



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Comunicação – FAC
Departamento de Audiovisuais e Publicidade – DAP

DIREITO DA PUBLICIDADE

Autor: Guilherme de Paula Marques

Orientador Prof. Wagner Antonio Rizzo

Brasília
2011



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Comunicação – FAC

Guilherme de Paula Marques

DIREITO DA PUBLICIDADE

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Comunicação como exigência final para obtenção do Título de Bacharel em Comunicação com habilitação em Publicidade e Propaganda.

Orientador Prof. Wagner Antonio Rizzo

Brasília
2011

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Comunicação – FAC
Departamento de Audiovisuais e Publicidade – DAP

Membros da banca examinadora

Membros da banca	Assinatura
1. Professor orientador	
2. Professor convidado	
3. Professor convidado	
Menção Final	

Marques, Guilherme de Paula.

Direito da Publicidade

Guilherme de Paula Marques. – Brasília, 2011.

Monografia – Universidade de Brasília, Faculdade de Comunicação com Habilitação em Publicidade e Propaganda, 2011.

Orientador: Prof. Wagner Antônio Rizzo

1. Comunicação. 2. Direito. 3. Direitos Autorais. 4. Direito do Consumidor. 5. Legislação. 6. Propriedade Intelectual. 7. Publicidade. 8. Regulamentação

Não me dê conselhos.
Sei errar sozinho.
(Salvador Dalí)

Dedico este trabalho a todos que, de qualquer maneira contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

RESUMO

A Publicidade sofre hoje com algumas crises em seu setor. Dentre essas crises, destacam-se aquelas sofridas pelas restrições resultantes de legislações vigentes hoje no país. Ocorre que tais legislações encontram-se defasadas e desatualizadas, o que incide em entraves e interpretações errôneas em certas questões para os profissionais da área. A presente dissertação vale-se de toda a legislação correlata à área de Publicidade, para propor um maior estudo e maior reflexão sobre os problemas advindos dessa regulamentação. Insurge ainda este trabalho, como uma fonte de pesquisa para estudantes e profissionais no que diz respeito ao chamado Direito da Publicidade.

Palavras-chave: Comunicação, Direito, Direitos Autorais, Direito do Consumidor, Legislação, Propriedade Intelectual, Publicidade, Regulamentação.

ABSTRACT

The public suffers today with some crisis in their industry. Among these crises, especially those that suffered by restrictions arising from existing legislation in the country today. But such laws are outdated and out of phase, which focuses on barriers and misunderstandings on certain issues for professionals in the area. This dissertation makes use of all legislation related to the area of Advertising, to propose a further study and further reflection on the problems arising from such regulation. Protests later this work as a resource for students and professionals with regard to the call Advertising Law.

Keywords: Communication, Law, Copyright Law, Consumer Law, Intellectual Property, Advertising, Regulatory.

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	5
1. O Direito da Publicidade	9
2. A Lei do Publicitário (L. 4680/65)	11
2.1. Para ser Publicitário é Necessário Diploma?	12
2.2. Quem é a Agência de Publicidade pela Lei?	14
3. Os Órgãos Fiscalizadores e as Legislações Correlatas	16
3.1. CONAR	17
3.2. CENP	20
3.3. Leis que Interferem no Trabalho de Um Publicitário	22
3.3.1. <i>O ECAD e os Direitos Autorais</i>	23
3.3.2. <i>O Código de Defesa do Consumidor</i>	25
3.3.3. <i>A nova Lei de Licitações para Serviços de Publicidade</i>	27
4. O Futuro da Regulamentação da Publicidade	31
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

A Publicidade Brasileira vive hoje um momento de grande enaltecimento e de pouca reflexão sobre ela mesma. Há muito destaque para os Leões de Cannes que são ganhos todos os anos por nossos publicitários, na última edição foram 60 estatuetas¹, e pouca discussão sobre os problemas que afetam o setor da Publicidade. Desta forma, os publicitários não têm mostrado um grande interesse para os verdadeiros entraves que atingem o seu trabalho; em vez de se escutar as críticas sociais, refletir sobre elas e tentar respondê-las, os publicitários parecem estar ligados apenas em uma parte de seu trabalho, que é ser criativo.

Atualmente estamos vivendo três grandes crises no setor publicitário pátrio. Existe uma crise de credibilidade para com a profissão, que foi colocada em evidência após os fatos ilícitos envolvendo Agências de Publicidade em esquemas de corrupção. A não tão recente CPMI do Correios² teve um enorme impacto na percepção que a sociedade tem dos publicitários. A profissão passou a ser interpretada como uma grande fonte de corrupção e sem qualquer tipo de fiscalização estatal.

Também há uma crise no que se refere à lucratividade excessiva, em especial daquelas decorrentes de propagandas de produtos potencialmente danosos à saúde. Esse problema agrava-se ainda com o questionamento da legalidade do Bônus sobre Volume (BV). Por fim, há a crise da organização da regulamentação da propaganda e da validade do seu regime de auto-regulação existente hoje no país.

Deve-se advertir que não se pretende analisar neste trabalho, com profundidade, as duas primeiras questões aqui colocadas. A presente obra visa a análise e a crítica de algumas das leis, normas e órgãos que regulamentam os

¹http://grupomm.mmonline.com.br/eventos/cannes/2011/noticia/Com_60_Leoes,_Brasil_supera_recorde

²A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito foi criada em 2005 para investigar as causas e conseqüências de denúncias de atos delituosos praticados por agentes públicos nos Correios, face a um possível desvio de verbas realizadas mediante agências de publicidade.

trabalhos não só dos publicitários, mas de todos aqueles que, de certa forma, trabalham com a Publicidade. Esta obra tem também como objetivo expor de uma forma clara e concisa, sem o famoso “juridiquês”, as questões mais críticas que afetam o chamado Direito da Publicidade.

Tal tema carece de destaque uma vez que a evolução midiática e a grande concorrência mercadológica, aliada com a criatividade dos profissionais de propaganda, não foram acompanhadas, em tempo, por discussões éticas e profissionais a respeito das normas que deveriam orientar a área de Publicidade.

O trabalho de um publicitário é regido principalmente por duas naturezas: uma técnica - aquela que nos é ensinada não só nas instituições de Ensino Superior, mas também pelo o mercado de trabalho; e uma ética - aquela que além da consciência moral é regida por um conjunto leis e normas que tendem a orientar o trabalho do profissional de publicidade.

Se por um lado há a criação de novas formas de propagandas e de novas técnicas publicitárias cada vez mais sedutoras, de outro há a constante preocupação com a proteção do consumidor. Há, destarte, atualmente, uma grande preocupação para com os consumidores, contra os excessos que uma campanha publicitária pode exercer com a parte mais fraca da relação comunicacional.

Podemos observar nitidamente dois pólos distintos: de um lado, os publicitários e os proprietários dos meios de comunicação que repudiam qualquer investida semelhante à limitação a sua liberdade e lucratividade; de outro, o governo e membros do Poder Judiciário defendendo a imposição de limites e a proteção do consumidor.

Como se sabe, o estudo da Ciência da Comunicação, e por conseqüência da Publicidade, resta-se completa com o estudo de outras áreas, como, por exemplo, a da Ciência do Direito. Hoje não se pode mais pensar em estudar ou planejar a Publicidade sem o conhecimento de outras ciências que facilitam a sua exegese, aplicação e criação.

Os publicitários e os anunciantes devem, cada vez mais, andar de braços dados com a legislação que regulamenta as relações de consumo, não só a fim de evitar problemas de ordem jurídica, mas para, sobretudo, absterem-se de causar irreparáveis danos àqueles inúmeros consumidores de seus produtos que, no final das contas, pagam os salários de todos os que participam da cadeia produtiva.

No entanto, dessa relação da publicidade com a legislação, surgem várias dúvidas e hipóteses que devem ser debatidas e estudadas. A atual auto-regulamentação da Publicidade é eficaz e traz proteção a todas as partes envolvidas nessa relação comunicacional: as agências, os veículos, os anunciantes e a sociedade? Quais são as normas que influenciam o trabalho de profissionais que trabalham com Publicidade e essas se fazem necessárias, carecem de atualizações ou são eficazes? O que tem sido discutido e feito para que a legislação e a fiscalização acompanhem o ritmo com que a propaganda evolui? Este trabalho insurge como uma tentativa de explicação dessas indagações, como uma compilação de toda a legislação que diz respeito à Publicidade e como um ensaio de uma elaboração de um manual prático para profissionais interessados nesse tema.

O interesse pessoal na matéria antecede até mesmo o começo do primeiro curso de graduação do autor deste trabalho. Pertencente a uma família de juristas e advogados, encontrou sua paixão na Publicidade e sua vocação no Direito. Tentando unir as duas áreas, que podem parecer muito distintas, mas que na verdade são bem próximas, deparou-se com uma falta de interesse e de estudo dos profissionais de ambas as áreas para com essa matéria ainda nebulosa, que aqui será chamada, e posteriormente explicada, de Direito da Publicidade.

Através da experiência adquirida trabalhando em ambas as áreas, percebeu como uma oportunidade de estudo e de contribuição tanto para o Direito quanto para a Publicidade especializar-se nessa matéria e prover esta monografia de conclusão do curso de Comunicação Social com habilitação em Publicidade e Propaganda.

Essa monografia de análise teórica (trabalho teórico-conceitual), realizada através de uma pesquisa explicativa, sobre o Direito da Publicidade, será

fundamentada principalmente no levantamento bibliográfico e nas experiências vividas pelo autor nesses seis anos tanto para a Publicidade quanto para o Direito.

Torna-se necessário, primeiramente, conceituar o que é o chamado “Direito da Publicidade” ou “Direito Publicitário”. Desta feita, através das leis hoje vigentes, o publicitário e a agência de publicidade serão situados no plano tanto do mercado de trabalho quanto da legislação brasileira. A partir deste ponto, serão abordados os órgãos legisladores e fiscalizadores, assim como as principais leis e projetos de lei que interferem no trabalho não só daqueles que são chamados de publicitários, mas de todos aqueles que estão envolvidos nessa área. Em alguns momentos, os termos “propaganda” e “publicidade” poderão ser confundidos ou utilizados como sinônimos, sem perder a sua essência, ou incorrer em equívoco.

O trabalho monográfico está estruturado da seguinte forma: o primeiro capítulo trata do Direito da Publicidade; o segundo capítulo fala sobre a Lei dos Publicitários; o terceiro capítulo discorre sobre Órgãos fiscalizadores e as legislações correlatas, e, por fim, o último capítulo adentra na questão meritória do Futuro da Regulamentação da Publicidade.

1. O Direito da Publicidade

O advogado Roberto Schultz diz ser o pai do “Direito Publicitário” ou “Direito da Publicidade”, ou pelo menos tem a pretensão de dizer que “inventou” o termo a partir da idéia de indicar o caminho para os publicitários encontrarem as soluções de suas dúvidas quanto à legislação que interferem em seus trabalhos. O mercado de trabalho moderno exige que os publicitários, cada vez mais, tenham o conhecimento desse ramo, o Direito da Publicidade. Não basta mais apenas a preocupação em ser criativo e obter maiores lucros para seus anunciantes, ele agora deverá ser sabido das chamadas “formalidades legais”. (SCHULTZ, 2005, p.4)

Ocorre que remonta de um bom tempo o diálogo existente entre a ciência do Direito e a técnica e a arte da Publicidade. A partir da interação do capitalismo de mercado e da utilização de técnicas publicitárias para atrair mais compradores, o Direito veio interferir nessa relação e a regulamentá-la, a fim de não haver abusos.

A partir deste momento, surgiram os conceitos e os princípios de proteção do consumidor, da imagem, da intimidade, de liberdade de informação e expressão e os chamados Direitos de Propriedade Intelectual. É fato concreto que as manifestações publicitárias, invasivas ou não, serviram de inspiração para a criação de tais conceitos e, conseqüentemente, das normas que regem essas questões.

Através da classificação de Alfredo Rocco, concretizada pelo Professor Sérgio Pinto Martins, o Direito da Publicidade possui uma estrutura considerável dentro da ciência do Direito para ser considerado um ramo autônomo dentro do próprio Direito, assim como se tem o Direito do Consumidor e o Direito Autoral. (MARTINS, 2006)

É verdade que no Brasil não há uma maturidade quanto aos estudos referentes a essa área, porém não podemos negar a existência dele. Camila de Camargo Silva Venturelli, pesquisadora, defende esse ponto de vista que “apesar de

não haver muito interesse, tal fato não deve ser levado como um argumento contra a criação do Direito Publicitário”. (VENTURELLI, 2007)

Não se pode ignorar o fato que, no país já encontramos um legislativo preparado e bem servido no âmbito do Direito Publicitário. Para exemplificar, existe uma lei base, que é o Código de Auto-Regulamentação Publicitária, que apesar de estabelecer apenas orientações no âmbito administrativo, possui sólidas bases e princípios norteadores desse ramo do Direito. Há ainda legislações que, mesmo precisando de atualizações, discorrem sobre a profissão de publicitário; a regulamentação das agências de publicidade e seu funcionamento; a regulamentação de embalagem e comercialização de produtos; anúncios de produtos específicos, como o tabaco, a bebida alcoólica, medicamentos e produtos agrícolas.

Ainda, faz-se mister, salientar que existe o Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR, uma entidade de iniciativa privada, que possui um Conselho Superior que instaura processos de natureza administrativa àqueles que desobedecem o Código de Auto-Regulamentação.

O Brasil conta ainda com outras instituições de setores específicos que atuam na atividade publicitária, como a ABAP (Associação Brasileira das Agências de Propaganda), a ABA (Associação Brasileira de Anunciantes), a ABERT (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão) e a ANJ (Associação Nacional de Jornais).

Como se observa, o Direito Publicitário pode e deve ser considerado como um ramo autônomo, pois além de possuir um corpo normativo próprio e apresentar uma interdisciplinaridade com as diversas áreas do Direito, possui características próprias, as quais não se identificam com nenhum ramo atualmente conhecido da ciência do Direito. Essa autonomia do Direito Publicitário garantirá aos profissionais de diversas áreas uma forma mais simples e segura de estudá-lo e, conseqüentemente, ajudá-lo a evoluir da melhor maneira.

2. A Lei do Publicitário (L. 4680/65)

A Constituição Federal (CF/88) protege todas as profissões que tenham uma finalidade legal, ou seja, que estejam dentro dos conformes da Lei. Logicamente que a profissão de publicitário encontra-se dentro dessa proteção do artigo 5º inciso XIII da CF/88:

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: XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (BRASIL, 2004, p. 15)

A profissão de publicitário além de protegida pela carta magna nacional está também, de uma forma geral, regulamentada pela lei 4.680 de 18 de junho de 1965, uma Lei vinculante de ordem pública não só para os profissionais de propaganda, mas para as soluções impostas aos demais agentes de mercado que com eles, necessariamente, se correlacionam (Anunciantes e Veículos de Comunicação). Apesar de tratar-se de uma lei antiga, reconhecidamente cheia de defeitos e ultrapassada, ela ainda encontra-se em vigor. Uma das principais discussões geradas pela antiguidade dessa lei é a exigência de formação superior para o exercício da profissão.

Essa discussão decorre a partir do momento em que a Lei que regulamenta a Publicidade não consegue atualizar-se na medida em que se dá a evolução da sociedade consumista e das formas e técnicas de se fazer propaganda. O processo de edição de uma Lei é muito lento se comparado ao surgimento de novas formas de se fazer propaganda, ainda mais nas últimas duas décadas, com o surgimento de novas mídias e de novos profissionais que trabalham no ramo de publicidade.

A evolução da tecnologia da comunicação, a partir da internet, tem sido tão rápida que a publicidade, assim como a legislação que a segue, encontra-se

em permanente mutação. Acontece que para discussão e edição de uma Lei, o processo é menos célere, não por falha do sistema legislativo brasileiro, mas por procurar uma melhor proteção aos efeitos de que esse processo pode gerar.

Há ainda duas outras principais questões que encontram grandes debates e controvérsias. Uma discorre sobre a criação de conselhos em níveis regionais e federais de publicidade, assim como os já existentes em outras áreas profissionais, como o Conselho Regional de Medicina (CRM), o Conselho Federal de Jornalismo (CFJ), o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), dentre outros.

A outra discorre sobre quais devem ser as atividades realizadas por uma Agência de Publicidade, uma vez que estas vêm, cada vez mais, ampliando a abrangência de suas atividades, da comunicação interna de uma empresa ao planejamento *web* e criação de *website* e monitoramento de mídias sociais. Desta forma urge indagações e divergências a respeito da imposição de limites para as atividades de uma Agência de Publicidade.

Apesar de ocorrer esporadicamente revisões e modificações na lei 4680/65, não há nenhuma posição final quanto a essas questões polêmicas e controversas. É necessário que os diversos profissionais que trabalham com propaganda e seus aspirantes unam-se e proponham soluções para esses problemas legislativos à medida que eles vão surgindo, para que futuramente não haja esses e outros empecilhos em seu labor diário.

2.1. Para ser Publicitário é Necessário Diploma?

Para exercer a profissão de publicitário é necessário ter diploma de nível superior? Poucos são os profissionais, formados ou não, que sabem a resposta dessa pergunta. A Lei nº 4.680/65, que regulamenta a profissão de publicitário, tem encontrado alguma resistência em relação a essa questão da exigência ou não de diplomação em Comunicação Social com habilitação em Publicidade e Propaganda, para um profissional ser considerado e reconhecido como publicitário.

Na verdade, se tomamos a interpretação da Lei em seu rigor, não há a necessidade de um diploma de nível superior para que o profissional se qualifique como publicitário efetivamente. Já em seu artigo primeiro, a Lei caracteriza de uma forma genérica quais são os profissionais considerados publicitários.

Art. 1º São Publicitários aqueles que, em caráter regular e permanente, exerçam funções de natureza técnica da especialidade, nas Agências de Propaganda, nos veículos de divulgação, ou em quaisquer empresas nas quais se produza propaganda. (BRASIL, 1965)

A referida Lei discorre ainda em seu artigo sexto a respeito de profissionais advindos de outras áreas correlatas que trabalham na área de Publicidade e que conseqüentemente são considerados também como publicitários.

Art. 6º A designação profissional de Publicitário será privativa dos que se enquadram nas disposições da presente Lei. [...] § 1º Os auxiliares que, nas Agências de Propaganda e outras organizações de propaganda, não colaborarem, diretamente, no planejamento, execução, produção e distribuição da propaganda terão a designação profissional correspondente às suas funções específicas. § 2º Nos casos em que profissionais de outras categorias exerçam funções nas Agências de Propaganda, tais profissionais conservarão os privilégios que a Lei lhes concede em suas respectivas categorias profissionais. § 3º Para efeitos de recolhimento do Imposto Sindical, os jornalistas registrados como redatores, revisores e desenhistas, que exerçam suas funções em Agências de Propaganda e outras empresas nas quais se execute propaganda, poderão optar entre o recolhimento para o sindicato de sua categoria profissional ou para o Sindicato dos Publicitários. (BRASIL, 1965)

Sabe-se que a classe publicitária muito é formada por profissionais de diversas outras áreas, como os designers, artistas plásticos, jornalistas, psicólogos, dentre outros. Mas se por um lado a Lei facilita e possibilita aos “práticos” da Publicidade e Propaganda o acesso às agências, por outro, por ser uma lei muito antiga, apresenta dispositivos ultrapassados ou inoperantes que necessitam de revisão e atualização.

Ocorre que a definição para a profissão de publicitário explicitada na Lei 4.680/65 possui, para Schultz, uma definição ainda muito tênue. É preciso dizer mais que apenas onde trabalha o profissional, é necessário que se diga como e

porque ele foi parar naquela função para que seja, de fato, considerado publicitário. (SCHULTZ, 2005, p.35)

O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) possui um documento, chamado de Cadastro Brasileiro de Ocupações (CBO), que contempla e reconhece mais de 60 atividades profissionais, devidamente conceituadas, especificadas e com normas próprias de reconhecimento explícitas. Vale ressaltar que o CBO não regulamenta, pois esse documento não é uma lei no sentido estrito da palavra de um texto votado no Congresso Nacional, este documento apenas reconhece a existência dessas profissões.

O CBO divide as profissões em “famílias” e “subclasses”. Os publicitários estão incluídos na Família 2531, que engloba os profissionais de relações públicas, publicidade, mercado e negócios. Cada função de uma subclasse está individualizada e caracterizada por Condições Gerais de Exercício da profissão e por Formação e Experiência. No caso da Família 2531, que explicita sobre a classe publicitária, o CBO reconhece que para exercer a profissão de publicitário requer-se curso superior ou pós-graduação em área correlata labor publicitário. Schultz considera esse reconhecimento um avanço trabalhista para a classe.

Em compensação, a Publicidade passou a exigir curso superior ou pós-graduação, o que já é uma melhora significativa, embora tenha sido tratada como uma área correlata às Relações Públicas. (SCHULTZ, 2005, p. 37)

Na questão prática, dentro do mercado de trabalho, embora tal formação não seja imprescindível, esta passou ao menos ser desejada pelas agências de propaganda. Isso ocorre porque, apesar de o mercado tentar um equilíbrio entre a prática profissional comprava e a habilitação teórica, é indiscutível que existe uma teoria muito grande e complexa por trás das propagandas e que esta teoria é principalmente estudada durante um curso superior de Comunicação Social, com habilitação em Publicidade e Propaganda.

2.2. Quem é a Agência de Publicidade pela Lei?

Existe hoje, uma enorme variedade de serviços que são ofertados através de uma agência de publicidade. Com o surgimento de novas formas de se fazer publicidade, tem aparecido um número grande de empresas que se auto-intitulam como Agências, mas que na verdade oferecem serviços adversos àqueles que são realmente considerados decorrentes da publicidade. Desta feita, surgem dúvidas sobre a legalidade desses serviços.

Ainda pela Lei nº 4.680/65, temos em seu artigo terceiro a definição do que é uma agência de propaganda, que apesar de antiga, ainda é vigente:

Art. 3º A Agência de Propaganda é pessoa jurídica e especializada na arte e técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público. (BRASIL, 1965)

Com a edição, pelo Conselho Executivo de Normas-Padrão, da Comunicação Normativa – Circular 001, de dezembro de 2000, a entidade exige que as principais atividades de uma agência de propaganda sejam exclusivamente aquelas inerentes à Publicidade, e não outras. E caso a agência possua outras atividades, que essas sejam meramente complementares ou subsidiárias e sempre vinculadas à atividade principal que são a criação, a produção e a intermediação publicitária.

Essa medida normativa do CENP atualiza a definição dada pela Lei nº 4.680/65 e coloca dentro da legalidade aquelas novas formas de propaganda que surgiram após a sanção da Lei do Publicitário, como o planejamento de divulgação através de mídias sociais, e exclui aquelas empresas que se dizem agências mas que na realidade fornecem outro tipo de serviço, como a assessoria de comunicação. Cabe esclarecer que essa norma não impede que uma agência de propaganda forneça serviços de assessoria de comunicação, por exemplo, essa só não pode ser a atividade principal exercida pela agência.

3. Os Órgãos Fiscalizadores e as Legislações Correlatas

No que diz respeito à Publicidade, encontra-se, a partir da Constituição Federal de 1988, uma série de leis, normas e órgãos fiscalizadores que interferem no trabalho daqueles que se chamam publicitários, ou que de uma forma trabalham com a publicidade e a propaganda. Todavia, se por um lado existe uma enorme normatização do trabalho publicitário, por outro existe um *déficit* na interpretação dessa normatização em face da evolução e da modificação dos papéis desempenhados por esses profissionais.

A priori, observa-se que apesar de a Constituição, a Lei Maior deste país, investir os poderes de legislar privativamente sobre a Publicidade para a União, o que ocorre hoje, na prática, é uma situação diferente dessa outrora idealizada. Dessa forma, a Constituição da República Federativa do Brasil assevera em seu artigo 22 e inciso XXIX que “Compete privativamente à União legislar sobre [...] propaganda comercial” (BRASIL. 2004, p. 31)

Ao analisar o artigo 22 inciso XXIX da Constituição Federal atual, nota-se que é da União a competência exclusiva para legislar sobre matéria de “propaganda comercial”. Cabe ressaltar que, se de fato a Publicidade é uma divulgação de uma ideologia comercial, é notório que o termo “propaganda comercial”, usado na Constituição, refere-se à Publicidade. Assim, Schultz afirma que:

Então, só essa ‘entidade’ chamada União, que poderíamos simplificar chamando de ‘Governo Federal’ (os juristas torceram o nariz para essa simplificação, mas, paciência...), tem o poder de sancionar (segundo o Grande Dicionário Larousse significa ‘confirma, aprovar, ratificar’) leis que digam respeito à PROPAGANDA COMERCIAL (ou Publicidade) (SCHULTZ, 2007, p. 16)

No entanto, no caso concreto, a Atividade Publicitária é auto-regulamentada, sem a existência de uma Lei, no sentido exato da palavra, que é um texto votado e aprovado pelo Congresso Nacional. A maioria dos órgãos e

entidades ligadas à Propaganda uniu-se e propôs esse modelo de auto-regulamentação hoje vigente no país.

Desta forma, o que existe são normas elaboradas pela própria classe publicitária, que, em diversos momentos, se reuniu para criá-las, e hoje as faz cumprir quase que às margens do Poder Público. Apesar de terem sido criadas em um modelo de auto-regulamentação, essas normas não contrariam as efetivas Leis existentes nem o poder fiscalizador do Estado, refletindo uma evolução não só para a Publicidade, mas principalmente para o Legislativo brasileiro. Nessa senda, infere-se que, nas palavras de Schultz:

Considera-se um avanço ético e normativo, não me canso de dizer, que a classe profissional dos publicitários tenha conseguido colocar no papel – praticamente sem Lei votada – um conjunto de regras modernas como aquelas do CONAR ou do CENP, e exigíveis de todos os publicitários. (SCHULTZ, 2007, p. 17)

O CONAR e o CENP são os dois principais órgãos fiscalizadores da atividade publicitária. Enquanto o primeiro trabalha no plano da ética, da fiscalização da concorrência e da veiculação de comerciais, o outro tem seu labor na parte técnica da publicidade, na elaboração das Normas-Padrão da Atividade Publicidade. Vale ressaltar que ambos os órgãos, apesar de relativamente efetivos, são de criação da iniciativa privada do setor de propaganda, e, portanto, tem suas atividades restritas ao plano administrativo.

Além das normas administrativas aplicadas por esses órgãos, há ainda uma vasta legislação - leis estas votadas e sancionadas pelo Congresso Nacional - que mantém correlação com os trabalhos feitos por um publicitário ou por aqueles que trabalham com publicidade. Essas leis regulam matérias específicas, como a dos direitos autorais, e protegem as relações econômicas advindas principalmente da propaganda.

3.1. CONAR

A regulamentação das questões relacionadas com a Publicidade é de extrema importância, para que se imponham limites às agências e aos anunciantes e para que, principalmente, proteja o consumidor. Nessa situação temos o Estado contra o setor empresarial privado e seu poder intervencionista, ou ainda, o Estado protegendo a sociedade e os empresários protegendo sua lucratividade e seus interesses.

É fato que, a partir do momento em que um setor profissional se auto-regulamenta, inibe-se de certa forma a ameaça do Estado, através do legislativo, procurar regular erroneamente este meio. Por isso, com o medo da intervenção estatal, as agências publicitárias não só brasileiras, mas do mundo, procuraram agilizar suas auto-regulamentações, que funcionaria como um código de ética do meio publicitário.

No Brasil, os publicitários se uniram e criaram o CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, que no ano de 1978 elaborou o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. Os publicitários trataram de chamar os dois, Conselho e Código, com um só nome – CONAR –, para que o Órgão e as Normas fossem um só, o que na visão de Roberto Schultz, não deixa de ser.

É notório que, na maioria dos países, as empresas privadas, aliadas com todos que envolvem a matéria publicitária, uniram-se com o fito de auto-regulamentar o trabalho publicitário, incluindo principalmente seus conselhos de ética. Não muito diferente, por aqui, o CONAR procurou uma forma de “normatizar a Ética geral”, o que para uns deixou uma mínima margem para erros, porém para outros abriu espaço para inacabáveis discussões.

A estrutura do CONAR é relativamente simples e de fácil acesso a qualquer interessado. O Conselho de Ética do CONAR é dividido em câmaras que se baseiam no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária e que recebem as denúncias, as quais podem ser encaminhadas por todos aqueles que se sintam lesados por alguma veiculação.

O CONAR funciona como uma espécie de “tribunal administrativo”, que após comprovada a infração ao código, o responsável será julgado e poderá ser punido apenas no plano administrativo. É importante salientar que tanto a agência quanto o anunciante podem responder solidariamente, ou seja, em conjunto, por uma veiculação que venha a infringir o código.

As punições administrativas impostas pelo Conselho estão dispostas no artigo 50 do Código, onde são previstas as Infrações e as Penalidades aplicáveis a quem o descumprir:

Artigo 50 – Os infratores das normas estabelecidas neste código e seus anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades: [...] a. advertência; b. recomendação de alteração ou correção do Anúncio; c. recomendação aos Veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; d. divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas. (CONAR, 1980)

Cabe aqui explicar que apesar do CONAR atuar apenas em plano administrativo, não se exclui aos responsáveis por veicular propaganda danosa, possíveis sanções na esfera judicial. O CONAR pode, inclusive, oferecer ao Judiciário pareceres técnicos a respeito da matéria controversa que está sendo julgada em um processo judicial.

Há quem diga que a publicidade brasileira tem regulamentação mista, ou seja, parte pelo CONAR e parte pelo Estado. Tal entendimento tem, de fato, certo cabimento. A auto-regulamentação do Conselho tem aspecto apenas contratual, sem a imperatividade de uma decisão judicial imposta pelo Estado. As sanções e as penalidades aplicadas pelo CONAR não produzem efeitos jurídicos perante terceiros, mas tampouco as impedem. Ademais, através do inciso XXXV do artigo 5º a Constituição Federal de 1988 prescreve que "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito". Desta forma, a publicidade que causou algum efeito danoso a alguém poderá ser apreciada também pelo Judiciário. (BRASIL. 2004, p. 16)

A principal intenção desse modelo de auto-regulamentação e auto-regulação dos publicitários era afastar o Estado da “Lei Publicitária”, desta forma, o Código e o Conselho fariam o papel punitivo e legislativo, que seriam de competência do Estado. A idéia, na época em que ela foi proposta, há mais de 30 anos, foi válida. Contudo, com a incrível rapidez em que os meios de comunicação evoluíram e a proporcional valorização do consumismo, o que se observa nos dias atuais, é que tal forma de regulamentar e fiscalizar a publicidade e seus efeitos vem se demonstrando infrutífera.

Por ser um conselho de iniciativa privada, o CONAR não possui o poder coativo e coercitivo que o Estado possui, através do Judiciário e do Legislativo, o que tem criado uma má fama às decisões tomadas pelo Conselho, como decisões de cumprimento espontâneo. Os anunciantes e as agências, já prevendo as punições leves instituídas pelo CONAR, vêm cada vez mais produzindo campanhas e comerciais que infringem o Código, mas que trazem uma enorme lucratividade; é a famosa “lei do lucro a todo custo”. O custo da retaliação proposta pelo Código faz-se ínfima quando comparado com o lucro que as empresas anunciantes terão com o impacto de uma propaganda planejada no excesso e fora dos moldes da ética.

Eficaz ou não, é competência do CONAR julgar todos os procedimentos disciplinares quanto às irregularidades nos conteúdos das campanhas publicitárias apresentadas no Brasil, e caso não seja aprovada pelo órgão, ela não poderá veicular no país ou no território de abrangência.

3.2. CENP

O CENP é o Conselho Executivo de Normas-Padrão. Uma entidade que foi criada pelo próprio mercado de Publicidade para fazer com que se cumpram as Normas Padrão da Atividade Publicitária (NPAP). A entidade existe desde 1998 e tem como seu principal gestor um Conselho Executivo, onde têm assento 22 representantes de Agências de Propaganda, Anunciantes, Veículos de Comunicação e Governo Federal. Apesar de ser uma associação representativa de

todas as categorias envolvidas na publicidade, os veículos possuem uma representatividade maior, com 12 membros indicados.

A principal evolução da criação do CENP em relação ao CONAR é o seu funcionamento regulamentado pelo Decreto 4.563 de dezembro de 2002, que altera o artigo 7º do Decreto 57.690/66 e determina que a atividade publicitária brasileira siga de um modo geral, as normas instituídas pelo CENP. O Conselho, desde então, foi responsável pela criação de um documento básico que define as condutas e regras das melhores práticas éticas e comerciais entre os principais agentes da publicidade brasileira.

Tal regulamentação, na prática, não altera muita coisa na vida de um publicitário, seja na aplicação da Lei nº 4680/65 e de seu Decreto correspondente, seja na aplicação das normas do CENP. O que ocorreu foi que o Governo Federal colocou “dentro da lei” aquilo que já vinha sendo aplicado no mercado publicitário através da sua auto-regulamentação. Sendo assim, as Normas-Padrão estipuladas pelo CENP ganharam um mínimo de legitimidade e força para serem cumpridas.

A Lei nº 4.680/65, em seu artigo 17, determina que a atividade publicitária nacional seja regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais instituído pelo I Congresso de Propaganda, realizado em outubro de 1957. Apesar de reconhecidamente antigo e de não possuir alguns dos aspectos mais recentes relacionados ao surgimento de novas formas de propaganda, o Código de Ética possui bases sólidas e são os princípios norteadores para elaboração das Normas-Padrão da Atividade Publicitária (NPAP). (BRASIL, 1965)

O órgão em comento é responsável pela normatização e redação dessas normas-padrão de modo a tornar o mercado de publicidade, no geral, mais ético, idôneo e transparente através da auto-regulamentação. Nas palavras de Schultz (2005, p. 60), as NPAP são “um conjunto de normas elaboradas e atingidas pelo consenso de uma série de entidades ligadas à Propaganda”. Essas normas representam na legislação brasileira um avanço que talvez nenhuma outra atividade profissional tenha alcançado sem a edição de uma lei propriamente dita. Esse

modelo de auto-regulamentação tem, inclusive, servido de modelo para sistemas de regulamentação em outros países.

É fato que ao tratar-se de ética, coloca-se em discussão um termo muito subjetivo e abrangente. A ética, neste caso, é resultado de uma série de fatores culturais e mercadológicos que influenciam diretamente na formação de cada indivíduo e de cada sociedade. Sendo assim, é impossível atingir uma plenitude do entendimento ético no que se refere às propagandas comerciais brasileiras, assim como em qualquer parte do mundo. Porém, como dito anteriormente, o Código de Ética de 1957 possui fundamentos bem estruturados e tem servido muito bem para a elaboração das normas publicitárias, mesmo com todo o desenvolvimento da propaganda durante essas quase seis décadas.

Há muita confusão, pois existem dois órgãos que tratam, teoricamente, da auto-regulamentação, contudo, existem diferenças fundamentais entre essas duas entidades. O CENP é o órgão responsável por regulamentar a organização interna e o funcionamento das agências de publicidade, sendo responsável por fornecer o certificado que autoriza o funcionamento da agência, onde a obtenção desse documento depende da adequação da agência ao que é exigido pelas normas do órgão. Agora, quando se fala da fiscalização do conteúdo dos trabalhos publicitários propriamente ditos estamos entrando na esfera de ação do CONAR.

As duas principais funções do CENP podem ser resumidas em credenciar as agências de propaganda com o “Certificado de Qualificação Técnica” e em julgar todos os atores do mercado publicitário, no que se referem às infrações às NPAP e também ao Código de Ética da Propaganda. Com essas finalidades, o mercado da propaganda ganhou uma entidade que serve como um fórum de debate para a definição dos rumos da publicidade brasileira e que pode dialogar com a sociedade e com o Estado em nome do setor publicitário como um todo.

3.3. Leis que Interferem no Trabalho de Um Publicitário

Como dito anteriormente, existe vigente hoje no país um grande número de Leis que interferem nos trabalhos feitos por um publicitário ou por aqueles que trabalham com publicidade. Esses textos normativos de matérias específicas possuem como principal objetivo evitar os possíveis abusos que possam ser cometidos pela arte da persuasão da propaganda.

3.3.1. O ECAD e os Direitos Autorais

O início do movimento de defesa dos Direitos Autorais no Brasil tem como principal responsável a cantora e compositora Chiquinha Gonzaga. Cada vez que suas obras musicais eram executadas nos Teatros, ela considerava como justo receber uma parcela do que era arrecadado, pois entendia que sua música era tão importante e gerava tanto sucesso quanto o texto apresentado.

Foi de Chiquinha Gonzaga a iniciativa de fundar a primeira entidade no Brasil que procurava proteger os direitos relacionados aos autores – a SBAT – Sociedade Brasileira de Autores Teatrais. Foi então, a partir dessa sociedade, que a discussão sobre a remuneração dos autores e criadores foi enaltecida e que mais tarde serviu de base para a criação de associações de direitos autorais musicais, teatrais, literários e científicos.

A atual proteção dos Direitos Autorais no país é regulamentada por um conjunto de normas jurídicas, seja na esfera nacional com uma ampla legislação e entidades ligadas a essa matéria, seja na esfera internacional, com a assinatura de tratados internacionais em que o país está obrigado a garantir uma proteção efetiva e eficaz aos direitos de autor.

O Brasil tornou-se referência na defesa dos direitos autorais primeiramente com a criação do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), em 1973, e depois com a sanção da nova lei de direitos autorais, em 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre os direitos dos autores.

O conceito moderno de Direito Autoral é, segundo o próprio ECAD, “um conjunto de prerrogativas conferidas por lei à pessoa física ou jurídica criadora

da obra intelectual, para que ela possa gozar dos benefícios morais e intelectuais resultantes da exploração de suas criações³, ou seja, é uma forma de proteção da relação entre o criador e a utilização de suas obras artísticas, sejam essas literárias, musicais, artísticas ou científicas.

Essa proteção refere-se principalmente à utilização econômica de obra intelectual, caracterizando-se como o direito exclusivo do autor de utilizar, fruir e dispor de sua obra criativa.

A nova Lei do Direito Autoral, nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, representa um avanço importantíssimo na regulação dos direitos do autor, em sua definição do que é legítimo, do que é crime e quais são as sanções a serem aplicadas aos infratores. Cabe ressaltar que a Lei não protege as idéias simplesmente, mas a esquematização e a comprovação da autoria delas. É necessário que se tenha registro da obra intelectual em órgão competente, seja uma música, um livro ou uma marca, para que se possa obter a proteção garantida pela Lei.

Apesar de essa ser uma Lei relativamente nova, ela encontra empecilhos em sua eficácia plena. Com o avanço do uso da internet e de novas formas de reprodução e divulgação de obras artísticas, apareceu uma lacuna na norma jurídica, que impede um maior controle e fiscalização do combate aos crimes relacionados aos direitos autorais.

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) é o órgão brasileiro responsável pela arrecadação e distribuição dos Direitos Autorais da execução pública de músicas nacionais e estrangeiras, utilizadas em todo o território nacional. O ECAD foi instituído pela lei número 5.988 de 1973 e ratificado posteriormente pela atual Lei dos Direitos Autorais.

A entidade é administrada por nove associações de música para realizar essa arrecadação e distribuição dos Direitos Autorais, colocando o Brasil

³ A definição de Direito Autoral, segundo o ECAD, pode ser encontrado no sítio online do próprio órgão, disponível em:< <http://www.ecad.org.br/ViewController/publico/conteudo.aspx?codigo=48>>

como um dos mais avançados países em relação à distribuição de direitos autorais de execução pública musical.

O sistema instituído pelo ECAD é bastante conhecido no setor publicitário. É de notório conhecimento que, com essa proteção dos direitos autorais, caso uma agência de publicidade queira usufruir de uma música do grupo musical Rolling Stones, por exemplo, para um comercial televisivo, ela terá que pagar os Direitos Autorais ao ECAD. O Escritório, por sua vez, repassará essa verba indenizatória aos artistas, por eles terem disponibilizado a sua obra para uso comercial. Esse sistema garante uma forma muito efetiva de renumeração ao artista pelo uso comercial de sua obra.

3.3.2. O Código de Defesa do Consumidor

Os consumidores brasileiros sempre sofreram da falta de respeito nas suas relações de consumo. Sempre há um caso a relatar sobre o desleixo com que o consumidor é tratado no seu dia-a-dia, o que estava se tornando uma enorme preocupação social. Pois, desde 1990 os consumidores possuem uma enorme proteção contra os abusos sofridos. O Código de Defesa do Consumidor é um poderoso instrumento para reverter esse cenário, contudo depende, fundamentalmente, da capacidade de exercício pleno dos direitos nele elencados.

Vê-se, pois, com toda clareza, que a vontade do Estado ao instituir o Código de Defesa do Consumidor, através a aprovação da Lei nº 8.078/90, foi a de criar mecanismos que pudessem ser utilizados pelo consumidor brasileiro na defesa de seus direitos diante de um longo histórico, na verdade um prontuário, de violações dos direitos do consumidor.

A proteção ao consumidor é um direito fundamental, garantido pelo artigo 5º inciso XXXII da Constituição Federal. Bastos, explica que a regra contida nesse artigo “é de transcendental importância, não só por estabelecer um dever para o Estado, como também para autorizar o legislador a que venha estabelecer regras processuais desparaficadas, assim como um direito material não necessariamente

igualitário, mas que terá, no fundo, a prevalência dos interesses do consumidor” (BASTOS, 1989, p. 160).

Sob a guarida dessa compreensão, pode-se dizer que a proteção ao consumidor está ligada diretamente ao direito que cada pessoa humana, que cada cidadão brasileiro tem de escolher e de ser informado corretamente. É, igualmente, amparo constitucional claro, indiscutível, como consta do art. 5º, XIV. O Estado, na forma da lei, tem o dever de promover a defesa do consumidor. (BRASIL, 2004, p. 16)

A sociedade de massa, com agudas desarmonias sociais, precisa se defender da relação de consumo pelo sentido maior do direito fundamental de informação, ao qual se vincula o direito da liberdade de escolher. É esse, sem dúvida, o sentido maior da disciplina do Código de Defesa do Consumidor sobre a Publicidade, a que dedica a Seção III, do Capítulo V, voltado para as práticas comerciais. (BRASIL, 1990)

Apesar de possuir apenas três artigos nessa seção, são tratados neles dois aspectos de suma importância para quem trabalha com propaganda. O CDC dita em seu artigo 36 que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Tal norma não previa, na época em que foi editada, formas de propagandas como o *teaser*⁴, o que deixa um questionamento sobre a legalidade desses tipos de propagandas não-identificadas. Entretanto, os criadores de *teasers* e *merchandisings* não têm encontrado grandes entraves com a lei, uma vez que tais formas de propaganda têm sido feitas, em sua maioria, de forma a ser facilmente identificada pelos consumidores como uma propaganda.

A principal proteção em relação à Publicidade no CDC – Código de Defesa do Consumidor – diz respeito às propagandas enganosas e abusivas,

⁴ O **teaser** (em inglês "aquele que provoca" (provocante), do verbo *tease*, "provocar") é uma técnica usada em *marketing* para chamar a atenção para uma campanha publicitária, aumentando o interesse de um determinado público alvo a respeito de sua mensagem, por intermédio do uso de informação enigmáticas no início da campanha. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/teaser>> Acesso em: 24 de jun. de 2011.

expressamente proibidas em seu artigo 37. A propaganda é considerada enganosa quando induz o consumidor ao erro, ou seja, quando apresenta um produto ou serviço com qualidade ou quantidade que não possui. Propagandas consideradas abusivas são aquelas que induzem o consumidor a se comportar de forma prejudicial.

Nessa senda, a publicidade enganosa está exemplificada no parágrafo segundo do artigo 37 do CDC – Código de Defesa do Consumidor – e é aquela que, através da sua veiculação, pode induzir o consumidor em erro; é uma propaganda falsa. A publicidade enganosa provoca uma distorção na capacidade decisória do consumidor, que se estivesse mais bem informado, não adquiriria o que for anunciado. Para o induzimento em erro não se considera apenas o consumidor bem informado, mas também o desinformado, ignorante ou crédulo. Nesse sentido, Coelho afirma que não se “[...] exige a intenção de enganar do anunciante, basta somente a veiculação do anúncio enganoso e estará configurada a publicidade enganosa”. (COELHO, 2002)

Já a publicidade considerada enganosa está exemplificada no parágrafo terceiro do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor e é aquela que pode induzir o consumidor a se comportar de forma danosa. Esse tipo de propaganda é considerado bem mais lesivo ao consumidor do que a propaganda enganosa. Lages exemplifica a diferença que há entre essas duas formas ilegais de propaganda:

Deve-se distinguir a propaganda enganosa da propaganda abusiva. Esta é mais grave, pois induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial. São propagandas que incitam à violência, desrespeitam valores ambientais, exploram o medo do consumidor, ou se aproveitam da deficiência de julgamento ou inexperiência das crianças. (LAGES, 1997)

Quem produz publicidade enganosa ou abusiva comete a infração prevista no artigo 66 do Código do Consumidor e sujeita-se a uma pena de detenção de três a um ano e multa.

3.3.3. A nova Lei de Licitações para Serviços de Publicidade

A Lei 12.232, de 29 de abril de 2010, dispõe sobre licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda. A sanção desta Lei é um marco histórico na propaganda brasileira por representar uma profunda mudança na forma da contratação dos serviços de publicidade pelos órgãos da administração pública federal, estadual e municipal.

O projeto dessa Lei é de autoria do deputado José Eduardo Cardozo em parceria com o próprio mercado publicitário, que diante da crise da falta de credibilidade com a profissão, percebeu a necessidade de mudar o sistema de contratação anterior. As inovações legais contidas nessa nova Lei permitirão aperfeiçoar os processos licitatórios no Brasil, assim como solucionar eventuais falhas cometidas justamente pela falta de regras apropriadas.

Essa nova lei define agora de forma clara o que é a publicidade e assegura transparência nas licitações para a contratação das agências, solucionando, em grande parte, a crise da credibilidade para a contratação desse tipo de serviço. Nos últimos anos, o mercado publicitário foi abalado por escândalos envolvendo contratações de agências de publicidade pelo poder público. O que antes era visto, aos olhos da sociedade em geral, como uma forma de corrupção e desvio de dinheiro público, agora o Estado garante uma maior credibilidade e legitimidade para a criação de propagandas para os órgãos públicos.

Com o modelo atual, tendo como objetivo imprimir objetividade e eliminar as chances de favorecimento de uma determinada agência de propaganda, a Lei estabelece que o julgamento das propostas técnicas deva ocorrer sem o conhecimento da sua autoria. A licitação deverá ser do tipo “melhor técnica” ou “melhor preço”, o que assegura uma forma de bom uso do dinheiro público.

Uma das principais contribuições dessa Lei é que ela atualiza a definição do que são os serviços de Publicidade e os fins de sua aplicação, uma vez que o conceito dado pela Lei 4.680/65 encontrava-se reconhecidamente ultrapassado. Temos no *caput*, ou seja, no corpo, de seu artigo 2º que Publicidade é “o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o

estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir idéias ou informar o público em geral”. (BRASIL, 1965)

Outra contribuição importante da Lei 12.232/10 é a que diz respeito à exigência de que as agências de propaganda, para participarem das licitações públicas, possuam o Certificado de Qualificação Técnica expedido pelo Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP. Para participar das licitações públicas, a nova lei exige como pré-requisito, a certificação de qualificação técnica das agências de publicidade legitimando o CENP como instituição que avaliza tal status. Essa certificação vai assegurar que está sendo contratada uma agência com estrutura e pessoal técnico qualificado. O trabalho que o CENP desenvolve há mais de dez anos para o setor privado é agora estendido ao setor público.

A partir desta nova definição do que é Publicidade e da legitimação do CENP para certificar as agências de propaganda, fica definitivamente consagrado o modelo brasileiro de agências completas. Conforme discorre a nova Lei, os contratos para os serviços publicitários podem incluir o planejamento e a execução de pesquisas e outros instrumentos de avaliação e geração de conhecimento sobre o mercado, o público-alvo, os meios de divulgação nos quais serão difundidas as peças e ações publicitárias ou sobre os resultados das campanhas realizadas, além da produção e execução técnica das peças e projetos e a criação e desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação.

O rigor imposto por essa norma nas licitações públicas é uma reivindicação antiga da sociedade, do setor de propaganda e da administração pública, que tem como objetivo evitar a possibilidade de eventual jogo de cartas marcadas ou de possível contratação com finalidades ilícitas. Ficam assegurados, desta feita, os critérios técnicos e ainda mais a transparência nas licitações, evitando possíveis irregularidades e garantindo uma maior credibilidade ao serviço contratado.

De acordo com Ricardo Nabhan, presidente da FENAPRO – Federação Nacional das Agências de Publicidade – em entrevista a Schiavinato, tendo publicação na revista ImamDesign, este afirmou que:

A Lei 12.232/10, em seu conjunto, atende aos anseios das agências de publicidade que trabalham com competência, que aguardavam uma legislação mais moderna, adequada, transparente, eficiente e segura. Será um divisor de águas na contratação dos serviços publicitários pelos órgãos públicos”, completa o presidente da FENAPRO. (SCHIAVINATO, 2010)

Essa lei pode ser interpretada como uma demonstração de que a publicidade brasileira é digna, tem personalidade forte e procura lutar pelo seu modelo próprio de auto-regulamentação.

4. O Futuro da Regulamentação da Publicidade

A evolução da tecnologia da comunicação, a partir da internet, tem sido tão rápida que a publicidade é, hoje, um setor em permanente mutação. As possibilidades de criação de novas peças publicitárias e de novas formas de se persuadir o consumidor a comprar um produto são cada vez maiores. O problema surge a partir do momento em que a legislação que protege as práticas comerciais geradas pelas propagandas não consegue acompanhar o ritmo com que elas evoluem.

Quais serão as tecnologias que surgirão para facilitar a vida das pessoas, quais as mídias que serão mais rentáveis e lucrativas para o anunciante, ou ainda, quais os produtos que ainda serão criados e vendidos? Não se pode prever com exatidão o futuro que o mundo terá, assim como não se pode também saber qual será o futuro da Publicidade. Pode-se apenas especular quais serão os rumos que a Publicidade poderá seguir.

Hoje se sabe que a legislação que diz respeito às atuais propagandas brasileiras já se encontra defasada e necessitando de adaptações às transformações já vividas pelo mundo moderno da Publicidade. A tendência é de que essas revisões sejam feitas aos poucos, solidificadas em incansáveis debates, uma vez que há opiniões diversas sobre o rumo que deve ser tomado. Enquanto alguns profissionais e interessados na área pregam a liberdade total, a abolição de qualquer tipo de censura para a publicidade, outros rogam que se deva impor limites mais severos, para que não haja excessos ou abusos dessa prática comercial.

No ano de 2010 houve discussões acerca da exigência de diploma para outra área da Comunicação Social, o Jornalismo, que chegaram inclusive no Superior Tribunal Federal (STF). Tais discussões, e conseqüentemente a decisão do STF, oxigenou os debates que vinham sendo realizados no que diz respeito à regulamentação da profissão de publicitário. Não só essa, mas outras questões novamente ganharam fôlego, como a restrição de propagandas de bebidas alcoólicas.

Houve no Congresso Nacional, um projeto de Lei de 2004, de autoria do Deputado Leonel Pavan, que buscava regulamentar a profissão de publicitário. Apesar de já ter nascido desatualizado, esse projeto de lei possuía dois pontos polêmicos, que são a questão do estágio obrigatório e a exigência do diploma de curso superior para exercer a profissão de publicitário. Ainda dentro da Comissão de Educação, esse projeto não foi levado à votação em plenário e foi arquivado por falta de conhecimento da matéria. É preciso uma melhor comunicação com as reais necessidades mercadológicas da área e que profissionais da área se posicionem mais efetivamente a respeito do tema.

Na época, dentro do enorme universo de profissionais ligados à área, poucos foram os interessados que participaram da elaboração, revisão e edição desse projeto. Dentre os interessados pode-se destacar Andre Porto Alegre, presidente da Associação dos Profissionais de Publicidade (APP), que se posicionou a favor da regulamentação, e José Roberto Penteado, Diretor da ESPM – Escola Superior de Propaganda e Marketing –, que argumentou contra a regulamentação.

Apesar do esforço que tem sido feito por esses poucos interessados, a regulamentação sempre será no sentido de suprimir um problema já existente. Não se pode prever o futuro da publicidade, desta forma, as regulamentações, sejam atualizações de normas já vigentes, sejam elas novas, estarão sempre, de certa maneira, defasadas com a realidade da publicidade.

CONCLUSÃO

A inquietude criativa e a constante mudança são características intrínsecas não só à natureza humana, mas também à publicidade brasileira. O contexto da legislação de que tratamos nesta dissertação é resultante da necessidade real de se ter um controle sobre tudo aquilo que é criado através da Publicidade e seus efeitos vinculados.

Entendo que estamos em um momento de mudanças em que é complicado saber e afirmar o que é, de fato, melhor para o futuro da publicidade e das práticas comerciais. E quais as formas e meios de comunicação que prevalecerão no futuro.

Conclui-se deste trabalho, que existe uma vasta legislação hoje vigente, no que diz respeito ao Direito da Publicidade. Contudo, essa legislação encontra-se desatualizada, seja na esfera do Poder Legislativo brasileiro, seja na esfera da Administração dos órgãos ligados à Publicidade. E que tais atualizações devem surgir como iniciativa do próprio mercado publicitário, como foi feito anteriormente.

A partir do momento em que a auto-regulamentação não evolui, abre-se espaço para o Estado interferir. Muitas vezes, essa interferência do Estado não tem a participação de todas as partes da relação, e pode causar prejuízos aos interessados.

O uso racional da publicidade é fator indissociável para a construção de uma nova dinâmica no setor e, para tal, deve-se haver mais estudos, discussões e debates efetivos a respeito do Direito da Publicidade. A dualidade das opiniões não deve ser entrave para um consenso, pois o objetivo é comum a todos: que os publicitários exerçam sua profissão legalmente e livremente, e que consumidores sintam-se respeitados e satisfeitos, pois afinal, são eles os responsáveis por fazer girar toda a máquina da economia capitalista.

A Publicidade é uma área muito técnica que envolve uma gama muito grande de profissionais na sua produção e execução: designers, fotógrafos, administradores, dentre outros. Existe uma teoria complexa por trás de cada comercial produzido, e para se ter essa teoria, é indispensável uma boa capacitação profissional. Essa capacitação advém, principalmente, de cursos superiores, todavia, não se pode excluir os demais profissionais que contribuíram para a história da publicidade pátria e que ainda contribuem. A Publicidade possui esse aporte intelectual multifacetado.

Por fim, conclui-se que a regulamentação não pode ser obstáculo ao progresso da Publicidade, burocratizando as relações, mas sim contribuir para oxigenar a área e promover uma relação comunicacional justa.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 2, São Paulo, Editora Saraiva, 1989.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 14 jul 2010.

_____. Lei dos Direitos Autorais. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 14 jul 2010.

_____. Lei do Publicitário. *Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 14 jul 2010.

_____. Lei de Licitações para Serviços de Publicidade. *Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010*. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 14 mar 2010.

Código de Auto-Regulamentação da Publicidade, 1980. Disponível em: <www.conar.org> Acesso em: 27 jan. 2010.

COELHO, Claudia Schroeder. *Publicidade enganosa e abusiva frente ao Código de Defesa do Consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2581>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

LAGES, Leandro Cardoso. *Publicidade enganosa é crime*. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 9, 16 mar. 1997. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/702>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo, Editora Atlas, 2006.

SCHIAVINATO, Helisson. *Lei 12.232/10 normatiza as licitações públicas de serviços de publicidade*. 2010. Disponível em: <<http://www.imamdesign.com.br>> Acesso em: 20 jun. 2011.

SCHULTZ, Roberto. *O Publicitário Legal: alguns toques, sem juridiquês, sobre o direito da publicidade no Brasil*. Rio de Janeiro, Ed. Qualitymark, 2007.

TEASER. In: Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/teaser>>. Acesso em: 24 de junho de 2011.

VENTURELLI, Camila de Camargo Silva. *Por uma autonomia do Direito Publicitário*. 2007. Disponível em: <<HTTP://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br>> Acesso em: 8 set. 2009.