

## NOTA TÉCNICA

A contratação de serviços de publicidade por entes públicos de qualquer dos poderes da União, Estados e Municípios só pode ser feita através de Agências de Publicidade, pessoas jurídicas de características próprias e que, para participarem de certames seletivos e serem contratadas, devem contar com certificação de qualificação técnica. A lei que regula e normatiza a contratação dos serviços publicitários não faz qualquer exceção ou permite entendimento diferente. É o que ensina Marçal Justen Filho em (Comentários à Lei de Contratos de Publicidade da Administração - Lei nº 12.232/2010 - Editora Fórum – 2020, pag.147).

Diz, *in verbis*:

### **“1. A obrigatória contratação de agência de Publicidade**

Diversos dispositivos da Lei 12.232/10 preveem a obrigatoriedade da contratação dos serviços de publicidade por meio de agência de propaganda. O art. 4º dispõe sobre o tema de modo mais detalhado. A figura da agência de propaganda desenvolveu-se no âmbito do direito privado e recebeu tratamento jurídico específico e próprio. A configuração de uma agência de propaganda, para fins da lei 12.232/10, depende da obtenção de certificação específica perante o Cenp ou entidade equivalente “legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agência de propaganda.”

E mais:

### **“A utilização dos serviços de agência de publicidade**

Em princípio e em vista das leis 4.680/65 e 12.232/10 a atividade publicitária da Administração Pública exige a intermediação de uma agência de publicidade. Essa disciplina normativa não é afetada pela natureza do veículo de divulgação utilizado. A disciplina da atuação das agências de publicidade não foi reservada exclusivamente para a publicidade desenvolvida por meio dos veículos de divulgação tradicionais. Compreende, inclusive, novas soluções tecnológicas.” (idem, pag. 149).

O art. 1º da Lei 12.232/10 é claro:

Rubricar  


“Esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela administração pública de serviços de publicidade prestados **necessariamente** por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Lembra o mesmo autor, quando analisa a obrigatoriedade:

“Pode-se admitir que qualquer sujeito disporia de autonomia para desenvolver a atividade de publicidade. Mesmo no âmbito privado, no entanto, essa é uma situação diferenciada. [...] as características dos serviços especializados de publicidade conduzem à inadequação do seu desempenho por sujeitos destituídos do profissionalismo e do conhecimento peculiares. O serviço de publicidade é alicerçado numa pluralidade de informações, acessíveis apenas a empresas especializadas. Envolve o cumprimento de regras de conteúdo e o relacionamento com uma pluralidade de terceiros também especialistas. A regra legal reflete o reconhecimento de uma assimetria cognitiva insuperável. Por maiores que sejam as habilidades dos agentes públicos, elas sempre serão insuficientes para a obtenção e resultados satisfatórios.” (idem, pag. 70)

Além desta particularidade que coloca a publicidade na intersecção entre arte e técnica, e atualmente cada dia mais técnica, ressalte-se que a atividade exercida interna e externamente pelas agências, tem o seu fim na veiculação, o que implica em serviço prestado por um terceiro de superior abrangência que, ao fim e ao cabo, realiza o objetivo da comunicação publicitária.

A lei, com sabedoria, explicitou dois termos definidores, o **necessariamente**, já destacado neste documento, para dizer que a publicidade de ente público seja prestada através da agência de publicidade, e **integralmente**, quando trata do serviço propriamente dito:

“Para fins desta lei, considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas **integralmente** que tenha por objeto 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 ideias ou informar o público em geral.”

A **integralidade** de que trata e determina a lei evita que o contratante público, que está agindo em nome do público, isto é do povo, resolva a seu bel-prazer dividir as

Rubricar



tarefas da publicidade, tornando-a inorgânica, sem a lógica, por exemplo, que determina que a criação da peça publicitária, responda ao que indicou o estudo/planejamento de um determinado problema de comunicação, que tenha conceituação correta, para uma criação criativa que possibilite um programa de mídia que seja correto em termos de atingimento ao público-alvo identificado.

É de se imaginar que a estrutura de poder da União e dos Estados e Capitais entendam que a publicidade não seja uma atividade fim, mas instrumento importante para manter a população informada, respeitadas as vedações relacionadas à impessoalidade e o interesse público, como exige o art. 37 da Constituição Federal. Ocorre, no entanto, que no país profundo como o Brasil, nem sempre, isso ocorre.

Somos, reconheça-se, pródigos na formação de comunicadores, que resulta na oferta de mão de obra não especializada em publicidade para a montagem amadora das assessorias que já foram de imprensa e transformaram-se, há muito, em estranhos organismos de acionamento de mensagens digitais. Logo, multiplica-se os casos de contratação de serviços de publicidade fora do que determina a lei, que é clara. Em síntese:

1. Todo serviço de publicidade de ente público só pode ser realizado através de agências de publicidade;
2. Toda contratação deve ser feita nos termos do que dispõe a lei 12.232/10;
3. A contratação só pode ser feita através de licitação pública, nos termos do que determinam as leis 12.232/10, que cuida da publicidade, e 14.133/21, a lei geral das licitações, que, para as licitações de publicidade, tomou o lugar da lei 8.666/93, que junto à Lei 4.680/65, são dispositivos complementares à legislação de comando;

Diante do exposto, e para clareza de entendimento geral, é ilegal a prestação de serviços publicitários que não seja através de Agências de Publicidade e estas devem ser contratadas mediante processos licitatórios seguindo o que determina o art. 5º da lei 12.232/10:

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

O artigo citado da lei 12.232/10 foi substituído pelo art. 28 da Lei 14.133/21, que inclui: I – pregão, II – concorrência, III – concurso, IV – leilão e IV – diálogo competitivo.

Vale salientar que o pregão não pode ser utilizado na contratação de publicidade. Para Marçal Justen Filho o “resultado prático da adoção do pregão tem sido a comprovação da tese acadêmica da seleção adversa. [...] Em suma: a generalização do pregão propicia o autoengano da Administração Pública. Visando desembolsar o menor preço possível para obter um produto apto a satisfazer suas necessidades, a Administração adota uma sistemática orientada por critérios defeituosos, que conduzirão previsivelmente a uma contratação não satisfatória.” (idem, pag. 445 – Comentários à Lei de Licitações e Contratações Públicas – Ed. Revista dos Tribunais, 2021).

Diz a lei nº 14.133/21, a nova Lei Geral de Licitações, que atua, na publicidade, como complemento da Lei 12.232/10, no parágrafo único do art. 29:

“O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea ‘a’ do inciso XXI do caput do art. 6º desta lei.”

A clareza do artigo, espera-se, afastará por definitivo a seleção adversa que grassou, especialmente nas Prefeitura de pequenos municípios do país.

Resta, neste campo, abordar o chamado Registro de Preços, prática, no caso da publicidade, contra a lei, que se espalhou por algumas regiões do país. O que para alguns bens comuns pode ser vantajoso para o setor público, não tem amparo ou viabilidade na área de publicidade. A começar por uma lógica de origem: a publicidade não é coisa quantificável ou serviço que possa ser previsto com antecedência. Não se pode fazer estoque de tempo/espaço de veículos ou prever o que a administração pública vá necessitar de alguma comunicação publicitária, o que depende de diversos fatores, incluindo os da ordem de saúde pública e razões climáticas, os tempos de crise que exige esclarecimento público permanente.

Por outro lado, na prática ilegal que se conhece, o ente público faz a convocação de veículos de uma determinada área para o registro de preços, sem atentar para qualquer preocupação técnica que selecione aqueles que atendam ao público-alvo desejado e indicado pelas pesquisas com as quais se trabalha os planos de mídia.

Quem possui tais virtudes é a Agência de Publicidade.

Rubricar  


Neste caso, à ilegalidade soma-se a prodigalidade no trato com os recursos públicos.

Finalmente, cabem algumas considerações sobre a legalidade de adoção do Anexo B das Normas Padrão como referência nos contratos públicos de prestação de serviços publicitários. Convém, primeiro, definir o que sejam os contratos firmados entre a agência e o ente público. Marçal Justen Filho, na análise da lei 12.232/10, identificou neles uma sistemática da administração contratada do setor privado. Diz o Professor:

“O modelo de contrato de publicidade praticado no setor privado e recebido pela Lei 12.232/10 contempla, de modo inerente e necessário, a solução da administração contratada. Não se contraponha que, no âmbito privado, a expressão “administração contratada” não é expressamente referida. Isso é irrelevante. O fundamental reside em que o relacionamento típico e característico entre as partes num contrato de publicidade, tal como desenvolvido no setor privado, contempla a solução conhecida no direito público como “administração contratada”. Ou seja, a remuneração da agência de publicidade contempla de modo essencial e fundamental, percentuais sobre o valor das despesas e custos inerentes à execução dos serviços.” (idem, livro sobre a lei 12.232, pag. 205).

Tal prática data dos primórdios da atividade publicitária no país que, segundo a história do setor, foi prática trazida pelas empresas de publicidade americanas nos anos 1950. Desta prática, resultou o pioneirismo da autorregulamentação – hoje recomendada para o setor pela OCDE. Dela origina-se as Normas-Padrão vigentes por mais de duas décadas, que têm, por propósito, difundir as boas práticas setoriais, mas que, inaugurou-se como compromisso não formal, mas consuetudinário, da fixação de um percentual de no mínimo 20%, sobre o valor das veiculações de publicidade. O percentual e outros dispositivos das Normas foram recepcionados pelo Poder Público, através do Decreto nº 4.568/2002, em vigor e que diz:

“Os serviços de propaganda serão prestados pela Agência mediante a contratação, verbal ou escrita, de honorários de reembolso das despesas previamente autorizadas, tendo como referência o que estabelecem os itens 3.4 a 3.6, 3.10 e 3.11, e respectivos subitens das Normas-Padrão da Atividade Publicitária, editadas pelo Cenp – Conselho Executivo das Normas-Padrão, com as alterações constantes das Atas das reuniões do Conselho Executivo datadas de 13 de fevereiro, 29 de março e 31 de julho, todas do ano de 2001 e registradas no Cartório do 1º Ofício e Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da cidade de São Paulo, respectivamente sob os n.º 263447, 263446 e 282131.”

O Decreto que reconhece a característica de serviço por administração contratada, determina, ainda, no par. 2º:

“Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, que mantenham contrato com Agência de Propaganda deverão renegociar, em benefício da administração, as cláusulas de remuneração da contratada.”

O Anexo B está íntegro e em vigor, tendo, apenas, uma única vez sido questionado, mas, mesmo assim, no âmbito privado, que pretendia rever alguns percentuais, não chegando, tal iniciativa, a ser levada ao escrutínio do setor público federal. A proposta que seria um novo Anexo foi formalmente considerada, pela entidade, como revogado, com efeitos *ex-tunc*.

No aspecto de execução, o sistema tem se mostrado efetivo com ressalvas de que, não raro, desvirtuam-se certames licitatórios, pela imposição de condições que inviabilizam a execução contratual, por deixar a remuneração de Agência ainda com base no montante de veiculação de publicidade nos veículos tradicionais, que já perderam parte da hegemonia em muitas praças, nas quais, como na totalidade delas, cresce o volume e investimento nas mídias digitais.

Um bom indicador para o novo tempo, está na iniciativa da administração Federal, que estipulou em 15% a remuneração das Agências, calculado sobre o volume investido nas veiculações das mídias digitais.

É tempo de preservação de valores para transformações consequentes.

São Paulo, 11 de outubro de 2024.

Assinado por:

João Luiz Faria Netto

5275F002747C4E7...

Dr. João Luiz Faria Netto  
Consultor Jurídico