiza controversias relativas a las normas estatales que se refieren a la actividad publicitaria, ya que tal atribución es del Poder Judicial y escaparía a las competencias del CENP.

Conviene subrayar que el Consejo de Ética fue concebido como un mecanismo de solución de controversias que siempre debe buscar la conciliación dentro de la lógica de la autorregulación, en el que se asumen compromisos voluntarios en nombre de bienes y valores considerados relevan-

tes por toda una comunidad que se autorregula. Es tanto así que la primera etapa del procedimiento ante el Consejo de Ética se desarrolla en una Cámara de Conciliación y Mediación en la que se les da a los agentes la posibilidad de solucionar las controversias o conflictos éticos existentes entre ellos a partir del diálogo, en un proceso en el que el Consejo de Ética del CENP, a través de la referida cámara, ejerce la función de mediador y conciliador. Por lo tanto, no se trata de un procedimiento en el que un órgano jerárquicamente superior tiene el poder de punir a los agentes del mercado publicitario, sino de un sistema concebido por los propios agentes del mercado publicitario para que los mismos, en común acuerdo, tomen la decisión. No existe, por ejemplo, ninguna forma de multa que se aplica a los agentes que se encuentren bajo ***non compliance*** con las normas- estándar, o cualquier otra penalidad.

Es sólo ante el fracaso de los intentos de solución por medio de conciliación o mediación que se recurre a la Cámara de Arbitraje y Conflictos Éticos. El Consejo de Ética, al arbitrar las controversias, tiene siempre como finalidad la preservación de las mejores prácticas comerciales y de la ética, cuidando con dedicación en ese contexto de la calidad, legalidad y ética en las relaciones comerciales entre agencias de publicidad, anunciantes y vehículos de comunicación, de conformidad con las reglas establecidas por ellos mismos y consolidadas en las Normas-Estándar. Al final de todo ese procedimiento, después de todos los intentos de conciliación, si el Consejo de Ética concluye que la agencia se encuentra bajo ***non compliance***, él podrá adoptar una advertencia solo declaratoria que se le comunicará a los responsables por la agencia y por el anunciante involucrados

en la controversia y se lo comunicará a los vehículos y asociaciones de vehículos certificados por el CENP.

En resumen tenemos:

- El Consejo de Ética del CENP DEBE siempre buscar soluciones conciliatorias y actuar como un instrumento de concordia entre los agentes en litigio y NO PUEDE, antes de ello, emitir cualquier manifestación sobre situación de ***non compliance***;
- Antes de declarar la situación de ***non compliance***, tomando las debidas providencias según el estatuto, el Consejo de Ética DEBE instaurar procedimientos en dos instancias: la Cámara de Conciliación y Mediación y la Cámara de Arbitraje y Conflictos Éticos, en las cuales siempre se les DEBE permitir a los agentes amplia defensa y la posibilidad de conciliación de forma adecuada;
- En caso que al inicio ya se verifique la inexistencia de problema ético, el Presidente del CENP PUEDE recomendar que se archive el procedimiento;
- Por medio de su Cámara de Conciliación y Mediación, el Consejo de Ética DEBE intentar que sea posible un acuerdo entre los agentes, de manera que los mismos vuelvan voluntariamente a la situación de ***compliance***;
- En caso que los intentos de acuerdo ante la Cámara de Conciliación y Mediación sean infructíferos y persistiendo el conflicto ético, se le deberá enviar el procedimiento a la Cámara de Arbitraje y Conflictos Éticos, en la cual los Consejeros votarán, siempre después de garantizar amplia libertad de defensa y exposición de sus razones a las

El Consejo de Ética debe intentar que sea posible un acuerdo entre los agentes, de manera que los mismos vuelvan voluntariamente a la situación de *compliance*

partes, para decidir si los agentes se encuentran bajo ***non compliance***;

- El Consejo de Ética NO PUEDE establecer multas para los agentes en situación de ***non compliance***, ni tampoco decidir sobre cualquier materia distinta de la interpretación de las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria por falta de competencia;
- La operación del Consejo de Ética es materia tratada bajo sigilo, y solo quienes analizan los hechos investigados en nombre del CENP la conocerán, así como quienes la averiguan y las partes interesadas, siendo la decisión de ***non compliance*** solo declaratoria y comunicada a los representantes de las partes involucradas en la controversia, a los vehículos y asociaciones de vehículos certificados por el CENP.

APÉNDICE 1 La regulación de la publicidad en Brasil

El objetivo de este Apéndice es presentar un panorama de las normas estatales aplicables a la publicidad. Tal panorama no pretende ser completo y, por lo tanto, iniciará por el análisis de los dispositivos constitucionales relacionados a la libertad de expresión y de manifestación de pensamiento y al capítulo acerca de la comunicación social. Además, se analizarán los dispositivos de las Leyes Federales nº 4.680/65 y nº 12.232/10, los cuales consisten respectivamente de la estructura reguladora de la actividad publicitaria y de la principal legislación acerca de las licitaciones y contrataciones por la administración pública en la área de publicidad, así como también se presentarán dispositivos de los Decretos Federales nºs 57.690/66 y 4.563/02, los cuales reglamentan la Ley nº 4.680/65.

1. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

La Constitución Federal presenta una serie de dispositivos que son relevantes para el ejercicio de la actividad publicitaria, entre los cuales se pueden destacar las libertades de comunicación, manifestación de pensamiento, expresión e

información, así como el derecho del consumidor y el capítulo acerca de la comunicación social.

La Constitución presenta dispositivos que son relevantes para el ejercicio de la actividad publicitaria, entre los cuales tenemos las libertades de comunicación y expresión

En lo que se refiere a la libertad de comunicación, la Constitución Federal establece un conjunto de derechos (art. 5, IV, V, IX, XII, XIV combinado con los arts. 220 a 224) que vuelven posible la coordinación entre creación, expresión y difusión del pensamiento y de la creación. En este conjunto se incluyen la libertad de manifestación de pensamiento (art. 5º, IV), la libertad de expresión (art. 5º, IX) y la libertad de información. De estos dispositivos resulta, por ejemplo, la existencia de la prohibición de la censura. Por otro lado, no se puede olvidar que la libertad de expresión comercial también se puede entender como corolario lógico de la libre iniciativa y de la libre competencia (arts. 1º y 170, *caput* y IV de la Constitución), ya que la publicidad no deja de ser una dimensión económica de las actividades de las empresas en el mercado.

El derecho del consumidor fue incluido por la Constitución al rol de los derechos fundamentales a través del art. 5º, XXXII. Además, el art. 170, V, eleva la defensa de los consumidores a la condición de principio del orden económico. Ante ello, se abre espacio para que la legislación infraconstitucional le asegure la protección al consumidor. Ese papel es desempeñado principalmente por el Código de Defensa del Consumidor. En el ámbito de la publicidad, en área de interés que escapa a las áreas de operación del CENP, pero en las que es conveniente recordar, existe incluso la previsión de que la publicidad debe seguir determinadas directri-

ces, prohibiéndose su ejercicio de modo engañoso o abusivo, lo que el Código de Defensa del Consumidor clasifica como prácticas ilícitas, susceptibles a puniciones.

Además, al tratar del orden constitucional de la cultura, la Constitución Federal presenta dispositivos relevantes para la actividad publicitaria en el capítulo "Sobre la comunicación social" (arts. 220 a 224). En lo que atañe a la publicidad, tiene particular relevancia el art. 220, § 4º, el cual establece que la propaganda comercial de tabaco, bebidas alcohólicas, pesticidas, medicamentos y terapias queda sujeta a la restricciones legales, debiendo existir advertencia sobre los maleficios resultantes de su uso.

En otras palabras, la Constitución Federal asegura la protección a la comunicación publicitaria tratándola como parte de la comunicación social, inclusive prohibiendo la censura previa, estableciendo aún en su artículo 22, ítem XIX, que la Unión debe legislar, en particular, sobre propaganda comercial.

LEGISLACIÓN CITADA EN ESTE TÓPICO:

Art. 1º – La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los estados y municipios y del Distrito Federal, se constituye como Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: (...) IV – los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa;

Art. 5º – Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándoseles a los brasileños y

a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes:

(...)

IV – es libre la manifestación del pensamiento, prohibiéndose el anonimato;

V – se asegura el derecho de respuesta, proporcional al agravio, además de la indemnización por daño material, moral o a la imagen;

(...)

IX – es libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, independientemente de censura o licencia;

(...)

XII – es inviolable el sigilo de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y de las comunicaciones telefónicas, salvo, en último caso, por orden judicial, en los casos y en la forma que la ley lo establezca para los fines de investigación criminal o instrucción procesal penal;

(...)

XIV – se les asegura a todos el acceso a la información y se resguarda el sigilo de la fuente, cuando sea necesario al ejercicio profesional;

(...)

XXXII – el Estado promoverá, bajo la ley, la defensa del consumidor;

Art. 22 – Le corresponde en particular a la Unión legislar sobre: XXIX – propaganda comercial.

Art. 170 – El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene como finali-

dad asegurarle a todos la existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social, observando los siguientes principios: (...) IV – libre competencia; V – defensa del consumidor;

Art. 220 – La manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la información, bajo cualquier forma, proceso o vehículo no sufrirán cualquier restricción, observando lo dispuesto en esta Constitución.

§ 1º – Ninguna ley contendrá ningún dispositivo que pueda constituir obstáculo a la plena libertad de información periodística en cualquier vehículo de comunicación social, observando el contenido del art. 5º, IV, V, X, XIII y XIV.

§ 2º – Se prohíbe toda y cualquier censura de naturaleza política, ideológica y artística.

§ 3º – Le corresponde a la ley federal:

I – regular las diversiones y espectáculos públicos, siendo que el Poder Público debe informar sobre su naturaleza, las edades a las que no se recomiendan, locales y horarios en que su presentación sea inadecuada;

II – establecer los medios legales que le garanticen a la persona y a la familia la posibilidad de defenderse de programas o programaciones de radio y televisión que sean contrarios al contenido del art. 221, así como de la propaganda de productos, prácticas y servicios que puedan ser nocivos para la salud y al medio ambiente.

§ 4º – La propaganda comercial de tabaco, bebidas alcohólicas, pesticidas, medicamentos y terapias estará sujeta a las restricciones legales, en los términos del inciso II del párrafo anterior, y contendrá, siempre que sea necesario, advertencia sobre los maleficios resultantes de su uso.

§ 5º – Los medios de comunicación social no pueden, directa o indirectamente, ser objeto de monopolio u oligopolio.

§ 6º – La publicación de vehículo impreso de comunicación es independiente de licencia de autoridad.

Art. 221 – La producción y la programación de las emisoras de radio y televisión atenderán los siguientes principios:

(...)

V – respeto a los valores éticos y sociales de la persona y de la familia.

Art. 222 – La propiedad de empresa periodística y de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes es privativa de brasileños natos o naturalizados desde hace más de diez años, o de personas jurídicas constituidas bajo las leyes brasileñas y que tengan sede en el País.

§ 1º – En cualquier caso, al menos setenta por ciento del capital total y del capital votante de las empresas periodísticas y de radiodifusión sonora y de sonido e imágenes deberá pertenecer, directa o indirectamente, a brasileños natos o naturalizados desde hace más de diez años, quienes ejercerán de manera obligatoria la gestión de las actividades y establecerán el contenido de la programación.

§ 2º – La responsabilidad editorial y las actividades de selección y dirección de la programación transmitida son privativas de brasileños natos o naturalizados desde hace más de diez años, en cualquier medio de comunicación social.

§ 3º – Los medios de comunicación social electrónica, independientemente de la tecnología utilizada para proveer el servicio, deberán obedecer los principios contenidos en el art. 221, según la ley específica, que también garantizará la prioridad de profesionales brasileños en la ejecución de producciones nacionales.

§ 4º – La ley disciplinará la participación de capital extranjero en las empresas de las que trata el § 1º.

§ 5º – Las alteraciones de control de la sociedad de las empresas de las que trata el § 1º se le comunicarán al Congreso Nacional.

Art. 224 – Para los efectos del contenido de este capítulo, el Congreso Nacional instituirá, como su órgano auxiliar, al Consejo de Comunicación Social, según la forma de la ley.

2. LAS LEYES

2.1. LEY Nº 4.680 DEL 18 DE JUNIO DE 1965

La Ley nº 4.680/65 es el marco regulador del mercado brasileño de publicidad y determina el ejercicio de la profesión del publicitario y agente de propaganda, definiendo claramente sus sujetos, el publicitario, el agente de propaganda, la agencia de propaganda y los vehículos de comunicación. Además, esa ley establece normas referentes a las comisiones y a los descuentos debidos a los agentes y a las agencias de propaganda, al contrato de trabajo de agentes, así como a la supervisión y aplicación de penalidades en caso de incumplimiento de sus dispositivos legales.

Según la Ley nº 4.680/65, son publicitarios quienes, en carácter regular y permanente, ejercen funciones de naturaleza técnica de la especialidad, en las agencias de propaganda, en los vehículos de divulgación, o en cualquier empresa en la que se produzca propaganda. El concepto de agente de propaganda, por su parte, abarca a los profe-

sionales que, conectados a los vehículos de comunicación (los contactos, en la jerga del mercado), les encaminen propaganda a pedido de terceros. Las agencias de publicidad, según la misma ley, consisten de personas jurídicas especializadas en el arte y técnica publicitaria, las cuales, a través de especialistas, estudian, conciben, ejecutan y distribuyen propaganda de divulgación, de acuerdo y a pedido de los clientes, con la intención de promover la venta de productos o servicios, difundir ideas, o informar al público. Para el legislador, los vehículos de comunicación son cualquier medio de comunicación visual o auditiva capaces de transmitirle propaganda al público, con tal que sean reconocidos por las entidades u órganos de su clase.

En lo que atañe a las comisiones, la Ley nº 4.680/65 establece que ellas se les deben a los agentes de propaganda bajo la forma de remuneración, lo que implica la necesidad de que exista una compensación por el servicio ofrecido. En el caso de las agencias, la ley determina que la comisión sea por descuento, lo cual tiene carácter obligatorio y se debe fijar por esos vehículos de comunicación. También se menciona el Código de Ética de los Profesionales de Propaganda, de 1957, que tiene carácter legal y define los principios éticos que deben dirigir la publicidad, entre los cuales se encuentra la previsión de que la comisión y/o el descuento de las agencias y agentes de propaganda no se le podrá transferir a los anunciantes. El mismo Código de Ética prevé que los vehículos deberán tener precios individuales en listas públicas e iguales para todos los compradores.

Además, la Ley nº 4.680/65 establece normas que se ocupan de la supervisión con relación al cumplimiento de sus

dispositivos, así como las penalidades que se le atribuirán a tales casos. El Ministerio del Trabajo y sus departamentos regionales, los sindicatos y las asociaciones de clase de las categorías interesadas deberán ejercer la supervisión. Las penalidades legales previstas son la multa de un décimo a diez veces un salario mínimo, o de 10 a 50% del valor del negocio publicitario, en caso que haya ocurrido infracción referente al artículo 11 (comisiones o descuentos).

LEGISLACIÓN CITADA EN ESTE TÓPICO:

LEY Nº 4.680/65

Art. 11 – La comisión, que constituye la remuneración de los agentes de propaganda, así como el descuento debido a las agencias de propaganda serán fijados por esos vehículos de divulgación para los precios establecidos en tabla.

Párrafo único – No se concederá ninguna comisión o descuento por propaganda remitida directamente a vehículos de divulgación por cualquier persona física o jurídica que no se encaje en la clasificación de agente de propaganda o agencias de propaganda, como definidos en la presente ley.

Art. 17 – La actividad publicitaria nacional será regida por esos principios y normas del Código de Ética de los Profesionales de la Propaganda, como instituido por el I Congreso Brasileño de Propaganda realizado en la ciudad del Rio de Janeiro en octubre de 1957.

CÓDIGO DE ÉTICA DE LOS PROFESIONALES DE PROPAGANDA

I. 8 – Comisión es la retribución, por esos vehículos, del trabajo profesional, debida exclusivamente a las agencias y a los corredores de propaganda. La comisión se destina al mantenimiento de las agencias y de los corredores de propaganda y no se podrá transferir a los anunciantes.

II. 18 – El profesional de propaganda debe conocer la legislación relativa a su campo de actividad, y como tal, es responsable por las infracciones que el cliente cometa por negligencia u omisión intencional en la ejecución del plan de propaganda que sugirió y recomendó.

2.2. LEY Nº 12.232 DEL 29 DE ABRIL DE 2010

La Ley nº 12.232/2010 establece básicamente normas generales aplicables a las licitaciones y contrataciones por la administración pública de servicios de publicidad ofrecidos por agencias, pero también ofrece otras providencias. Esas normas se aplican a las licitaciones y contratos con la Unión, a estados y municipios, así como a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Esta Ley reconoce la validad y vigencia actual de la Ley nº 4.680/65 y establece que, de forma complementaria, así como la Ley nº 8.666/93, ella será también aplicada a los procedimientos de licitación y contratos resultantes de los mismos.

Conviene destacar el contenido del art. 4º, § 1º, el cual establece que el certificado de calificación técnica emitido por el CENP u otra entidad legalmente reconocida también como supervisora y certificadora de agencias de propaganda es re-

quisito para que una agencia de publicidad pueda participar en licitaciones o contratar a la administración pública. Pero también se prevé en el mismo artículo que, además del certificado, solo se podrán contratar agencias de publicidad cuyas actividades sean regidas exactamente por la Ley nº 4.680/65.

También hay otras previsiones importantes en esta ley. Especialmente los arts. 18 y 19 que se insertan claramente en el sistema normativo que rige la publicidad en el país de modo general, considerándose explícitamente las normas de autorregulación como componentes de este sistema, aún en lo que atañe a su aplicación a licitaciones y contratos con la administración pública.

Eso porque el art. 18 se refiere a los planes de incentivo de los vehículos con relación a las agencias, reglamentando la materia en los mismos términos que el CENP ya había hecho, afirmando que se trataba de tema ilimitado y libre de cada vehículo y que no deberá afectar la ecuación económica-financiera definida en la licitación y contrato. Por otro lado, se prevé en él que las agencias siempre deberán conducirse según la orientación de la elección de los vehículos en el plan de media por investigaciones y datos técnicos comprobados y no por la existencia o no de planes de incentivo. La falta de respeto a esta previsión constituirá grave violación de los deberes contractuales por parte de la agencia contratada y la someterá a proceso administrativo en que, después de comprobar el comportamiento injustificado, implicará la aplicación de las sanciones previstas en el *caput* del art. 87 de la Ley nº 8.666 del 21 de junio de 1993.

Por su parte, el art. 19 establece que, para fines de in-

terpretación de la legislación de regencia, los valores del descuento-estándar de agencia (terminología de las Normas Estándar de la Actividad Publicitaria adoptada por el legislador) se deben por la concepción, ejecución y distribución de propaganda y constituyen ingresos de la agencia de publicidad y no deberán ser facturados y contabilizados de ninguna manera como ingresos propios por esos vehículos de divulgación, incluso si la transferencia de recursos del descuento-estándar se vuelve efectivo por medio del vehículo, completando la prohibición de la Ley nº 4.680/65 con relación a la transferencia de recursos para el anunciante, de aquella remuneración fijada por el vehículo a la agencia.

Por último, merece destaque en esta ley toda la disciplina prevista para los propios procedimientos de licitación, los cuales deberán ser forzosamente del tipo "mejor técnica" o "técnica y precio", sin que puedan ser del tipo "menor precio", siendo que el pliego de condiciones deberá prever para la propuesta de precio "puntos representativos de las formas de remuneración vigentes en el mercado publicitario" (art. 6º, V). La ley detalla la forma de la provisión de servicios ofrecidos por agencia de publicidad, los controles y la forma de subcontrataciones legítimas.

LEGISLACIÓN CITADA EN ESTE TÓPICO:

LEY Nº 12.232/10

Art. 1º – Esta ley establece normas generales sobre licitaciones y contrataciones por la administración pública de servicios de publicidad ofrecidos necesariamente a través de agencias de propaganda, en el ámbito de la Unión, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios.

§ 1º – Se subordinan al contenido de esta Ley los órganos del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, las personas de la administración indirecta y todas las entidades controladas directa o indirectamente por esos departamentos referidos en el *caput* de este artículo.

§ 2º – Las Leyes nºs 4.680 del 18 de junio de 1965 y 8.666 del 21 de junio de 1993 se aplicarán a los procedimientos de licitación y a los contratos regidos por esta ley, de forma complementaria.

Art. 4º – Los servicios de publicidad previstos en esta ley serán contratados en agencias de propaganda cuyas actividades sean disciplinadas por la Ley nº 4.680 del 18 de junio de 1965, y que hayan obtenido certificado de calificación técnica de funcionamiento.

§ 1º – El certificado de calificación técnica de funcionamiento previsto en el *caput* de este artículo se podrá obtener ante el Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP, entidad sin ánimo de lucro, integrado y administrado por entidades nacionales que representan vehículos, anunciantes y agencias, o por entidad equivalente, legalmente reconocida como supervisora y certificadora de las condiciones técnicas de agencias de propaganda.

§ 2º – La agencia contratada en los términos de esta ley sólo podrá reservar y comprar espacio o tiempo publicitario de vehículos de divulgación, por motivo y a pedido de sus clientes, si los identifica previamente y si ellos la han autorizado de forma expresa.

Art. 5º – Las licitaciones previstas en esta ley serán procesadas por esos órganos y entidades responsables por la contratación, respetando las modalidades definidas en el art. 22 de

la Ley en el 8.666 del 21 de junio de 1993, adoptándose como obligatorios los tipos "mejor técnica" o "técnica y precio".

Art. 6º – La elaboración del instrumento de convocación de las licitaciones previstas en esta ley obedecerá las exigencias del art. 40 de la Ley nº 8.666 del 21 de junio de 1993, exceptuando las previstas en los incisos I y II de su § 2º, y las siguientes:

(...)

V – La propuesta de precio contendrá requisitos representativos de las formas de remuneración vigentes en el mercado publicitario;

Art. 18 – Es opcional la concesión de planes de incentivo por vehículo de divulgación y su aceptación por agencia de propaganda, y los frutos resultantes de los mismos constituyen, para todos las finalidades de derecho, ingresos propios de la agencia y no están incluidos en la obligación establecida en el párrafo único del art. 15 de esta ley.

§ 1º – La ecuación económica-financiera definida en la licitación y en el contrato no se altera por causa de la vigencia o no de planes de incentivo referidos en el *caput* de este artículo, cuyos frutos están expresamente excluidos de la misma.

§ 2º – Las agencias de propaganda no podrán, en ningún caso, sobreponer los planes de incentivo a los intereses de los contratantes, dando preferencia a vehículos de divulgación que no los concedan o dándole prioridad a los que los ofrezcan, debiendo siempre conducirse en la orientación de la elección de esos vehículos de acuerdo con investigaciones y datos

técnicos comprobados.

§ 3º – El irrespeto al contenido del § 2º de este artículo constituirá grave violación a los deberes contractuales por parte de la agencia contratada y la someterá a proceso administrativo en el que, después de comprobar el comportamiento injustificado, implicará la aplicación de las sanciones previstas en el *caput* del art. 87 de la Ley nº 8.666 del 21 de junio de 1993.

El Decreto nº 57.690/66 aborda el tema de la ética profesional, resaltando que las agencias, los vehículos, y los publicitarios están sometidos al Código de Ética de los Profesionales de Propaganda

Art. 19 – Para las finalidades de interpretación de la legislación de regencia, valores correspondientes al descuento-estándar de agencia por la concepción, ejecución y distribución de propaganda, por motivo y a pedido de clientes anunciantes, constituyen ingresos de la agencia de publicidad y como consecuencia, el vehículo de divulgación no puede, para cualquier finalidad, facturar y contabilizar tales valores como ingresos propios, inclusive cuando la transferencia de recursos del descuento-estándar a la agencia de publicidad se vuelva efectivo por medio de vehículo de divulgación.

3. LOS DECRETOS

3.1. DECRETO Nº 57.690 DEL 1º DE FEBRERO DE 1966

El Decreto nº 57.690 reglamentó la Ley nº 4.680/65, previendo reglas referentes a las comisiones que se les deben pagar a agentes de propaganda y a los descuentos debidos

a las agencias de propaganda.

Este decreto también aborda el tema de la ética profesional, resaltando que las agencias, los vehículos, y los publicitarios están sometidos al Código de Ética de los Profesionales de Propaganda. Dentro de este contexto, presenta listas de conductas que no son permitidas y de deberes que constituyen los principios incluidos en el artículo 17 de la Ley nº 4.680/65. Entre las conductas no permitidas, se destacan la publicación de textos contra el orden público y la moral, la divulgación de informaciones confidenciales relativas a los negocios de anunciantes, la difamación de competidores, o la atribución de fallas a sus productos. Entre los deberes, están el de divulgar acontecimientos verídicos, negar comisiones a personas relacionadas al cliente y comprobar los gastos efectuados.

3.2. DECRETO Nº 4.563 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2002

El Decreto nº 4.563/02 presentó cambios en la redacción del art. 7 del Decreto nº 57.690/66. Él reconoce los beneficios presentados por la autorregulación privada, mencionando de forma expresa diversos dispositivos de las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria como aplicables a las relaciones con las agencias de propaganda en el mercado publicitario, incluso el ítem 3.5 al cual se refiere el Anexo "B" de las referidas normas de autorregulación.

APÉNDICE 2 Opinión del prof. Tercio Sampaio Ferraz Junior

AUTORREGULACIÓN DEL MERCADO PUBLICITARIO: EL CENP

AUTORREGULACIÓN DEL ÁNGULO COMPETITIVO

La autorregulación es vista, del ángulo competitivo, como una forma de gobernanza privada de los agentes de determinados sectores para formalizar el control, establecimiento e imposición de reglas voluntariamente aceptadas y susceptibles de auto-coordinación.

El papel de la autorregulación es, mediante reglamentación, interiorizar estándares de comportamiento aceptados por el mercado y por la comunidad, monitoreando a sus miembros de forma que se cree una reputación positiva para el grupo. En otras palabras, la reputación de los agentes está en juego y será determinante en el funcionamiento eficiente de la autorregulación. Así, la reglamentación prevista en la autorregulación no solo proveé un conjunto adicional de normas sino también actúa en el fortalecimiento de las normas determinadas por la comunidad, Estado y mercado.

La experiencia brasileña con autorregulación presentada ante la autoridad antimonopolio es relativamente pequeña, motivo por el cual una referencia a la literatura y prácticas de otros países es necesaria.

La posibilidad de que se establezcan acuerdos horizontales y verticales entre los agentes económicos es reconocida por la literatura yjurisprudencia internacional

Del **ángulo económico**, la provisión eficiente de bienes públicos o colectivos afecta la competitividad privada de empresas individuales, constituyendo lo que Piore & Sabel[3] denominan como infraestructura extrafirma y que componen instituciones sectoriales en la acepción de Best[4].

Un sector puede incluir una variedad de prácticas interfirmas y agencias extrafirmas, tales como asociaciones comerciales, programas de aprendizaje, arreglos de comercialización conjunta, comisiones reguladoras, y el establecimiento de normas y estándares. Las instituciones sectoriales pueden influir en la organización de las firmas individuales y sus estrategias, así como en la competitividad colectiva del sector con relación a otros sectores localizados en otras regiones. De este punto de vista, las firmas no apenas compiten, sino que pueden cooperar para suministrar servicios comunes para establecer las reglas del juego del mercado y estrategias de inversión" (yo lo subrayé [sic]).

Existe, en verdad, una permanente tensión entre la competencia y la cooperación.

Best propuso así dos condiciones para que el equilibrio entre

[3] Piore, Michael; Sabel, Charles F. *The Second Industrial Divide*. New York: Basic Books, 1983.
[4] Best, Michael. *The New Competition*: Institutions of Industrial Restructuring. Cambridge: Harvard University Press, 1990. 296 p.

competencia y cooperación se establezca. Primero debe haber un propósito claro para la cooperación, lo que significa desarrollar e implementar una estrategia sectorial que se construya a partir de las estrategias de las firmas individuales y al mismo tiempo, que influya en ellas. Segundo, es necesario que haya un medio para monitorear y obligar las acciones individuales para contrabalancear la tendencia al comportamiento *free rider*.

Uno de los elementos importantes para analizar el efecto de la autorregulación está asociado a su naturaleza. Sistemas de ordenamiento privado espontáneo pueden generar resultados eficientes. Los ordenamientos espontáneos se basan en la reciprocidad: los individuos reconocen los beneficios que extraerán al someterse a las reglas del grupo. Ese es exactamente el caso de la autorregulación en el mercado publicitario: un ordenamiento privado espontáneo que tiene que generar beneficios para sus participantes para que sea sostenible. Estándares de calidad pueden reducir los costos de búsqueda del cliente en lo que refiere a las características no aparentes de calidad[5].

Desde el **ángulo jurídico**, la posibilidad de que se establezcan acuerdos horizontales y verticales entre agentes económicos es reconocida en la literatura y jurisprudencia internacional.

Por ejemplo, en Alemania se reconoce, por ley (GWB, § 28), la posibilidad de crear *Wirtschafts und Berufsvereinigungen* (asociaciones económicas y profesionales). El contenido de las reglas comunes establecidas por tales asociaciones tiene usualmente un sentido de normas éticas, sobretodo

[5] Ogus. Rethinking self-regulation, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 15.

en lo que atañe a la lealtad de negocios en términos competitivos, admitiéndose también reglas sobre la formación de precios[6]. La previsión de un proceso de reconocimiento de esas reglas ante la autoridad competitiva (Kartelamt), sin embargo, con tal que estén de acuerdo con la legislación, ésto hacía que ese reconocimiento no fuera necesario para que produjeran efectos de vínculo entre los signatarios.

En lo que se refiere a la publicación de estándares comunes y la emisión de juicios sobre su violación, las cortes norteamericanas reconocen que, al principio, toda asociación con exigencias para la definición de los miembros tiene algún tipo de reglas o criterios limitantes y pueden restringir, al menos indirectamente, la competencia en el mercado.

No obstante, la evaluación de la legalidad de tales reglas se hace basándose en la legitimidad económica de los propósitos perseguidos por tal asociación mediante la autorregulación, así como en la razonabilidad y objetividad de las reglas-estándar adoptadas con relación a los propósitos asumidos. Si los estándares no son objetivos y los propósitos no son razonables, las reglas serán consideradas ilegales, ya que funcionarían como una barrera para la entrada al mercado, o sea, una especie de boicot persuadiendo los adquirentes a no contratar a empresas que no alcancen el estándar. Ante tales elementos se percibe que la conducta horizontalmente/verticalmente acordada a través de acuerdos de autorregulación se debe siempre analizar basándose en la regla de la razón[7].

[6] Cf. Rainer Bechtold, *GWB – Kartelgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Munique, 1993, p. 375 ss.
[7] Cf. *Antitrust Law Developments – ABA*, 4th ed., 1997, v. I, p. 110-115.

Entre los parámetros de la jurisprudencia norteamericana, considerados como relevantes para determinar la razonabilidad y por lo tanto, reconocer la legalidad del acuerdo de autorregulación, se pueden mencionar los siguientes:

(a) para un análisis de un punto de vista competitivo, el acuerdo debe tener algún propósito o repercusión comercial para que pueda ser evaluado jurídicamente[8]; en el caso brasileño, aunque el relieve está en la dimensión ética (como en el caso de CONAR, por ejemplo), es importante que existan repercusiones en el comportamiento comercial de los suscriptores (por ejemplo, de nuevo, el propio CONAR);

(b) los estándares definidos deben ser objetivos, o sea, sus reglas deben ser impersonales[9]; en este caso, la destinación de las reglas conoce el requisito de la impersonalidad, destinándose a todos los participantes del mercado publicitario sin exclusiones que puedan ser calificadas como barreras para la competitividad y la entrada a la competencia;

(c) los estándares adoptados deben ser accesibles también para no miembros del acuerdo[10]; o sea, el acuerdo debe ser conocido por todo el mercado;

(d) debe haber, además de los proveedores de productos o servicios, la participación de los adquirentes en la definición de los estándares de conducta y en el juicio tomado a partir de los estándares definidos[11]; o sea, el acuerdo tiene también repercusión para las relaciones y así se debe analizar;

[8] Cf. *St. Bernard Gen. Hosp. v Hospital Serv. Association*, 712 F.2d 978,988 (5th Cir. 1983).
[9] Cf. *Radiant Burners v Coke Co.*, 364 U.S. 656, 658 (1961).
[10] Cf. *Bogus v American Speech & Hearng Association*, 582 F2d. 277 (3d Circuit 1978).
[11] Cf. *Consolidated Metal Products v American Petroleum Inst.* 846 F.2d 284, 295 (5th Circ.1988).

(e) no hay violación antimonopolio donde la autorregulación implementa estándares de seguridad federales, o sea, atiende a la legislación pertinente[12]; en este caso, el acuerdo acoge principios de la legislación referentes a la publicidad;

(f) el acuerdo debe prever garantías procesales contra decisión que denegue una aprobación[13].

Es interesante recordar que la Federal Trade Commision ("FTC") ya ha dejado explícito en diferentes ocasiones una opinión favorable a la autorregulación, entendida por la Corte como una práctica que auxilia al órgano en el control de la competencia.

En discurso durante el simposio en la Bar Association norteamericana[14], su entonces presidente afirma que la Corte reconoce a la autorregulación como un importante complemento a sus esfuerzos en la protección del consumidor desde hace más de una generación. Además, la existencia de regulación estatal sobre determinado tema no impide que los agentes privados se organicen para definir otras reglas sobre el asunto.

Más recientemente, un discurso de Pamela Jones Harbour, representante de la Corte, resume la posición de la FTC como favorable a estimular siempre la autorregulación cuando ella sea benéfica para los consumidores, y reconocer que algunos mercados son regulados de forma más efectiva por sus agentes privados que por el propio Estado. En ese discurso, la representante alista algunos mercados en que esa

[12] Cf. *Moore v Boating Ind. Associations*, 819 F2d 693, 695 (7th Circuit 1987).
[13] 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).
[14] "*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.shtm>. Data de acesso: 3 fev. 2014

característica se verifica – especialmente los que involucran desarrollo tecnológico.

En Brasil, una de las pocas experiencias de autorregulación llevadas ante la autoridad, efectuada con el afán de evitar conductas desleales éticas y comerciales, es el caso del CENP (entidad que congrega agencias de publicidad, vehículos y anunciantes) que sometido al CADE desde hace quince años, ha estado realizando un trabajo digno de mención.

La Federal Trade Commision ("FTC") ya ha dejado explícito una opinión favorable a la autorregulación, entendida por la Corte como una práctica que auxilia al órgano en el control de la competencia

EL CENP

El CENP fue fundado en 1998 y hoy está integrado por las siguientes asociaciones:

- ABA – Associação Brasileira de Anunciantes; (Asociación Brasileña de los Anunciantes)
- ABAP – Associação Brasileira de Agências de Publicidade; (Asociación Brasileña de Agencias de Publicidad)
- ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Asociación Brasileña de Emisoras de Rádio y Televisión);
- ABTA – Associação Brasileira de Televisão por Assinatura; (Asociación Brasileña de Televisión por Membresía)
- ANER – Associação Nacional de Editores de Revistas (Asociación Nacional de Editores de Revistas);
- ANJ – Associação Nacional de Jornais (Asociación Nacional de Diarios);
- Central de Outdoor – (Central de Vallas Publicitárias)
- Fenapro – Federação Nacional das Agências de Propaganda (Federación Nacional de las Agencias de Propaganda).

Y tiene como asociadas institucionales:

- IAB Brasil – Interactive Advertising Bureau
- ABDOH – Associação Brasileira de Mídia Digital Out of Home (Asociación Brasileña de Media Out of Home)

El CENP tiene como principal instrumento de trabajo al documento Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria, que establece las bases de la capacitación técnica de una agencia y la relación ética para el sector, basándose en sus mejores prácticas y en la legislación de regencia de la actividad.

El CENP le concede el Certificado de Calificación Técnica a las agencias verificando su estructura, el personal técnico, la disposición y el uso sistemático de investigación de media y el cumplimiento de los compromisos establecidos en las Normas-Estándar. Esta certificación les garantiza el recibimiento del "descuento- estándar" de agencia en porcentaje no inferior a 20%.

Además, el CENP también efectúa el depósito de Listas Individuales y Autónomas de Precios de los Vehículos, dándole transparencia a la oferta, atendiendo el contenido de la legislación y también realizando la certificación de estudios e investigaciones de los institutos de media, asegurándose que sean respetables.

Para alcanzar sus objetivos, se estableció que:

1) Los vehículos comercializan su espacio, tiempo y servicios basándose en precios de conocimiento público válidos para todos los negocios con los anunciantes. Se admite, por ser de la naturaleza de los negocios, que los vehículos

ofrezcan condiciones o ventajas de su conveniencia en las negociaciones individuales que realicen;

2) Las agencias son contratadas por los anunciantes, quienes las escogen por sus cualidades y virtudes. Actúan siempre a pedido y por quien las contrata, pautándose por ello en la excelencia de lo que estudian, crean y se les distribuye a los vehículos de comunicación.

3) Para ejercer con plenitud sus funciones, las agencias necesitan el reconocimiento por parte de los vehículos de comunicación, para los cuales, de forma indirecta y por causa de la actividad que ejercen en nombre de sus clientes, también ofrecen servicios relevantes al cobrar los valores de transmisión y con criterio y rigor, entregan estos valores en las fechas de vencimiento a los vehículos de comunicación;

4) Aún en la relación con los vehículos, también indirectamente, las agencias le ofrecen un servicio técnico indispensable al mercado y a la democracia por asegurar la pluralidad de medios y la libertad de expresión: a través de investigaciones y estudios comportamentales, de forma científica, conocen el mercado, sus medios y vehículos, indicando las formas de comunicación de los mensajes publicitarios;

5) Por las Normas-Estándar, los vehículos, reconociendo la importancia capital de las agencias, dan preferencia a la operación por medio de las relaciones con sus anunciantes, respetándolos y jamás negándose a atenderlos directamente, si así lo desean;

6) Los anunciantes, al fin, son los titulares del crédito con-

cedido por esos vehículos de comunicación, a quienes se emiten las facturas de transmisión, encaminándolas cuando existe la relación a través de la agencia, a quien le corresponda el deber *del credere*, o sea, la obligación de cobrar ante los anunciantes y pagar los valores recibidos de las facturas a los vehículos;

Los vehículos consideran que el descuento-estándar es el reconocimiento del efectivo *del credere* de las agencias que son responsables por los bajos índices de incumplimiento de los clientes

7) La agencia es básicamente remunerada por esos dos servicios que ofrece: (1) cuando crea el anuncio y la campaña, por el trabajo intelectual y material que ejerció y por la gestión de producción que empresas especializadas, como las productoras de videofonogramas, siempre realizan, por ejemplo; y (2) cuando vehicula los anuncios de sus clientes-anunciantes con el descuento-estándar para cumplir los compromisos de disponer/usar investigaciones de mercado e inversiones en los estudios que realizan en el campo de la media; y los vehículos también consideran, por medio de las normas, que el descuento-estándar es el reconocimiento por el efectivo *del credere* de las agencias que son seguramente responsables por esos bajos índices de mora de los clientes-anunciantes;

8) El fijado de limites de remuneración de las agencias es hecho en los servicios internos – creación y gestión de producción – por estudios de costos reales realizados por esos Sindicatos de las agencias en cada estado, lo que respeta la diversidad del país y asegura una mayor realidad en las indicaciones de valor referencial;

9) En común acuerdo ajustado entre entidades representativas de agencias, vehículos y anunciantes, las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria prevén el descuento-estándar de al menos 20% para las agencias certificadas por el CENP y que estén bajo ***compliance*** con las normas de autorregulación, concedido, de acuerdo con la Ley 12.232/10 de la siguiente forma:

a) Sobre el "Valor Negociado" pagado por el cliente, la agencia retiene 20% referente al descuento-estándar y encamina los otros 80% al vehículo de comunicación;

b) Cuando el pago es hecho directamente por el cliente-anunciante, el vehículo recibirá sus 80% y la agencia, de la misma manera, recibirá directamente del anunciante el correspondiente 20% por el descuento-estándar.

10) Las Normas consagran el principio de valoración del anunciante que se destaca en su mercado, permitiendo, de acuerdo con el nivel de inversión en publicidad, que hasta 5% del descuento-estándar sea revertido por la agencia al anunciante, devolviéndole a éste la posibilidad de optimizar su asignación de comunicación;

11) Las Normas valorizan la libertad de mercado, sabiendo que ella comienza cuando la competencia entre las agencias es respetada, se valora entre vehículos y se adopta entre anunciantes como forma de respeto al consumidor. Nada es estático para las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria, pero todo debe permanecer en el campo estricto de la ética.

No hay dudas de que, en estos quince años de existencia, el mercado incorporó las Normas-Estándar de la Actividad Publicitaria, reconociendo al CENP como la entidad que

cuida con dedicación de su cumplimiento. Adoptó mecanismos que evitan iniciativas oportunistas, la presentación de propuestas anti-económicas con la finalidad de conquistar nuevos anunciantes o mantenerlos, porque eso puede implicar servicios de baja calidad y competencia desleal.

Así, merece mención también que el Poder Judicial, confrontado con la discusión involucrando ajustes en las Normas Estándar, reconoció el importante papel ejercido por el CENP y sus competencias:

"El Conselho Executivo de Normas-Padrão – CENP, aquí nombrado, fue creado el 16 de diciembre de 1998 por el mercado publicitario para cuidar con dedicación de la observancia de las normas estándar de la Actividad Publicitaria, documento básico con recomendaciones y principios éticos que desean asegurar las mejores prácticas comerciales en la relación mantenida entre los principales agentes de la publicidad Brasileña. Tiene como principal gestor a un Consejo Ejecutivo con veintitrés (23) representantes de Agencias de Propaganda, Anunciantes, Vehículos de Comunicación y Gobierno Federal.

Además, consta que las normas de la actividad publicitaria, editadas por el CENP, son reconocidas por la legislación, tanto que el 7º artículo del Decreto en el 4.563/2002, se refiere de manera expresa a la disposiciones articuladas bajo la forma de "ítems" por el CENP, tal como sostenido por el nombrado en la defensa (v. fl. 118).

También consta entre las actividades del CENP, como entidad auto reguladora del sector, la tutela de las normas

estándar de la actividad publicitaria, la edición de comunicaciones normativas o técnicas al mercado publicitario, además de la certificación de las Agencias de Publicidad para elevar o mantener la calidad de la publicidad producida en el País. Por lo tanto, las modificaciones de las normas estándar de la actividad publicitaria objeto del cuestionamiento, están dentro de la competencia del CENP, aún porque en este caso, esas alteraciones fueron aprobadas en Asamblea General Extraordinaria realizada el día 05 de enero de 2011, para adaptarlas al contenido del artículo 19 de la Ley en el 12.232/2010, que habla sobre las normas generales para licitación y contratación por la administración pública de servicios de publicidad ofrecidos a través de agencias de propaganda, entre otras providencias" (Sentencia, Proceso nº 0208709-51.2011.8.26.0100, 15ª Jurisdicción Civil Central, Sao Paulo).

Vale destacar que el mercado brasileño es muy competitivo. En decisión reciente (2013), el CADE, al examinar significativa operación presentada como acto de concentración (la operación entre Publicis y Omnicom, proceso administrativo nº 08700.008058/2013-49), concluyó que el mercado publicitario brasileño posee elevada pulverización, con *"competencia entre agencias de diferentes tamaños, ya que aún las agencias consideradas de mediano o pequeño tamaño pueden conseguir grandes 'cuentas' (clientes que presentan elevada inversión en propaganda)"*. Además, la instrucción realizada por la Dirección Superior del CADE en ese caso permitió concluir que las respuestas de los documentos oficiales a los competidores y la jurisprudencia corroboran la *"existencia de bajas barreras a la entrada y elevada rivalidad en el mercado"*.

En los procesos de licitación y contratación de los servicios de publicidad en las esferas oficiales del Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en los tres niveles de administración – Federal, estatal y municipal, la Ley nº 12.232 del 29 de abril de 2010, iniciativa del Congreso Nacional, volvió legítimo al CENP en el papel de certificador y supervisor de capacitación técnica de las agencias de publicidad, condición exigida como prerequisito para participar en los procesos de licitación y en la ejecución de los contratos de publicidad del sector público.

Como proceso exitoso de autorregulación, se puede afirmar entonces que el CENP demostró que, en quince años de existencia, está capacitado para certificar y exigir de las agencias que provean estructuras técnicas y de personal que les aseguren a los anunciantes el buen trabajo publicitario y a los vehículos la certidumbre de que son programados por esos anunciantes y agencias basándose en criterios técnicos. Atiende, con ello, una función relevante en el mercado brasileño.

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Este livro foi editado na fonte Castle.
Papel Polen 90g/m^2.
Guardas - Papel Color Plus Marfim 180g/m^2

CENP

Conselho Executivo das Normas-Padrão