

PUBLICIDADE — Agências e agenciadores de propaganda — privilégios corporativos — inconstitucionalidade das normas que restringem a liberdade dos anunciantes contratarem preços, descontos ou comissões com veículos de divulgação — “Bureau de mídia”

A empresa..., formula-nos a seguinte

CONSULTA

I — Tendo em vista o sistema jurídico nacional e o quanto dispõem a lei nº 4.680, de 18.06.65 e o decreto nº 57.690, de 01.02.66, que a regulamentou, é correto o entendimento de que os únicos compradores de espaço ou tempo para publicidade, nos veículos de comunicação, que têm direito a descontos sobre os preços de tabela, sejam única e exclusivamente as “agências de propaganda” e os “agenciadores de propaganda”?

II — As disposições da Lei e decreto supra citados estão em harmonia com o sistema jurídico pátrio? Ou, em outras palavras pode a lei impedir que, numa relação contratual de natureza privada, tenha o anunciante o direito de contratar livremente o preço de sua publicidade, quer em termos de remuneração das agências de publicidade (comissão/desconto a que se refere a lei citada), quer em termos do preço da veiculação do anúncio?

III — Qual o sentido e a extensão do disposto no artigo 17 da Lei nº 4.680/65? Ou, em outras palavras, ante essa disposição e face ao disposto no artigo 7º do decreto nº 57.690/66, combinado com o disposto nos artigos 10 a 17 desse mesmo Decreto, é correta a interpretação de que a comissão/desconto, paga/concedido aos agenciadores/agências de propaganda, deva ser, em qualquer hipótese, à base de 20% (vinte por cento), conforme estabelecido no I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro?

IV — Qual o sentido do disposto no artigo 14 do Decreto nº 57.690/66, frente ao disposto no artigo 11 da Lei nº 4.680/65? Ou seja, a tabela de preços de veiculação terá que ser única e aplicável da mesma forma a todos os anunciantes, pouco importando o volume de anúncios ou o volume de gastos de veiculação de cada anunciante? Podem os veículos ter tabelas diversas, aplicáveis a situações diferentes?

V — Em outros países, é comum a existência do chamado “bureau de mídia” ou “birô de mídia”, sob a responsabilidade de publicitários. Esses “birôs” representam, para os anunciantes e para os veículos de divulgação, um excelente meio de administração de suas propagandas/espacos, porque atuam junto aos veículos de divulgação, seja comprando espaços e revendendo-os aos anunciantes, garantindo, por um lado, o faturamento dos veículos ou melhorando esse faturamento, pelo aproveitamento de espaços ociosos, seja, por outro lado, assessorando o anunciante na distribuição de seus anúncios entre os diversos veículos/horários, seja oferecendo espaços a preços menores que o usual, como decorrência da lei da oferta e da procura, ou, mesmo, a preços maiores.

No Brasil, existe apenas um “birô de mídia”, sob a responsabilidade de publicitários (GROTTERA, MAUGER & CIA.).

Frente ao que dispõe a legislação supra referida, seria ilegal a atuação desses “birôs” no Brasil? Existe alguma restrição legal para que venham a ser constituídos outros?”

Às indagações respondo na forma que segue.

PARECER

1. A *liberdade de contratar*, como se sabe, é conatural ao regime de “livre iniciativa”. Esta, que é dominante no Estado ocidental moderno, encontra consagração expressa no art. 170 da Constituição Brasileira, além de permeiar-lhe o texto, por ser um dos pilares do sistema.

Tal regime — de livre iniciativa, e, pois, da liberdade de contratar — como expressão de concepções políticas, jurídicas, econômicas e sociais, remonta à época em que eclodiu a Revolução Burguesa e se implantou e expandiu o capitalismo, propiciado pela Revolução Industrial. Assim, foi nos últimos decênios do século XVIII que se efetuaram estas profundas transformações, as quais haveriam de ser fadoras de um novo modelo de Estado, cujos princípios, embora com novos temperos e agregados, vigora até os dias que correm.

De acordo com as concepções que desde então se impuseram, surgiu um Estado avesso aos privilégios e às muitas restrições do aparato corporativista oriundo da Idade Média, pois, é bem de ver, serviam de embaraço ao fluxo natural da vida econômica.

Com efeito, as limitações ao livre exercício de profissões, ofícios e atividades, com sua regulamentação severa e interiormente protecionista, inerente ao regime das “corporações de ofício”, contrapunham-se à liberdade de empreender e contratar, no que inibiam o desenvolvimento dos negócios e adversavam a própria lógica de uma economia de mercado.

Posto que a liberdade de iniciativa e a *liberdade contratual* são noções que se imbricam reciprocamente e têm papel decisivo numa economia de mercado, deixou de haver lugar para as “corporações de ofício” e para os privilégios e restrições característicos do corporativismo. Daí porque a abolição deles viria a ser oficializada a partir da Revolução Industrial. É o que bem registra *Massimo Stipo*, catedrático de direito administrativo da *Università di Roma “La Sapienza”*:

“Lo smantelamento del apparato corporativo se realizzò simultaneamente all’inizio della Rivoluzione industriale; in fatti le Combination Laws britanniche sono del 1799, la

legge francese Le Chapelier risale al 1791. Gli è che si ravvisava nell’ordenamento corporativo — secondo la tese della scienza economica classica — un ostacolo al corretto funzionamento dell’economia di mercato. E le corporazione venivano considerato ‘un peso morto che ostacolava e ritardava ogni progresso economico’ ” (Verso una società Neo-Corporativa? “in” “Scritti su le Fonti Normative e Altri Temi di Vario Diritto in onore di VEZIO CRISAFULLI, CEDAM — Padova, vol. II, 1985, pág. 858).

A Revolução Francesa, expressiva da ascensão da burguesia e do capitalismo, por amor à liberdade econômica, trouxe consigo — o que é notório — profunda aversão ao corporativismo (já então em obsolescência) e aos privilégios que o caracterizavam. Donde a seguinte averbação de FRANCIS-PAUL BENOÎT

“On sait, en effet, comment, par hostilité à l’égard des corporations, la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 en a prononcé l’aneantissement” (Le Droit Administratif Français, Dalloz, 1968, pág. 235).

De resto, em prol da liberdade de indústria e comércio, alguns meses antes, no Decreto D’Allarde, já se encontra consagrado o princípio da liberdade econômica, como registra EROS ROBERTO GRAU:

“O princípio da liberdade de iniciativa econômica — originariamente postulado no édito de Turgot, de 13.9.1774; liberdade de circulação no comércio de trigo — inscreve-se plenamente no Decreto d’Allarde de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7º determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma ‘patente’ (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis.

Meses após, na chamada Lei Le Chapelier — Decreto de 14-17 de junho de 1791 — que proíbe toda as espécies de Corporações, o princípio é reiterado” (Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico, nº 49, janeiro-março de 1983, pág. 24)

2. Uma vez que na própria raiz da Revolu-

ção Francesa e das transformações que provocaria no direito público de inúmeros países estava a liberdade econômica, típica do capitalismo e da economia de mercado, compreende-se que, a partir de então, as Constituições posteriores a esta fase, sobretudo as do século XX, não tinham necessidade de enfatizar a *abolição dos privilégios* ou a *liberdade de contratar*, por serem inerências do regime constitucional que se impôs na maior parte do mundo e por se apresentarem como as mais elementares resultantes dos princípios que adotaram.

Aliás, no Brasil, tudo que decorre do regime e dos seus princípios informadores é apontado expressamente como absorvido pelo Texto Constitucional. Deveras, o parágrafo 2º do art. 5º estatui:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

3. Pois bem, entre os direitos e garantias expressos na Constituição, caracterizadores do regime e enunciativos de seus princípios, encontram-se os seguintes:

“Art. 1º — A República Federativa do Brasil..., constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I — ...

II — ...

III — ...

IV — os valores sociais do trabalho, e da livre iniciativa;

V — ...

“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.”

No mesmo artigo 5º — que é o concernente aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e que abre o Título I “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” encontram-se os seguintes incisos:

“XIII — É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as

qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

“XLI — a lei punirá qualquer discriminação aos direitos e liberdades fundamentais.”

Demais disso, o art. 170, que inicia o Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, sob o Capítulo I, “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, estabelece:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I — ...

II — ...

III — ...

IV — livre concorrência...”

Parágrafo Único — É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

4. É, pois, evidente e da mais solar evidência que a *liberdade de contratar*, de realizar negócios com *as partes que se queira e nas condições que estas repute satisfatórias*, é da própria essência do regime.

Daí que a lei não as poderá elidir ou sequer restringir senão por razões de *interesse público* — nunca para ofertar privilégios corporativos ou para criar mercados cativos em vista de benefícios a grupos ou segmentos profissionais, que isto seria a própria negação dos ideais informadores da livre iniciativa e do Estado moderno.

Segue-se que as restrições à liberdade de contratar, seja quanto ao livre acesso ao contratante, seja quanto à escolha da outra parte, seja quanto às *condições do negócio*, inclusive no que concerne ao preço do objeto contratual, só podem derivar do chamado “Poder de Polícia” que, obviamente, será consentâneo com a Constituição apenas quando estiver orientado para o interesse coletivo; nunca para o interesse econômico dos exercentes de algum ofício, profissão ou atividade, destarte indevidamente privilegiados.

“Poder de Polícia” é a designação dada ao conjunto de leis e atos administrativos (praticados na conformidade destas leis) condicio-

nadores da liberdade e da propriedade, com o fito de evitar o uso *anti-social* delas ou — em suas expressões mais modernas — também para afinar a propriedade com a função social que a Constituição lhe atribui.

5. É claro que as leis disciplinadores da propriedade e da liberdade — aí inclusa a contratual — têm de estar em harmonia com a Constituição; não podem opor-se ou sequer arrancar os valores nela consagrados, nem ofender os princípios que esta encampa ou que decorrem do regime. Se o fizerem serão tão inconstitucionais quanto quaisquer outras e ainda mais danosas pois, ao agredirem princípios, estarão se incompatibilizando com os pilares jurídicos do sistema. É que, consoante diz o alumiado AGUSTIN GORDILLO:

“... los principios de derecho publico contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso; mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una certa libertad, el principio tiene substancia integral... La norma de a la ley facultad de interpretarla o aplicaria en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu. Pero aún más, esos contenidos basicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no sólo los actos a que más directamente se refieren o a las situaciones que más espresamente contemplan” (Introducción al Derecho Administrativo, Abellido-Perrot, 2ª ed., 1966, págs. 176-177).

De outra feita, em obra teórica, observamos que princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

De conseguinte, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (Elementos de Direito Administrativo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1ª ed., 4ª tiragem, 1984, pág. 230).

6. São estas considerações introdutórias que servem de pano de fundo para a análise da lei nº 4.680, de 18.06.65, “que disciplina o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências”, bem como de seu regulamento, aprovado pelo Decreto nº 57.690, de 01.02.66.

Ditas normas, propõem-se, em verdade, a conferir regalias e privilégios corporativos aos sujeitos mencionados e contêm dispositivos cujo sentido específico é ofertar-lhes participação econômica nos negócios travados entre terceiros — vedando que estes últimos concertem as condições que lhes pareçam reciprocamente vantajosas — a fim de assegurar que agências e agenciadores de propaganda tenham exclusividade na captação do diferencial a menor que resultaria se as partes vinculadas pudessem contratar com liberdade. Força-se, assim, indiretamente, a obrigatoria intermediação de agenciadores e agências de publicidade, conferindo-se-lhes uma função de atravessadores privilegiados e abençoados legalmente.

Tais regras contendem com uma cópia de princípios constitucionais básicos, incompatibilizando-se com os próprios fundamentos do regime, pois desatendem ao princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV e 170 “caput”), o princípio de que todos são iguais perante a lei (art. 5º e inciso I), o princípio da liberdade de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), o princípio de que são inadmitidas discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), o princípio da livre

concorrência (art. 170, IV) e o princípio de que é livre o exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único).

7. A lei nº 4.680, em seu artigo 1º dispõe que

“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”.

Propaganda, nos termos do art. 5º,

“é qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias e serviços, por parte de um anunciante identificado”

e Agência de Propaganda, consoante definição do art. 3º,”

é a 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 organização ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público”.

Quem exercer em caráter regular e permanente as “funções de natureza técnica da especialidade” (que, deduz-se, são as compreendidas na atividade das Agências de Propaganda) é publicitário — designação profissional “privativa” dos que se enquadram nas disposições da referida lei (art. 6º) — e que, como tal, deverão obrigatoriamente registrar-se (art. 8º). Para tanto são exigíveis, alternativamente, os seguintes documentos: “diploma de uma escola ou curso de propaganda”, “atestado de frequência, na qualidade de estudante” ou “atestado do empregador” ou ainda “carteira profissional e prova de pagamento do imposto sindical, se já no exercício da profissão” (parágrafo único do art. 8º).

Observa-se, de logo, que os “requisitos” exigidos para que alguém se registre como publicitário nada demandam para comprovar ou exibir “qualificações profissionais”. Deveras, se basta o diploma de uma escola ou curso — e não se trata de escola ou curso superior —, se mesmo este diploma é pres-

cindível, pois atestado de frequência como estudante também serve, se nem isto, a final, é necessário, pois é suficiente que um empregador ateste o exercício de funções de publicitário, percebe-se que não é demandado qualquer requisito substancial de capacitação.

De seu turno, *Agenciadores de Propaganda* são

“os profissionais que vinculados aos veículos da divulgação, a eles encaminhem propaganda por conta de terceiros” (art. 2º).

Tal profissão é facultada apenas aos “que estiverem identificados e inscritos nos serviços de identificação profissional do Ministério do Trabalho” (art. 9º). Para o registro os interessados deverão provar, por anotação em Carteira Profissional.

“o efetivo exercício da profissão durante pelo menos doze meses” ou “recebimento de remuneração pela propaganda encaminhada a veículos de divulgação, durante igual período”, juntar “atestado de capacitação profissional concedido por entidade de classe” (!) e “prova de pagamento do Imposto Sindical” (art. 10).

Deixando de lado as incongruências visíveis, percebe-se que o dispositivo fica afetado pelo art. 8º, especialmente inciso V, da Constituição.

De toda sorte, não se vê exigência alguma de atributos de qualificação ou capacitação para bem exercer uma profissão que demandasse requisitos especificadores.

8. Em benefício de agenciadores e agências de propaganda, a lei refere uma “comissão” ou “desconto” a ser pago pelos veículos de divulgação exclusivamente às mencionadas pessoas. Nestes termos reza o 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”.

Seu parágrafo único dispõe:

“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 Agência-

dores de Propaganda ou Agências de Propaganda, como definidos na presente Lei.”

Se o disposto neste artigo for infringido, ambas as partes — o encaminhador da propaganda e o veículo de divulgação — serão multados em importância que poderá chegar a 50% do valor do negócio publicitário realizado, conforme artigo 16, letra “b”, *“sem prejuízo das medidas judiciais adequadas e seus efeitos, como de direito”*.

A fiscalização do cumprimento da lei *“será exercida pelo Departamento Nacional do Trabalho, Delegacias Regionais, assim como pelos sindicatos e associações de classe das categorias interessadas, que deverão representar às autoridades à respeito”*. (art. 15)

Interesse anotar, finalmente, que, nos termos do art. 17,

“A atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais de Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957”.

Dentre as regras que os congressistas estabeleceram, a de nº 8 estatui o seguinte:

“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.”

Encontra-se, ainda, na cláusula nº 10, disposição segundo a qual:

“A Tabela de preços dos veículos é pública e igual para todos os compradores dentro de iguais condições.”

9. O regulamento da lei 4.680, aprovado pelo Decreto 57.690, estabelece, no art. 7º que *“os serviços de propaganda serão prestados pela Agência mediante contratação de honorários e reembolso de despesas, observadas as Normas-Padrão, recomendadas pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda. No art. 11, estatui que o veículo de divulgação fixará em tabela a “Comissão” dos Agenciadores e Agências e seus parágrafos dispõem que a referida “comissão” não poderá ser transferida total ou parcialmente para o anunciante,*

nem o desconto ser utilizado para rebaixamento dos preços de tabela, além de reiterar que nenhuma “comissão” ou “desconto” serão concedidas a quem, não sendo agenciador ou agência de propaganda, encaminhar propaganda diretamente.

O art. 14 dispõe que o preço cobrado pelo veículo de divulgação será por ele fixado em *“tabela pública aplicável a todos os compradores em igualdade de condições”* e o art. 15, IV, estabelece que o faturamento será feito em nome do anunciante, o que, aliás, torna claro que a relação jurídica é entre anunciante e veículo de divulgação, sendo agenciador e agência de propaganda meros intermediários.

O art. 17, II, “d” determina ser um dever da Agência de Propaganda, do veículo de divulgação e do publicitário, negarem *“comissões ou quaisquer compensações a pessoas relacionadas, direta ou indiretamente, com o cliente”*.

O art. 9º, IV, contém regra — não autorizada pela lei — cujo caráter (até grotescamente) protecionista, incita a transcrevê-lo como curiosidade:

“o cliente comprometer-se-à a liquidar à vista ou no prazo máximo de trinta (30) dias, as notas de honorários e de despesas apresentadas pela Agência”.

10. No que interessa à Consulta, o exame da lei e do regulamento levam às seguintes conclusões:

(a) publicitários e agenciadores de propaganda são os que respondem às descrições normativas aludidas, sendo explícito, no caso dos agenciadores de propaganda e implícito no dos publicitários, que a profissão é privativa deles.

(b) não há exigência alguma de caráter substancial impondo requisitos de *“capacitação”*, isto é, de *“qualificações profissionais”*, para que alguém se enquadre nestas categorias contempladas na lei. Os requisitos são nominais e perfeitamente incapazes de apurarem, ainda que formalmente, se alguém possui alguma espécie de aptidão profissional, acaso exigida como medida defensiva do interesse coletivo e em prol dele estabelecida.

Vê-se, pelo contrário, que as disposições normativas foram concebidas essencialmente

para protegerem *interesses de caráter corporativo*, nas relações com veículos de divulgação e anunciantes. Isto é saliente e perceptível com luminosa clareza não apenas na zelosa reserva de uma “comissão” ou “desconto”, privativos de agenciadores ou agências de propaganda, respectivamente, — *sem prejuízo de honorários cobrados do cliente* — como também na grotesca regra, precitada, do art. 9º do regulamento, como, ainda e sobretudo, na absorção pela lei de disposições constantes de “Código” *elaborado em Congresso pelos próprios interessados*.

(c) Agenciadores de propaganda e agência de propaganda, *além do que percebam pelos serviços prestados* aos sujeitos com quem se relacionem, são remunerados mediante “comissão” ou “desconto” pagos pelos veículos de divulgação, na conformidade de *percentual* fixado em tabela pelos *órgãos de divulgação* (pois as normas não chegaram ao extremo de estabelecê-lo) e incidente sobre os preços que tais veículos hajam fixado para a divulgação, em tabela pública, aplicável a todos os compradores *em igualdade de condições*.

(d) tal “comissão” ou “desconto” não podem ser de modo algum pagos, seja ao cliente seja a qualquer outro, estranho à qualidade de agenciador ou agência de propaganda, nem por estes últimos ser repassado no todo ou em parte para o anunciante, nem servir como forma de rebaixar os preços de tabela cobrados pelo veículo de divulgação.

(e) o pagamento de “comissão” ou “desconto” feito a quem houver encaminhado diretamente propaganda a veículo de divulgação, não sendo agenciador ou agência, acarreta para ambas as partes infratores multa que pode atingir cinquenta (50) por cento do valor do negócio publicitário realizado.

(f) a fiscalização da lei e do regulamento será exercida pelo Departamento Nacional do Trabalho e suas Delegacias e pelas entidades e associações civis de classe representativas das categorias interessadas, às quais caberá denunciar às autoridades infrações que detec-tem.

11. Não é difícil verificar que a Lei nº 4.680 e seu decreto regulamentar revelam-se, “pri-

ma facie”, inconstitucionais nos dispositivos discriminatórios e protecionistas (de cunho corporativo) pelos quais se pretende assegurar uma “reserva de mercado” e uma “remuneração cativa” em prol de certas pessoas e empresas com agravo de outras. Estas últimas, os anunciantes, não podem obter condições negociais vantajosas, nem desfrutar de descontos, em sua relação com os veículos de divulgação, pois o proveito que obteriam só é admitido quando houver um privilegiado intermediário e só por este pode ser captado.

Para chegar a tão rebarbativas imposições as normas “sub examine” pisotearam inúmeros preceitos básicos da Constituição.

Tiveram, desde logo, que afrontar o art. 5º, XIII, segundo o qual “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. Segue-se que há plena liberdade de trabalho, ofício ou profissão quando não forem imprescindíveis *qualificações profissionais específicas* para desempenhá-lo.

Esta exigência obviamente se institui nos casos em que o tipo de atividade demanda uma aptidão qualificada e que é requerida para proteção da coletividade, dos usuários de tais serviços, vale dizer, para não expô-los a riscos. É evidente que não cabe instituí-la para instaurar privilégios em favor de grupos, pessoas, camadas, pois, se assim fosse, o art. 5º, XIII, de nada valeria e muito menos o princípio da igualdade (art. 5º, “caput” e inciso I).

É, por isso que qualquer pessoa pode exercer sua “livre iniciativa” neste campo, sem restrições ou reservas de mercado em prol de corporados que pretendam bloquear para si segmentos da esfera de trabalho.

Quando a capacitação profissional afigura-se indispensável para defender quem tenha de recorrer a dados serviços, cujo desempenho demande conhecimentos especializados e cuja falta possa ser socialmente gravosa, é que cabe restringir o exercício de certos trabalhos ou profissões aos que preencham requisitos demonstrativos de aptidão para tanto.

Assim, o advogado, o médico, o engenheiro, para exercerem as correspondentes profissões necessitam de curso superiores e, às ve-

zes, até mesmo, de estágios ou exames perante o respectivo sodalício. Com efeito, aí tratar-se-á de proteger a coletividade, impedindo que qualquer sujeito se apresente como apto a defender a honra, a liberdade, o patrimônio das pessoas ou a tratar-lhes a saúde, a vida ou, então, pretender-se-á garantir que só sujeitos especializados assumam a responsabilidade pela construção de casas, edifícios, barragens, centrais elétricas etc., a fim de evitar que, efetuados sob comando de pessoas inaptas, venham a ruir, incendiar-se, ou de qualquer modo causar danos a pessoas e bens.

Bem por isso, não se imaginaria que alguém pudesse se registrar em Conselho de Medicina e exercer a profissão de médico com um simples atestado de frequência, como estudante, em curso sobre fraturas, por exemplo, ou mediante declaração de uma empresa — um hospital, por hipótese — atestando que o interessado nela está alocado tratando da saúde dos pacientes internados no nosocômio. Idem, “mutatis mutandi”, no caso de advogados ou engenheiros.

12. Derradeiramente, para publicitários e agenciadores de propaganda “requisitos” irrelevantes desta espécie foram considerados suficientes. E isto exatamente porque no trabalho de produzir ou intermediar a colocação de propaganda não está em pauta atividade que necessite ficar circunscrita a profissionais de sofisticada formação, pena de resultarem danos a anunciantes e à coletividade.

É, pois, a própria lei que confirma e demonstra inexistirem motivos prestantes para circunscrever tais atividades a determinados indivíduos ou empresas. Foram previstos como exclusivos de certas pessoas (físicas ou jurídicas) a fim de aquinhoá-los com as referidas “comissões” ou “descontos”, a serem captados com foros de exclusividade.

Eis também, porque — ante o art. 5º, XIII, da Constituição, hostil a privilégios corporativos gratuitos — é forçoso concluir que qualquer pessoa ou empresa pode produzir propaganda, encaminhá-la *diretamente* aos veículos de divulgação e *negociar com liberdade as condições econômicas em que se efetivará*. Descabe reservar exclusivamente a uma categoria de intermediários a absorção de algum

desconto ou comissão que, da avença entre as partes interessadas, poderia resultar em proveito de uma delas. Lei alguma poderia, sem ofender o sobredito artigo e sem afrontar-lhe o “caput” e o inciso I (princípio da igualdade), ofertar a agências e agenciadores de propaganda o injustificável privilégio de exclusividade na captação de porcentuais extraíveis sobre negócio de terceiros, vantagem que se pretende seja vedada à própria parte do negócio.

13. Os preceitos atributivos das regalias aludidas desencontram-se também com o art. 1º, inciso IV e art. 170 “caput”, consagrados da “*livre iniciativa*”.

Com efeito — para beneficiar a alguns desarte privilegiados — tolhem a outros liberdade de empreenderem negócios e de lhes discutirem as cláusulas, no que se contravém, ainda, a liberdade contratual, ínsita no princípio da livre iniciativa.

Sem dúvida, o poder de empreender e o de contratar também se assujeitam a limites: os que derivam dos padrões éticos acolhidos na sociedade e, como dito, do chamado “poder de polícia”, isto é, das imposições legais necessárias ou (a) à defesa dos interesses da coletividade ou (b) ao condicionamento das condutas individuais para realização de valores que estejam prestigiados na Constituição. Fora daí não se pode coartá-los sem violentar a livre iniciativa e a liberdade contratual constitucionalmente protegidas.

Se às leis fosse dado restringir liberdade e propriedade em *quaisquer hipóteses* e por *quaisquer razões*, o art. 1º, seu inciso IV e o art. 170 “caput”, não significariam nada. Seriam dispositivos literalmente inúteis, simples letras mortas. Seus preceitos revelar-se-iam vazios, despojados de qualquer conteúdo. O comando constitucional nada valeria, ficando sua força na exclusiva dependência do legislador ordinário. Chegar-se-ia ao despautério da Constituição haurir sua força na lei, ao invés da lei haurir a própria força na Constituição.

Ninguém imaginaria constitucional, por exemplo, uma lei que, sobre proibir proprietários ou vendedores de imóveis ou de veícu-

los outorgarem descontos aos possíveis compradores, estabelecesse ainda que eventuais descontos pertenceriam exclusivamente a corretores, tornando, pois, inútil qualquer compra direta. Outrossim, não se suporia que alguém pretendendo adquirir máquinas ou equipamentos pesados — suponha-se, usinas elétricas ou nucleares — além de pagar assessoria e orientação dos especialistas para a compra, ficasse inibido de discutir os termos econômicos do negócio com os vendedores, pois, sobre o valor da operação comercial, qualquer diferença seria captável única e exclusivamente por estes assessores. Por maior que fosse o respeito devido ao preparo e qualificação de tais especialistas, nada justificaria tão espantoso privilégio colhido à custa alheia.

É lógico, portanto, que o legislador desfruta de discricção, não, porém, arbítrio para condicionar a livre iniciativa e a liberdade contratual que lhe é correlata. Poderá fazê-lo quando estiver em pauta um interesse coletivo que sobrepaire às distintas partes interessadas, quando se tratar de proteger um valor consagrado na Constituição. Reversamente, não poderá fazê-lo para instituir privilégios econômicos a grupos, empresas ou profissões, já que, se assim procedesse, por-se-ia às textilhas com outros dispositivos da própria Constituição.

14. Já se mencionou que as referidas normas de favorecimento desencontram-se também como o “*princípio da igualdade*”. Este não se compadece com a instituição de favoritismos, de discriminações, que privilegiem certos sujeitos. Sem dúvida, como disse o clássico PIMENTA BUENO, em averbações de grande felicidade:

“*A lei deve ser uma e a mesma para todos, qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa para o bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania*” (Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Rio de Janeiro, 1857, pág. 424).

Onde a “razão muito valiosa para o bem

público” que autorizaria proibir os anunciantes de obterem descontos concernentes aos próprios anúncios, do mesmo passo em que se atribui exclusividade da percepção destes proveitos às agências de propaganda? Evidentemente não se pode lobrigar razão prestante alguma, mas simples protecionismo corporativista em favor de agências e agenciadores de propaganda.

O princípio da igualdade não é convivente com “reservas de mercado”, sobretudo em caso tão especioso, como o é o de criar tal reserva para *intermediários*, bloqueando a liberdade dos interessados contratarem como melhor lhes convenha e isto exatamente para gerar uma remuneração cativa para o intermediador.

Resulta claro, pois, que a lei nº 4.680 e seu decreto regulamentador agravaram o art. 5º, inciso I e art. 170, “caput” da Constituição.

15. Com fazê-lo, maltrataram igualmente o art. 5º, XLI, o qual prevê que, “*a lei punirá qualquer discriminação aos direitos e liberdades fundamentais*”. Posto que tanto a liberdade de iniciativa, como a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, como ainda a garantia à igualdade, estão arrolados na Constituição à conta de “Direitos e Garantias Fundamentais”, não há duvidar que a lei e decreto sob exame ofenderam também o mencionado art. 5º, XLI.

16. Outrossim, a incursão nos vícios mencionados faz com que a lei 4.680 e seu decreto regulamentar mereçam nova censura, já agora à face do parágrafo único do art. 170.

Nos termos deste versículo, conforme dantes se anotou:

“*É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*”

O restritivo final, “salvo nos casos previstos em lei”, está reportado à eventual necessidade de autorização de órgãos públicos, exigível quando razões defensivas do interesse coletivo o reclamem. Mesmo que assim não fosse, isto é, ainda que se considere a sobre dita ressalva como dispositivo que ensinaria

à lei coibir o exercício de atividade econômica, é bem de ver que — por ser ressalva — tem obviamente caráter excepcional. Para superditar restrição tão enérgica, a lei haveria de estar esforçada em razões de notável relevo para a coletividade.

De toda sorte, a menos que se considere o parágrafo único do art. 170 puramente retórico, ter-se-á entender (tal como dito ao propósito do art. 5º, “caput”, inciso I e art. 170, “caput”) que a liberdade legislativa na matéria não é absoluta. Haver-se-á de compatibilizar esta competência com outros dispositivos da Lei Maior e sobretudo com a própria conformação constitucional da função legislativa. Dita função não existe, nem pode ser exercitada, para contravir o que for da essência do regime e lhe constituir um pilar de sustentação.

Ora, nos termos da Constituição, a liberdade de iniciativa, a liberdade contratual, a igualdade, a liberdade de trabalho, a valorização da economia de mercado, estão nitidamente vinculados como estruturais ao regime brasileiro.

Aliás, o art. 174 reforça sobrejamente esta intelecção, ao dispor:

“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Conquanto não perfilhemos a tese — encampada por alguns — segundo a qual, por força deste dispositivo e a partir dele, gerou-se profundo tolhimento à possibilidade do Estado disciplinar impositivamente as atividades econômicas, cremos ser impossível negar que no art. 174 estampou-se diretriz claríssima prestigiadora da liberdade econômica, em sintonia, aliás, com outros preceitos já mencionados. Assim, parece inequívoco que não se admitirá legislação na matéria, salvo quando volvida à proteção de valores indubitavelmente inscritos na Constituição, notadamente no art. 170, incisos I a VI.

Pois bem, na medida em que a Lei nº 4.680

e seu regulamento embaraçam o relacionamento entre anunciantes e órgãos de divulgação, impondo tabela fixa para publicidade e reservando “abatimentos”, sob o nome de “desconto” ou “comissão” para os intermediadores, está, na verdade, inibindo o “*livre exercício da atividade econômica*” dos primeiros e com o fito de proporcionar “remuneração cativa” a intermediários. Está, portanto, ingerindo em relação econômica para tolher a liberdade das partes em um vínculo manifestamente de interesse delas — e não estatal — tão-somente para favorecer agências e agenciadores de propaganda. É impossível não ver-se nisto uma agressão nítida ao parágrafo único do art. 170 e ao próprio art. 174, de fora parte a quebra do princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei.

17. Derradeiramente, a Lei nº 4.680 e o Decreto nº 57.690 contendem à generala com o princípio da “*livre concorrência*”, residente no art. 170, IV. Ao proibir que descontos ou comissões sejam conferidos por órgãos de divulgação ao anunciante e que as agências e agenciadores de propaganda os repassem total ou parcialmente ao cliente, a lei e o regulamento citados impedem a livre competição, que, de resto, é da essência da economia de mercado.

Chega a ser rebarbativo que os que procuram promover com a “*livre concorrência*” entre produtos de seus clientes, atuando como propagadores desta competição, sejam beneficiários de uma lei e de um decreto, (com um Código de Ética incluso), nos quais a livre concorrência aparece como algo abominável que é preciso a todo transe eliminar.

18. Ante todo o exposto e considerado, às indagações da Consulta, respondo:

— I —

Em face do sistema jurídico nacional — que, evidentemente, não só inclui mas se funda na Constituição, com a qual todas as leis têm de se conformar — não é correto entender-se que agências e agenciadores de propa-

ganda são os únicos que têm direito a descontos e comissões sobre o preço de tabela na compra de espaço ou de tempo para publicidade nos veículos de divulgação.

— II —

A Lei nº 4.680, de 18.06.65 e o Decreto nº 57.690, de 01.02.66, que lhe aprovou a regulamentação, incorrem em patente inconstitucionalidade ao impedirem que, em relações privadas de estrito interesse das partes, anunciantes e veículos de divulgação contratem livremente o preço da publicidade, inclusive em termos de abatimentos, percentuais de descontos ou comissões e que, dessarte, concertem com agências e agenciadores de propaganda, segundo as recíprocas conveniências.

Lei alguma e muito menos qualquer decreto podem reservar a captação de porcentual incidente sobre negócio de terceiros em prol de agências ou agenciadores de publicidade, obstando que dito porcentual seja colhido por anunciantes ou a eles repassado no todo ou em parte por agências e agenciadores de propaganda.

Disposições desta ordem colidem à força aberta com o art. 1º, IV e 170 “caput” da Constituição (“livre iniciativa”), com o art. 5º caput e inciso I (“princípio da igualdade”) com os incisos XIII do mesmo artigo (“princípio da liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão”) e XLI (“proibição de discriminações em relação a direitos e liberdades fundamentais”), com o parágrafo único do art. 170 (“liberdade de exercício de atividade econômica”) e com o inciso IV do sobredito artigo 170 (“livre concorrência”), conforme exposto ao longo este parecer.

— III —

Não é exato que o porcentual a ser pago pelos veículos de divulgação a agências e agenciadores de publicidade, a título de des-

conto ou comissão, necessariamente tenha de ser calculado à razão de 20% (vinte por cento) sobre o valor do negócio travado entre cliente e veículo.

O fato do art. 17 da lei nº 4.680 e 7º de seu regulamento haverem determinado que a atividade publicitária reger-se-á pelos princípios e normas estabelecidos no “Código de Ética dos Profissionais de Propaganda”, aprovado no I Congresso Brasileiro de Propaganda, em nada interfere com o tema da fixação do percentual que os veículos de divulgação pagam a agências e agenciadores de propaganda.

Referida lei e seu decreto regulamentar — posteriores evidentemente ao Congresso mencionado — prescrevem, ambos no respectivo artigo 11, que a comissão e o desconto “*serão fixados pelos veículos de divulgação sobre os preços estabelecidos em tabela*”. Nenhuma dúvida cabe quanto a isto. Se coubesse, o próprio tempo verbal (futuro) utilizado na lei e no decreto (“serão”) deixaria claro que não se tomava em conta situação passada ou presente. De resto, o Código de Ética, que foi encampado pela lei, nada dispôs sobre a fixação do sobredito porcentual.

A menção a 20% (vinte por cento) aparece é na Cláusula III, “a”, das Normas-Padrão, estabelecidas pela Associação Brasileira de Agências de Propaganda. Ali, igualmente, não se pretendeu, nem seria possível pretender, fixar porcentual algum obrigatório para terceiros. Os 20% (vinte por cento) aludidos são mencionados como a comissão que “*é concedida*” pelos veículos de divulgação e não como “*devida*”. Acresce que a Lei nº 4.680 não encampou Norma-Padrão alguma.

O regulamento aprovado pelo Decreto nº 57.690 é que, em seu art. 7º, menciona as Normas-Padrão. Com isto — diga-se de passagem — incide em inconstitucionalidade, por desbordar dos limites da lei que veio regulamentar, ao haver ambicionado criar obrigações que a lei não criou. Sem embargo, a referência por ele feita a tais “Normas” é irrelevante para o presente tópico, vez que a elas se reportou tendo em vista a relação anunciante-agência e não relação agência-

veículo de divulgação, que é onde se poria o tema dos pré-falados 20% (vinte por cento).

Assim, à face da Lei 4.680 e do regulamento aprovado pelo Decreto 57.690, os órgãos de divulgação são livres para fixarem o porcentual em causa na grandeza que melhor lhes apeteça.

Derradeiramente, e em sintonia com a resposta à segunda indagação da Consulta, cumpre dizer que mesmo se houvesse na própria lei, no decreto, no Código de Ética, ou em Norma-Padrão, algum porcentual fixado, com pretensões de ser impositivo para os veículos de divulgação, tal regramento seria inconstitucional, pelos motivos expostos e desenvolvidos no curso deste parecer.

— IV —

O art. 11 da Lei nº 4.680 limitou-se a dispor que os veículos de divulgação fixarão um *desconto ou comissão*, para as agências e agenciadores de propaganda sobre os preços estabelecidos em tabela. Já o artigo 14 do decreto estabeleceu que tal tabela será pública e a mesma *“para todos os compradores, em igualdade de condições...”*. Também o Código de Ética, absorvido pela lei, estatuiu em sua cláusula 10 que *“a tabela de preços dos veículos é pública e igual para todos os compradores, dentro de iguais condições...”*

Segue-se que compradores em *situações diferentes*, isto é, não iguais, podem beneficiar-se de preços diversos, o que significa que é cabível a existência de variações na tabela, em função da variação de condições dos anunciantes. Assim, *mesmo em face do decreto e do “Código de Ética”* (ou seja, presumindo-se que as disposições em causa constantes da lei e do decreto fossem constitucionais e que as do Código de Ética também o fossem em relação a terceiros — e já se viu que não o são), os anunciantes que comprem maior quantidade de espaço ou de tempo, cujos volumes de gasto são maiores, podem ser bene-

ficiários de preços mais vantajosos. Basta que a tabela de cada veículo de divulgação contemple, em seu bojo, variações de preço em função do fator aludido.

Não se imagine que a cláusula nº 22 do Código de Ética se oporia a tanto. De acordo com ela, acoima-se de imoral a alegação do volume de verbas de propaganda para conseguir vantagens *“não obtidas por outrem, em igualdade de condições”*. Donde, se a tabela contemplar ditas variações, as vantagens em tela serão *obtidas* por outrém; é dizer: não ensejariam um favorecimento particular, que é o proibido, tendo em vista que o que se quis aí foi um tratamento isonômico, não-casuístico. Logo, perante tal cláusula, *condições diferentes* ensejam tratamentos diferentes, desde que tais diferenças de tratamento sejam *uniformemente* aplicadas. Em outras palavras: desde que a tabela apresente as variações aludidas.

— V —

Se fossem constitucionais as restrições constantes da Lei nº 4.680 e de seu regulamento, no Brasil não poderia existir nenhum *“bureau de mídia”* que comprasse espaços por preços diferentes dos de tabela ou que os revendesse por igual procedimento, pois, conforme visto, as regras estabelecidas nos diplomas em apreço são extremamente rígidas quanto a isto e quanto aos beneficiários de comissões ou descontos. À face delas, pois, os procedimentos relatados na indagação seriam ilícitos. Entretanto, uma vez que ditas normas são inconstitucionais, conforme reiteradamente foi dito, não teria bom fomento jurídico objetar a existência de algum *“bureau de mídia”* ou a criação de novos.

É o meu parecer.

São Paulo, 29 de janeiro de 1996.

Celso Antônio Bandeira de Mello

OAB/SP: 11.199