



**iab.**brasil



## **ESTUDO SOBRE O IMPACTO DE NOVAS TECNOLOGIAS E NEGÓCIO INOVADORES PARA O MODELO REGULATÓRIO DA PUBLICIDADE NO BRASIL**

**2019**

**ASSOCIAÇÃO DE MÍDIA INTERATIVA  
("IAB BRASIL")**

**Presidente**

Ana Moises

**Diretora Executiva**

Cristiane Camargo

o presente estudo foi comissionado pelo IAB Brasil e preparado pelo escritório Baptista Luz Advogados, com o objetivo de analisar o impacto das novas tecnologias de mídia e de negócios inovadores de comunicação para o modelo regulatório da publicidade no Brasil. O objetivo deste estudo é esclarecer:

- (i) como funciona a estrutura regulatória e autorregulatória da publicidade no Brasil, de que forma os principais atores do mercado estão compreendidos nessa estrutura e de que maneira o modelo brasileiro destaca-se no cenário internacional;
- (ii) quais são as principais tecnologias e os modelos de negócio inovadores que têm impactado as relações comerciais no setor privado e as contratações de publicidade no setor público, e de que forma esses fatores contribuem à exaustão dos conceitos previstos no modelo regulatório e autorregulatório atual; e
- (iii) a apresentação de possíveis caminhos e soluções para a modernização das relações privadas e públicas envolvendo a publicidade no Brasil, seja através das atuais normas, seja por meio de futuras iniciativas legislativas e autorregulatórias.

Tendo em vista que o modelo regulatório brasileiro baseia-se principalmente em leis e códigos de autorregulação criados muito antes do advento das novas tecnologias e dos modelos de negócio que hoje possuem papel importante no

setor, parece-nos que há incoerências na legislação contrárias a princípios constitucionais relacionados à ordem econômica – como a livre concorrência, defesa do consumidor e tratamento favorecido a empresas de pequeno porte – e princípios da administração pública, como a eficiência e a economicidade. Ainda que haja mecanismos previstos em leis mais recentes (notadamente, a Lei 12.232/10) que endereçam parcialmente algumas dessas preocupações, parece-nos que há espaço e demanda para a construção de um cenário regulatório e autorregulatório mais alinhado com a nova estrutura do mercado de publicidade, observando a Constituição Federal de 1988, o Marco Civil da Internet e a Lei 13.874/19 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica).

### **Sobre os autores**

**Pedro H. Ramos.** Sócio do Baptista Luz Advogados. Graduado pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito e Desenvolvimento Econômico e Social pela Fundação Getúlio Vargas, especialista pela *University of Southern California* e pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais. Foi pesquisador associado do InternetLab e professor visitante da *Stanford Law School*, onde desenvolveu trabalhos sobre internet e telecomunicações. Também foi professor convidado na Universidade de São Paulo, *London School of Economics* e *Cornell Law School*. Entre 2015 e 2016, foi consultor do Ministério da Justiça na elaboração do Decreto 8.771/16, que regulamentou o Marco Civil da Internet, e atualmente é membro do Subcomitê “Ambiente Normativo de Startups” do Comitê Interministerial para a Transformação Digital, instituído pelo Decreto 9.319/18. É coordenador de pesquisa do Grupo Dínamo e conselheiro da Associação Brasileira de Startups e do Internet Advertising Bureau Brasil. É autor dos livros “Neutralidade da Rede: a regulação da arquitetura da internet no Brasil” (Ed. IASP) e “Ambiente Regulatório: Manual de Boas Práticas em Políticas Públicas de Apoio a Startups” (Dínamo, em co-autoria com Felipe Matos).

**Andressa Bizutti Andrade.** Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Mestranda no Departamento de Direito Comercial da USP. Monitora do curso de graduação na USP e professora do IAB Brasil no curso sobre contratação de “Influenciadores Digitais”. Foi integrante de atividades de extensão como o grupo de pesquisa “Governança Corporativa em Estruturas Empresariais Tributárias” e o “Núcleo de Direito, Internet e Sociedade” da Faculdade de Direito da USP. Desde 2014, Andressa vem desenvolvendo estudos sobre arquitetura de rede, especialmente relacionados a temas como neutralidade da rede, serviços OTT, regulações do setor de vídeo sob demanda e audiovisual.

**Fernanda Foizer Canevari.** Graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, *visiting student* na *Université Pierre-Mendès*, França, e Pós-Graduada na Fundação Getúlio Vargas em Propriedade Intelectual e Novos Negócios.



## / SUMÁRIO EXECUTIVO

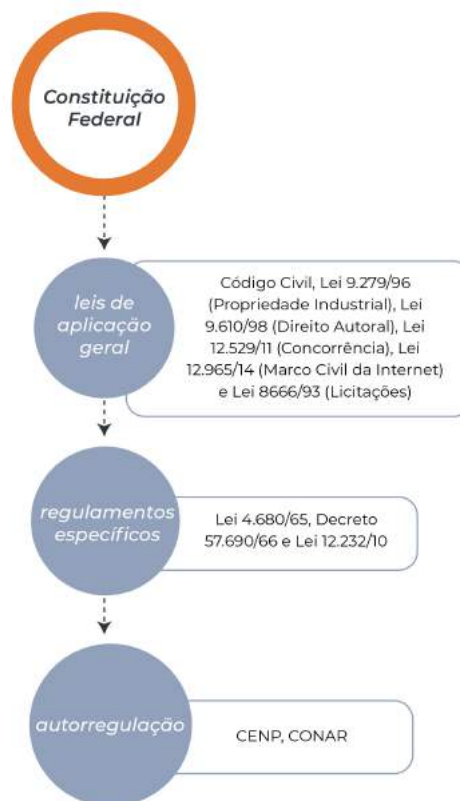
- (i) com a evolução do mercado e o impacto das novas tecnologias, a Lei 4.680/65, que serve como base para a estrutura regulatória e autorregulatória brasileira do setor publicitário, **não atende mais aos princípios da Constituição Federal de 1988 e não responde adequadamente às demandas sociais surgidas a partir dos anos 2010;**
- (ii) com efeito, certas regras criadas em decretos e códigos de autorregulação posteriores a 1965 também têm perdido importância e produzido **contradições que prejudicam o desenvolvimento do setor**, a eficiência das relações privadas e as contratações do setor público;
- (iii) além disso, observa-se que o modelo regulatório brasileiro tornou-se **desatualizado em relação a outros países referência no setor de publicidade**, comprometendo a competitividade do Brasil nessa indústria;
- (iv) alguns mecanismos previstos em legislações mais recentes, como o instituto de **“formas inovadoras de comunicação”** previsto na Lei 12.232/10, endereçam algumas das preocupações surgidas a partir dos anos 2010;
- (v) outras legislações recentes como o Marco Civil da Internet e a Lei da Liberdade Econômica buscaram modernizar o ambiente de negócios para a economia digital e trazem previsões mais atualizadas e coerentes com as demandas sociais da atualidade, apontando **caminhos necessários para uma interpretação estrutural e finalística mais coerente com o modelo regulatório da publicidade brasileira;** e
- (vi) não obstante, é **necessário que o Poder Executivo e Poder Legislativo atuem para a modernização desse arcabouço regulatório**, e que associações do setor de publicidade digital possam contribuir para o desenvolvimento de boas práticas e diretrizes para a autorregulação do setor.



## / INTRODUÇÃO: O MODELO REGULATÓRIO DA PUBLICIDADE BRASILEIRA

Embora existam evidências de que a atividade publicitária já existia na Antiguidade, foi a partir do século XIX, com a Revolução Industrial, que a publicidade moderna começou a se construir<sup>1</sup>, baseada em uma importante função social de informar a população sobre produtos, nivelando a concorrência e aumentando o conhecimento sobre a oferta. Ainda no século XIX, começam a surgir os primeiros profissionais dedicados à atividade publicitária, os agentes de publicidade<sup>2</sup>, tendência que cresceu no século XX a partir de inovações como o rádio e, posteriormente, a televisão. No Brasil, as grandes discussões regulatórias sobre a publicidade começam a partir dos anos 1960, criando as bases para o que entendemos como o **modelo regulatório da publicidade brasileira**.

**Gráfico 1. Modelo Regulatório da Publicidade Brasileira**



<sup>1</sup> Ref. S. Ewen, *Captains of Consciousness: Advertising and the Social Roots of the Consumer Culture*, McGraw-Hill, New-York 1976.

<sup>2</sup> “*The first company providing advertising services, that is, an advertising agency, is said to be that of Volney B. Palmer. It opened its doors in Philadelphia in 1842, describing itself as “the duly authorized agent of most of the best newspaper of all the cities and provincial towns in the US and Canada, for which he is daily receiving advertisements and subscriptions”.* T. Douglas, *The Complete Guide to Advertising*, Chartwell, New Jersey 1984.

## A LEI 4.680/65

A Lei 4.680/65 foi a primeira regulação deste mercado, que crescia exponencialmente desde os anos 1950 com o surgimento da televisão. Proposta em 1961<sup>3</sup> pelo então deputado Almino Affonso, que fazia parte da base aliada do então presidente João Goulart e que foi futuramente Ministro do Trabalho de seu governo, teve como um dos principais motivadores a regulamentação da profissão de publicitário. Com o golpe militar, o projeto ficou parado no Congresso, mas foi retomado em 1965 pelo então Ministro do Trabalho Walter Peracchi Bastos, sindicatos e associações da categoria<sup>4</sup>.

**A lei surge, então, em um contexto histórico de ascensão de novos meios de comunicação (televisão), consolidação de uma nova categoria profissional e regulamentação de suas atividades.** Entre os principais conceitos da lei, destacamos<sup>5</sup>:

- (i) **definições:** a lei cria algumas definições, como *publicitários, agenciadores de propaganda, agência de propaganda e veículos de divulgação*. Destaca-se, neste tema, duas definições:
  - a. na **definição de agência**, o então presidente Castello Branco vetou o trecho que obrigava agências a serem “*independente de controle financeiro de qualquer anunciante ou veículo de divulgação*”<sup>6</sup>; embora essa limitação tenha sido adotada na autorregulamentação futura<sup>7</sup>, o veto já demonstra um **compromisso com o caráter de livre iniciativa do mercado**, e que ressurge com força a partir dos anos 2000, como veremos adiante<sup>8</sup>;
  - b. na **definição de veículo**, foi incluído um complemento nominal, estabelecendo que os veículos devem ser “*reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, assim considerados as associações civis locais e regionais de propaganda bem como os sindicatos de publicitários*”<sup>9</sup>. Importante notar que este complemento, coerente

<sup>3</sup> Lei n. 4.680, DE 18 DE JUNHO DE 1965. Disponível em: <https://tinyurl.com/y2u8obxq>.

<sup>4</sup> <https://tinyurl.com/y22vj7jl>.

<sup>5</sup> Os pontos abaixo destacados foram selecionados pela importância que terão na discussão que traremos nas próximas páginas, e não necessariamente buscam abordar todos os pontos da lei.

<sup>6</sup> MENSAGEM Nº 424-65 de H. Castello Branco ao Senado Federal. Disponível em: <https://tinyurl.com/yyjlqjzt>.

<sup>7</sup> Normas-Padrão, item 6.5.

<sup>8</sup> Importante, nesse sentido, a leitura da justificativa do veto pelo então presidente Castello Branco: “*o projeto em exame enseja a criação, através desse artigo, de um monopólio das empresas de propaganda organizadas em forma de sociedade, proibindo que qualquer empresa que usa dos veículos publicitários possa ser proprietária, sócia ou interessada em qualquer agência de publicidade. Ora, muitas grandes empresas industriais e comerciais, em razão de sua própria estrutura, têm organizados os seus próprios departamentos de propaganda, dotados de especialistas nos mais diversos ramos de ordem publicitária. Nessas condições, mantém contatos diretos com os órgãos de divulgação da propaganda em todas as suas formas*”. Íntegra disponível em: <https://tinyurl.com/yyjlqjzt>.

<sup>9</sup> Importante notar que este complemento, coerente com a influência de sindicatos e associações na elaboração da lei, **torna-se atualmente um potencial fator de limitação da atividade publicitária**, na medida em que atribuiu



com a influência de sindicatos e associações na elaboração da lei, **tornou-se um fator de limitação da atividade publicitária**, na medida em que atribuiu uma espécie de *poder legal* para entidades privadas definirem quem seria ou não considerado veículo; na medida em que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a livre iniciativa como um de seus fundamentos<sup>10</sup>, este complemento passou a perder sentido dentro da nova ordem constitucional.

- (ii) **desconto**: com a evolução histórica dos agenciadores de publicidade para as agências modernas, fortaleceu-se à época o conceito de que parte importante da remuneração das agências seria o **desconto oferecido por veículos pela indicação de seus espaços publicitários a anunciantes**; neste caso, a redação da lei não estabeleceu necessariamente uma *obrigação* dos veículos em conceder esse desconto, e nem estabeleceu que essa remuneração seria a *única* possível para agências (já que não há redação exaustiva nesse aspecto), mas estabeleceu que, caso o desconto seja adotado, esse desconto deve obedecer a determinadas regras, como a apresentação de uma *tabela* pelos veículos e a vedação de redução do valor do desconto em caso de inadimplemento do anunciante<sup>11</sup>.

Um ano após a publicação da Lei 4.680/65, o presidente Castello Branco aprovou seu regulamento, o Decreto 57.690/66. Entre as disposições específicas desse Decreto, destacamos uma inovação: o Decreto extrapolou o texto legal ao estabelecer em seu art. 14 ao que as tabelas dos veículos devem ser *públicas*, a despeito desta disposição potencialmente ferir o princípio da legalidade<sup>12</sup>.

A leitura da Lei 4.680/65 e seu Decreto regulamentador mostram um **cenário político, econômico e institucional muito diferente da realidade social atual** e, para além da influência dos sindicatos e associações, um dos motivadores da regulação foi a **consolidação de uma nova tecnologia (televisão), que impulsionou um mercado e consolidou uma profissão**. Evidente, as mudanças tecnológicas surgidas a partir dos anos 2000 ressignificaram muito esse cenário, mas há evidências de que essa estrutura passou a ser questionada antes, a partir dos anos 1990, como veremos adiante.

---

a entidades privadas definirem quem seria ou não considerado veículo. A nosso ver, na medida em que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a livre iniciativa como um de seus fundamentos (que não era previsto como fundamento na Constituição de 1946), este complemento passou a perder sentido dentro da nova ordem constitucional.

<sup>10</sup> Constituição Federal, art. 1º, IV.

<sup>11</sup> Lei 4.680/65, art. 11.

<sup>12</sup> Pelo princípio da legalidade, uma lei somente pode ser alterada por outra lei, e jamais por um decreto ou ato hierarquicamente inferior. As funções de um decreto são limitadas a (i) facilitar a execução da lei, afastando dúvidas de interpretação (neste caso, sem força obrigatória, já que a função interpretativa é prerrogativa do Poder Judiciário), (ii) especificar a lei, de modo que a torne praticável, sem inovar ou criar obrigações adicionais, e (iii) acomodar o aparelho administrativo para fiscalizar e aplicar a lei.

## O SURGIMENTO DO CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO

Com a política de abertura comercial do Governo Collor, implantação do Plano Real e início da expansão da televisão por assinatura no país, o modelo regulatório pensado para a publicidade nos anos 1960 começou a dar sinais de desgaste. Em 1994, uma pesquisa divulgada pelo Meio & Mensagem já mostrava que só 14% dos anunciantes aprovavam a forma tradicional de remuneração, praticada por apenas 49% deles, àquela altura<sup>13</sup>. Os sinais de desgaste pareciam afetar inclusive práticas comerciais que vinham sendo adotadas desde os anos 1960, como percentuais de referência de mercado para a remuneração sobre a veiculação e sobre os serviços de produção<sup>14</sup>.

Em 1996, algumas empresas estatais, como a Petrobras, passaram a questionar o desconto de 20% recebido pelas agências sobre os valores de veiculação<sup>15</sup>, desencadeando uma série de reações, como a edição do Decreto 2.262/97, o qual revogou parte do Decreto 57.690/66 que detalhava as formas de remuneração de agências e veículos<sup>16</sup>. Como resposta, associações do setor movimentaram-se para a criação de um órgão para defender e representar diferentes atores do mercado. Surge, assim, o Conselho Executivo das Normas Padrão (“CENP”), criado em dezembro de 1998, tendo como entidades fundadoras algumas das principais associações da indústria<sup>17</sup> e que, no ato de sua criação, publicou a primeira versão das Normas-Padrão da Atividade Publicitária (“Normas Padrão”), espécie de código de conduta para normatizar práticas comerciais entre agências, veículos e anunciantes.

<sup>13</sup> Meio & Mensagem, no 632, nov. 1994.

<sup>14</sup> “Essa pressão dos anunciantes podia expandir-se livremente no vácuo deixado pela inoperância da Lei 4.680, que, na prática, significou a desregulação do setor. Na verdade, desde o início dos anos 1990, a comissão de 20% sobre os custos de veiculação e de 15% sobre os de produção já não era prática corrente. As agências repassavam aos anunciantes parte do desconto de 20% sobre o preço de tabela do espaço publicitário, concedido pelos veículos. Neste esquema, a manutenção meramente formal da Lei 4.680 servia sobretudo para preservar a rentabilidade das agências no atendimento ao governo e às estatais, já que estes trabalham com licitações públicas, que, em princípio, precisam obedecer à legislação vigente”. In ROCHA, Maria Eduarda da Mota. *A nova retórica do grande capital: a publicidade brasileira entre o neoliberalismo e a democratização*. Revista Comunicação, Mídia e Consumo. ESPM, São Paulo, 2008.

<sup>14</sup> Propaganda, n. 571, jan. 1999

<sup>15</sup> Propaganda, n. 571, jan. 1999.

<sup>16</sup> O trecho revogado foi o seguinte: “§ 1º Comissão é a retribuição, pelo Veículo de Divulgação, do trabalho profissional do Agenciador de Propaganda, sendo vedada sua transferência, mesmo parcial, para o anunciante; § 2º Desconto é o abatimento concedido pelo Veículo de Divulgação como estímulo à Agência de Propaganda, que dele não poderá utilizar-se para rebaixa dos preços de tabela; § 3º Nenhuma Comissão ou desconto será concedido sobre a propaganda encaminhada diretamente ao Veículo de Divulgação, por qualquer pessoa física ou jurídica que não se classifique como Agenciador de Propaganda ou Agência, definidos no presente Regulamento”. Importante destacar que o Decreto revogador foi, ele próprio, posteriormente revogado pelo Decreto 4.563/02.

<sup>17</sup> São entidades fundadoras: ABAP – Associação Brasileira das Agências de Publicidade; FENAPRO – Federação Nacional das Agências de Propaganda e os Veículos de Comunicação; ANJ – Associação Nacional de Jornais; ANER – Associação Nacional dos Editores de Revistas; ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão; ABTA – Associação Brasileira de Televisão; ABA – Associação Brasileira dos Anunciantes; e Central de Outdoor.





Além das entidades fundadoras, o CENP passou a cadastrar veículos e certificar agências, devendo estes, para fazerem parte do CENP, aderirem a uma série de exigências regimentais e às próprias Normas-Padrão. Atualmente, em setembro de 2019, o CENP possui cerca de 16 grupos de comunicação cadastrados como veículos associados: Globo (incluindo Rede Globo, Editora Globo, Infoglobo e Globosat), SBT, TV Record, Grupo Bandeirantes, Grupo Folha, Estadão, Grupo RBS, Abril, Rádio Itatiaia, Rádio Comunicação FM Stereo Ltda., Concourse Telecomunicações Brasil Ltda., CIPA, Center Publicidade e Editores Capixabas Associados<sup>18</sup>.

Ao aderirem ao CENP, esses veículos comprometeram-se a veicular anúncios encaminhados somente por agências de publicidade reconhecidas pelo CENP, e que recebem o certificado de qualidade técnica da entidade<sup>19</sup>. Destarte, o CENP buscou garantir que somente agências que seguissem às Normas-Padrão pudessem veicular nos 16 grupos de comunicação associados, o que levou a uma certa normatização do mercado a partir das boas práticas previstas nessas Normas-Padrão.

No setor de compras públicas, esses movimentos de mercado tiveram importante impacto. Nos anos de 1999 e 2000, quando operou em caráter experimental, foi reportado que o CENP recebeu apenas duas denúncias, ambas envolvendo licitações públicas<sup>20</sup>. Além disso, houve a inclusão, em 31 de dezembro de 2002 (último dia de mandato do então presidente FHC), de uma menção ao CENP na redação do Decreto 57.690/66, incluindo a entidade como referência para contratação de agências, indicando que as regras desta entidade *podem* ser adotadas como boas-práticas para a contratação no setor privado – mas sem necessariamente se impor como uma obrigação legal<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Em seu site, o CENP reporta possuir 242 veículos associados. Todavia, 132 desses são emissoras filiadas do Grupo Globo, 91 empresas do grupo SBT e 3 do grupo RBS.

<sup>19</sup> Segundo informação obtida no site do CENP em setembro de 2019, existem cerca de 1.286 agências certificadas. Há uma grande dificuldade em estabelecer a representatividade desse número frente ao total de agências de publicidade no Brasil, especialmente por conta da ausência de dados atualizados. A última pesquisa disponibilizada pela Fenapro é de 2014 (<https://tinyurl.com/yvuq57r5>), e apontava para 17.401 agências. Utilizando essa referência, o CENP possui como certificadas pouco mais de 7% das agências brasileiras, mas esse número tende a ser menor por conta do aumento no número de agências de publicidade nos últimos cinco anos.

<sup>20</sup> Meio & Mensagem, n. 943, jan. 2001.

<sup>21</sup> Para este estudo, não há dúvidas de que a menção do CENP no Decreto 57.690/66 é somente uma referência a boas práticas *exclusivamente* no que tange à remuneração de agências (ou seja, *somente* os itens 3.4 a 3.6, 3.10 e 3.11 das Normas-Padrão), mas de maneira alguma deve ser entendido como uma obrigação legal. Em nível gramatical, a palavra *referência* significa uma recomendação, um modelo a ser seguido, mas não se confunde com qualquer verbo ou substantivo tipicamente utilizado na legislação para remeter a uma *obrigação legal* (caso fosse essa a intenção, o legislador usaria, por exemplo, o verbo *dever*). Em nível sistemático, não faria o menor sentido o legislador delegar o Poder Executivo para uma entidade privada, sem qualquer autorização do Poder Legislativo para tanto (o que feriria o princípio da legalidade) e nem qualquer tipo de controle ou ingerência nessa entidade privada. Em uma interpretação histórica, também não faria sentido que o Poder Executivo outorgasse tamanha influência a uma associação representativa com pouco menos de quatro anos de existência, e cujo modelo autorregulatório, à época, ainda estava se provando. Finalmente, em nível teleológico e axiológico, não parece que essa obrigatoriedade atenderia a fins sociais e exigências do bem comum, na medida em que, novamente, atribuiria

**A adesão às Normas-Padrão do CENP é voluntária**, até porque a própria Constituição Federal garante que ninguém é obrigado a ser associado a uma determinada entidade<sup>22</sup>. Ainda, com o advento das novas tecnologias, a evolução do mercado de publicidade e a baixa adesão de novos veículos ao CENP reduziu a aplicação das Normas-Padrão. As referências percentuais de desconto-padrão e as comissões de produção adotadas pelas Normas-Padrão possuem, notadamente, baixa aplicação no mercado<sup>23</sup>, o que fez surgir uma série de novos atores que operam no setor sem a necessidade de obter qualquer tipo de autorização meramente formal para terem sucesso. Ainda, não é incomum, no mercado privado, que mesmo veículos associados aceitem receber publicidade de agências não-certificadas pelo CENP<sup>24</sup>, criando uma certa artificialidade das Normas-Padrão.

Esses fatores, a nosso ver, explicariam a baixa adesão às Normas-Padrão não só por outros veículos, mas também pelos novos atores do mercado de publicidade moderno. Na medida em que a natureza jurídica de uma *autorregulação* possui como principal fundamento a **autonomia privada**, isto é, a **adesão de empresas às regras de uma autorregulação de forma livre e voluntária** e, a partir do momento em que as condições da autorregulação não oferecem a garantia de que seus efeitos serão utilizados em benefício da pluralidade, e os interesses de incumbentes possam se sobrepor à promoção da indústria como um todo, não há incentivo econômico para adesão.

A natureza global da publicidade moderna, com agências de publicidade, veículos e anunciantes sendo parte de grupos multinacionais e que realizam intenso comércio internacional, é também um fator que pressiona a adoção de regras rígidas de conduta comercial entre os atores da publicidade brasileira. Ocorre, todavia, que a autorregulação de práticas de mercado, e mesmo a sua regulação, é uma prática incomum em outras jurisdições.

#### **A AUTORREGULAÇÃO DAS PRÁTICAS COMERCIAIS DA PUBLICIDADE NO CENÁRIO INTERNACIONAL**

Em regra, as principais regulações sobre publicidade em outros países visam proteger os consumidores e garantir boas práticas sobre o conteúdo da mensagem publicitária, afastando, dessa forma, a atuação de entidades nas relações comerciais entre os agentes do mercado publicitário, em que a livre iniciativa e concorrência parecem ser fatores mais determinantes.

um enorme poder de influência acima dos preceitos constitucionais da livre iniciativa, liberdade de associação, direito de não ser obrigado a se associar e livre concorrência.

<sup>22</sup> Constituição Federal, art. 5º, XX: “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

<sup>23</sup> Durante a pesquisa, nosso escritório entrou em contato com diretores e gerentes financeiros de agências de publicidade, cadastradas pelo CENP, para validar essa informação. Nas conversas, a totalidade dos entrevistados afirmou que o percentual de 15% sobre custos de produção não é adotado como regra pelo mercado, e o percentual de 20% do desconto-padrão é adotado somente nos veículos associados ao CENP, não havendo, em regra, adoção deste percentual de referência por outros veículos não associados.

<sup>24</sup> Essa informação também foi validada através das entrevistas acima citadas, além de conversas com profissionais de agências não-certificadas.

Alguns exemplos fundamentam essa conclusão. Nos EUA, os principais órgãos responsáveis pela fiscalização da área publicitária, FTC (*Federal Trade Commission*), ASRC (*Advertising Self-Regulatory Council*), FCC (*Federal Communications Commission*) e 4A's (*American Association of Advertising Agencies*) buscam diminuir a intervenção governamental do setor, promovendo a prevenção de práticas antiéticas a fim de proteger os consumidores. No Reino Unido, as diretrizes publicitárias são fornecidas pelo "CAP Code", código com regras gerais que delimitam a atuação da publicidade. Para estabelecer esses parâmetros, o "CAP Code" conta com o "Committee of Advertising Practice", comitê composto por representantes de anunciantes, agências, empresas de mídia e outros grupos da indústria. Na França, a ARPP (*Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité*) normatiza regras éticas, realizando o controle dessas práticas.

Logo, parece-nos que, em outros países, órgãos estatais ou de autorregulação agem, prioritariamente, na fiscalização do conteúdo das mensagens, e há pouca ou nenhuma autorregulação voltada para as relações comerciais.

## A LEI 12.232/10 E NOVOS CAMINHOS PARA A INOVAÇÃO REGULATÓRIA NO SETOR

Importante também tratarmos de como funcionam as compras de publicidade pelo setor público, já que esta modalidade também importa uma parcela importante da receita da indústria, e também porque sua regulamentação aponta para um caminho inteligente para novos estudos e direcionamentos legislativos sobre o setor.

Em 2008, uma proposta de regulamentação do tema foi apresentada pelo então deputado José Eduardo Cardoso. O projeto apresentava, desde sua redação original<sup>25</sup>, o conceito de que as compras públicas da União, Estados, Distrito Federal e Município seriam feitas sempre por meio de agências de publicidade e que, para atingir os objetivos da contratação, à agência é facultada a contratação, por conta e ordem dos anunciantes, dos seguintes serviços<sup>26</sup>:

- (i) **veículos e demais meios de divulgação**: a redação não fez referência estrita ao conceito de "veículo de divulgação" (possivelmente porque o legislador também entendeu que a limitação da Lei 4.680/65 era engessante<sup>27</sup>) mas também abriu espaço para **outros meios de divulgação**, e que podem eventualmente não se encaixar na definição legal de 1965;

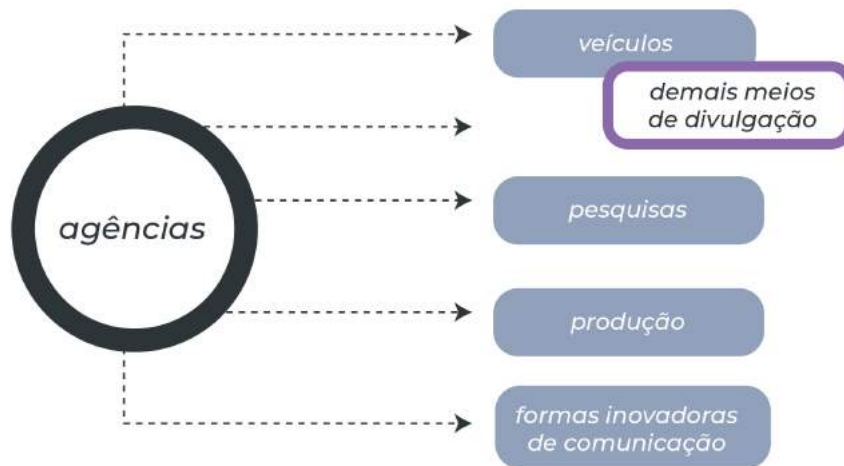
<sup>25</sup> <https://tinyurl.com/yyvea8lg>. Importante notar que, no projeto original, o CENP era reconhecido como única "entidade fiscalizadora e certificadora", sendo que essa condição foi alterada ao longo das discussões do projeto para também englobar "outras entidades equivalentes", também abrindo espaço para inovações nessa área.

<sup>26</sup> Art. 2º, Lei 12.232/10. O modelo assemelha-se, muito, ao modelo na iniciativa privada. Ainda que anunciantes possam contratar determinados serviços diretamente, a agência continua com uma grande importância na cadeia.

<sup>27</sup> É importante citar que o art. 1º, § 2º da Lei 12.232/10 cita expressamente que a lei 4.680/65, em conjunto com a lei 8.666/3 (Lei de Licitações), é uma norma complementar. A utilização da locução verba "de forma complementar" parece-nos claro que há uma intenção de que a lei principal a ser seguida às contratações públicas é a Lei 12.232/10, sendo a Lei 4.680/65 a norma que serve somente para preencher eventuais lacunas.

- (ii) **planejamento e execução de pesquisas** e de outros instrumentos de avaliação e de geração de conhecimento sobre o mercado;
- (iii) **produção e execução técnica** das peças e projetos publicitários criados, este item abrangendo serviços de produção gráfica, audiovisual e de eventos, entre outros; e
- (iv) **criação e desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária**, em consonância com novas tecnologias, visando à expansão dos efeitos das mensagens e das ações publicitárias:

**Gráfico 2. Estrutura de Contratação segundo a Lei 12.232/10**



A menção a *outros meios de divulgação* e *formas inovadoras de comunicação publicitária* são, em conjunto, dois dos itens mais interessantes da Lei 12.232/10, e não seria exagero afirmar que se trata de uma das grandes inovações legislativas brasileiras dos últimos dez anos.

A Lei 12.232/10 foi gestada no final do 2º governo Lula, período em que se iniciou, no âmbito da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, as consultas públicas sobre o Marco Civil da Internet. Havia, neste período, dentro do governo federal, a influência de autores que defendiam uma *moldura aberta* para novas leis e decretos, que pudesse acomodar novos modelos de negócio e não fizesse menção a uma tecnologia ou modelo específico, evitando assim criar situações de rigidez que poderiam ou impedir a inovação tecnológica, ou caducar rapidamente<sup>28</sup>. Essa visão permitia uma interpretação hermenêutica flexível, abrindo espaço para que o operador do Direito pudesse aplicar essa *moldura geral* a diversos casos e tecnologias diferentes.

<sup>28</sup> RAMOS, P. H. S., *Neutralidade da Rede: a regulação da arquitetura da internet no Brasil*. Ed. IASP, São Paulo, 2018.

Esse modelo inovador de técnica legislativa foi consagrado em 2014 com a publicação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14)<sup>29</sup>, mas é interessante ver que, quatro anos antes dessa norma, a Lei 12.232/10 já trazia essa abordagem inovadora. Ao permitir que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios pudessem, por meio de agências de publicidade, contratar novas tecnologias, plataformas e modelos de negócio, a Lei 12.232/10 viabilizou que a Administração Pública pudesse encontrar formas inovadoras para atingir o objetivo contratação: disseminar a mensagem publicitária em observância aos princípios da moralidade, eficiência e economicidade<sup>30</sup>.

**Gráfico 3. Linha do Tempo da Regulação da Publicidade no Brasil**



<sup>29</sup> Em especial o disposto no art. 3º, VIII. *Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.*

<sup>30</sup> O relatório da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público em relação à tramitação do Projeto de Lei 3.305/08 deixa explícito que essas eram preocupações do legislador: *“A constituição federal, em seu art. 37, caput, discrimina os princípios basilares que devem orientar a atuação da Administração Pública, entre os quais figuram os princípios da moralidade e da eficiência. Por outro lado, em seu art. 70, caput, o texto constitucional faz menção ao princípio da economicidade. O projeto de lei nº 3.305, de 2008, de autoria do Deputado José Eduardo Cardozo, apresenta indiscutível correlação com os princípios anteriormente mencionados. Com efeito, a proposição, em seu contexto normativo, deixa patente a busca pela eficiência do setor público, na área de licitações e contratos de publicidade, sem, contudo, abdicar da indispensável observância da moralidade no trato da coisa pública. Além disso, o aperfeiçoamento das licitações e contratos relacionados com serviços de publicidade, irá contribuir para a melhora da qualidade do gasto público nesse campo, resultando em economicidade para as fazendas estatais, com despesas menores e serviços de qualidade superior”.*

Disponível em: <https://tinyurl.com/y2ldxzfv>



## / INOVAÇÕES NO SETOR DE PUBLICIDADE COM O ADVENTO DE NOVAS TECNOLOGIAS

De que forma novas tecnologias impactam a regulação da publicidade? Como vimos no item anterior, o próprio surgimento da L 4.680/65, que é o embrião do modelo regulatório brasileiro, relaciona-se com a expansão de uma nova tecnologia que, à época, criou novos mercados, expandiu concepções e alterou o balanço econômico do setor. Ou seja, não é novidade que legislações possam e devam se adequar de acordo com o surgimento de novas tecnologias.

### DIREITO E TECNOLOGIA – UMA RELAÇÃO DISRUPTIVA

No campo do Direito, é comum a preocupação sobre os conflitos sociais gerados pelas novas tecnologias e o bloqueio normativo do Direito para responder a essas novas disputas. Esse fenômeno é descrito por acadêmicos como o momento em que as condições econômicas e do ecossistema social levam a um momento disruptivo no direito posto (*law of disruption*)<sup>31</sup>, no sentido de uma “exaustão paradigmática”, em que as categorias jurídicas não mais refletem a complexidade das instituições sociais<sup>32</sup>. Essa inadequação é, na verdade, própria da natureza do Direito: leis e regulamentos trazem o retrato de um determinado conflito anterior à sua aprovação, sendo o descompasso entre a inovação tecnológica e o tempo do processo legislativo enorme.

Mesmo leis que regulam a internet passam por um longo processo: as primeiras discussões sobre o Marco Civil da Internet começaram no Brasil em 2007, mas a sua aprovação só veio em 2014 – sete anos em que a internet brasileira se alterou drasticamente, e, mesmo depois da aprovação da legislação, novas questões já surgem para desafiar a interpretação de juízes e reguladores. Movimento semelhante observa-se na publicidade, com o advento de novas plataformas de mídia, além de novos atores como empresas de tecnologia e influenciadores digitais.

No setor de publicidade, os últimos dez anos foram marcados por inovações exponenciais, que transformaram um ecossistema de poucos atores em uma galáxia de diferentes serviços, tecnologias e alternativas para anunciantes divulgarem a sua mensagem de maneira mais eficiente, rápida, com maior qualidade e com um impacto mais positivo para consumidores. Nesta parte, trataremos um pouco dessas mudanças e como isso afeta o setor de publicidade na atualidade.

### O SURGIMENTO DA PUBLICIDADE ONLINE

A inovação no setor de publicidade, seja no campo criativo, seja no campo tecnológico, sempre foi guiada a partir de um objetivo principal: **atingir a audiência certa, com o menor custo transacional e a melhor mensagem publicitária.**

<sup>31</sup> DOWNES, Larry. *The Laws of Disruption*. Basic Books, New York, 2009.

<sup>32</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.



Uma das primeiras estratégias nesse sentido foi a **publicidade contextual**, aproveitando a segmentação entre conteúdo de determinado veículo e audiência – em jornais, por exemplo, com a inserção de anúncios de acordo com o público-alvo e o tema de determinado caderno.

Com a evolução da tecnologia, agências, anunciantes e veículos buscaram métodos mais eficientes e, como resposta a esse desafio, surgiram ferramentas cujo objetivo principal é automatizar os processos de identificação da audiência em determinado contexto e entregar uma mensagem publicitária personalizada a esse consumidor. Esse modelo, que evoluiu a partir dos anos 2000, ficou conhecido como **publicidade direcionada**, que permite a identificação das preferências da audiência e o processamento dessas informações em grandes bases de dados, de forma a segmentar a entrega de publicidade *especificamente* para aquele usuário que atende ao perfil de determinado anunciante. Ainda que esse modelo seja mais escalável em tecnologias digitais, há iniciativas de publicidade direcionada nas modalidades *out-of-home*, na televisão digital e até mesmo na televisão aberta:

- (i) em 2014, um aplicativo de restaurantes promoveu uma campanha *out of home* que utilizava dados de localização e previsão do tempo em mais de 50 monitores espalhados pela cidade de Hamburgo: se estivesse sol, os transeuntes assistiam publicidade dos restaurantes mais próximos e, caso estivesse chovendo, viam publicidade dos restaurantes que entregavam refeições naquela região via *delivery*<sup>33</sup>;
- (ii) em 2017, uma iniciativa teste nos EUA permitiu que usuários de *Smart TVs* pudessem ver *banners* de publicidade personalizados durante um programa de televisão, no rodapé da tela, sem atrapalhar a visualização do programa; caso o usuário quisesse acessar o conteúdo de determinado *banner*, o sistema da televisão automaticamente pausava o programa para continuar a visualização posteriormente<sup>34</sup>;
- (iii) desde 2019, a Rede TV utiliza sistemas de software em tempo real para oferecer inserções de mídia programática (técnica que será melhor descrita adiante) durante os intervalos de programas de televisão aberta, permitindo a anunciantes definir, em tempo real, o melhor anúncio para determinado perfil de audiência, utilizando dados de localização e por meio de preços dinâmicos<sup>35</sup>;

A publicidade direcionada traz, evidente, **mudanças paradigmáticas**. Uma delas é que as características do espaço publicitário disponibilizado perdem cada vez mais importância em precificação. Os custos passam a ser cobrados de acordo

<sup>33</sup> <https://tinyurl.com/y5uhgrdp>.

<sup>34</sup> <https://tinyurl.com/y5ua73lp>.

<sup>35</sup> <https://tinyurl.com/yxdh3s7y>. Importante destacar que a Rede TV não é associada do CENP e, logo, não está vinculada a regras mais estritas de normatização exigidas pela Normas-Padrão.

com a **eficiência na entrega para a audiência identificada**, usando parâmetros como, por exemplo, a quantidade de interações (visualização, clique ou mesmo conversão) que um consumidor teve com aquela mensagem. Isso traz um enorme retorno sobre investimento para o anunciante, que passa a pagar somente pela publicidade que realmente atinge o seu público-alvo.

É importante citar que esse modelo permitiu que surgissem novos modelos de negócio quase que inteiramente baseados na publicidade direcionada, partindo da lógica de uma disponibilização o mais ampla possível do conteúdo, preferencialmente de forma gratuita, em contrapartida a uma rentabilização pela publicidade, para que, assim, as pessoas tenham acesso a conteúdo pagando menos, ao mesmo tempo que podem acessar anúncios mais relevantes e valiosos para cada perfil.

Em outras palavras, a lógica é simples: temos hoje, graças à publicidade online, acesso a milhares de conteúdos específicos, ferramentas de mensagens, redes sociais, plataformas colaborativas de vídeo, sendo a grande maioria delas gratuita, sustentadas somente ou prioritariamente pela publicidade direcionada. Esse cenário consolida um dos pilares fundamentais da internet<sup>36</sup>, de todo um setor baseado na premissa de que o acesso a conteúdo deve ser o mais aberto, livre e democrático possível.

## PLATAFORMAS DE MÍDIA

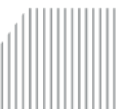
Ao analisarmos o modelo regulatório brasileiro, podemos ver que essa estrutura parte da premissa de que há três atores principais envolvidos na compra de mídia: a agência, anunciante e veículo. Todavia, o ecossistema de publicidade na atualidade é muito mais complexo, em especial pelas empresas que desenvolvem serviços e tecnologias de publicidade interativa (as "*adtechs*")<sup>37</sup>. Dentre as *adtechs*, uma das categorias que mais se destaca são as empresas que desenvolvem e licenciam tecnologias inovadoras para a distribuição de anúncios publicitários em diferentes veículos e meios de divulgação - as **Plataformas de Mídia**.

Plataformas de Mídia são empresas de tecnologia focadas em criar processos automatizados para distribuição de mensagens publicitárias a audiências previamente identificadas. São soluções de software<sup>38</sup> que distribuem mensagens

<sup>36</sup> Marco Civil da Internet, art. 2º, IV.

<sup>37</sup> A consultoria Pipeline elaborou recentemente um gráfico que mostra um pouco de como funcionam essas empresas e suas principais modalidades: Scape Report Adtech 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/y387ozqf>

<sup>38</sup> Uma análise do CNPJ/ME de 95 plataformas de mídia listadas no Scape Report mostra que somente 23% delas tem o CNAE "63.19-4-00 - Portais, provedores de conteúdo e outros serviços de informação na internet" como uma atividade principal. Vale destacar que, do ponto de vista regulatório, essa condição já impõe, por si só, importantes barreiras regulatórias. Em diversos municípios, essa condição traz um ônus tributário idêntico ou maior para essas empresas, se comparados a veículos de publicidade tradicionais (Em São Paulo, por exemplo, ambos pagam uma alíquota de 2,9% no ISS, mas no Rio de Janeiro, a inserção de publicidade possui uma alíquota de 3%,



publicitárias a mídias de divulgação e a uma infinidade de atores diferentes, que podem ser propulsores de uma certa<sup>39</sup>. Essas Plataformas de Mídia incluem, por exemplo, (i) redes de veículos (*ad networks*) que oferecem a possibilidade de um anunciante, por meio de um único pedido de inserção, ter sua publicidade potencialmente veiculada para centenas de diferentes sites e aplicativos; (ii) plataformas que analisam o perfil de usuários de *podcasts* e inserem anúncios personalizados no intervalo das transmissões, independente do meio pelo qual este ouvinte está acompanhando determinado *podcast*; e (iii) plataformas inovadoras que distribuem ordens de serviço para influenciadores digitais, e que permitem que o influenciador realize *merchandising* de determinado produto, independentemente da plataforma que é utilizada como suporte.

Em outras palavras, as **Plataformas de Mídia possuem um papel de amplificação da mensagem publicitária de uma forma que não é possível sem o uso intensivo de tecnologia e novas relações comerciais no ecossistema da indústria.**

## MÍDIA PROGRAMÁTICA E O MODELO DE LEILÃO

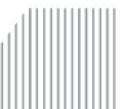
Atualmente, as principais Plataformas de Mídia utilizam de diferentes tecnologias avançadas para entrega de anúncios de forma automatizada e direcionada. Essas diferentes espécies de modelos de negócio e protocolos técnicos para compra automatizada de espaços de mídia são parte de um gênero conhecido como **mídia programática**<sup>40</sup>. Trata-se de um modelo transformador para o mercado publicitário, baseado em eficiência de custos e que ajudou o setor a ter menos

---

enquanto serviços de tecnologia são taxados a 5%). Esse ônus tributário é exponencialmente maior se levarmos em consideração que livros, jornais, periódicos e veículos que operam modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita não são obrigados a pagar ISS sobre suas atividades. Há também um ônus tributário relevante relacionado aos efeitos de bitributação na cadeia do ISS, PIS e Cofins - menos de 15% dessas empresas possui cadastros relacionados a *agenciamento* de publicidade e, pelas características inerentes à compra de mídia programática, acabam assumindo ônus tributário de outros atores da cadeia. Finalmente, outra questão importante de destacar é que a maior parte dessas Plataformas de Mídia está sujeita a regulamentações específicas que impõem um ônus regulatório importante, como a Lei Geral de Proteção de Dados, que entrará em vigor a partir de agosto de 2020.

<sup>39</sup> Importante destacar que, como *mercado de dois lados*, as Plataformas de Mídia têm um papel importante no fomento ao ecossistema de publicidade. De um lado, grandes plataformas de mídia criam oportunidades para microempreendedores individuais, pequenas consultorias e agências especializadas em compra de mídia programática (conhecidas como *trading desks*), que oferecem seus serviços de gestão e operação dessas plataformas para anunciantes, seja em grandes metrópoles, seja em cidades do interior do Brasil – somente a ABRADI (Associação Brasileira dos Agentes Digitais) possui quase 300 associados com esse perfil. Do outro lado, as plataformas de mídia também repassam parte da remuneração recebida de anunciantes para veículos de comunicação, de grandes portais a pequenos blogs, passando por influenciadores digitais e até mesmo para usuários comuns, que podem ser potenciais propulsores de mensagens publicitárias, gerando expressivo ganho econômico para esses atores. Saliente-se, também, que essa condição de *mercado de dois lados* traz importantes consequências regulatórias, com obrigações relevantes a serem seguidas por diferentes diplomas como o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18) e outras leis municipais e estaduais que regulam empresas de tecnologia.

<sup>40</sup> O IAB Brasil possui um e-book dedicado ao tema, que é um importante trabalho de introdução a esse conceito: <https://tinyurl.com/yvem3knz>.



dispersão e, ao mesmo tempo, garantir que os usuários pudessem receber anúncios melhores e mais atraentes.

A mídia programática traz como grande inovação a **ampliação do alcance da mensagem publicitária**: por meio de técnicas de mídia programática, uma mesma agência pode operar uma única Plataforma de Mídia, e esta plataforma, de forma automatizada, pode auxiliar na distribuição da mensagem para dezenas de milhares de veículos e meios de divulgação diferentes, alcançando o público-alvo até mesmo em pequenos sites e aplicativos que, em condições analógicas, seria impossível atingir. Ao mesmo tempo, esses pequenos veículos e meios de divulgação alternativos também podem monetizar suas atividades por meio da publicidade, oferecendo seus espaços para milhares de possíveis anunciantes diferentes.

Outra inovação da publicidade digital refere-se à **precificação**: saem os tradicionais *preços fixos* e abre-se espaço para os *preços dinâmicos*. Essa estrutura é permitida a partir de um sistema de **leilão em tempo real**, em que agências e anunciantes disputam o melhor preço para entregar uma mensagem publicitária para determinado usuário específico, em um contexto também específico, de acordo com os movimentos de oferta e demanda do espaço publicitário. É uma estrutura de precificação que acompanha o mercado de publicidade online desde o início dos anos 2000, ou seja, mesmo antes do fortalecimento dos modelos de mídia programática.

Esse leilão funciona, na maioria das vezes, da seguinte forma<sup>41</sup>:

- (i) no **"lado da oferta"**, um meio de divulgação disponibiliza seu inventário de espaços publicitários por meio de Plataformas de Mídia conhecidas como *supply-side platforms* (SSPs);
- (ii) do outro lado da cadeia (o **"lado da demanda"**), possíveis compradores (anunciantes e agências de publicidade, por exemplo) vão enviar as suas ofertas de compra por meio de Plataformas de Mídia conhecidas como *demand-side platforms* ("DSPs");
- (iii) uma vez que SSPs e DSPs estejam conectadas em um mesmo ambiente, as DSPs irão analisar as ofertas e apresentar uma proposta de preço (um lance) para inserir um anúncio em determinado espaço publicitário para um usuário específico;

---

<sup>41</sup> Há, evidente, diferentes formatos e modalidades de leilão, que variam de acordo com a tecnologia utilizada e, também, com o diferencial competitivo de cada um dos atores. O exemplo aqui trazido, dessa forma, deve ser interpretado meramente como uma explicação simples e didática, e não definitiva, do cenário.



- (iv) a DSP que oferecer o maior lance será vencedora, e as tecnologias irão trabalhar para que o anúncio vencedor seja inserido no espaço publicitário - todo esse processo dura apenas alguns milissegundos!<sup>42</sup>

#### MÍDIA PROGRAMÁTICA E LEILÃO EM TEMPO REAL NA PRÁTICA

Um exemplo pode ajudar a deixar ainda mais claro o cenário acima:

1. Um usuário de São Paulo, morador da Zona Sul, entra em determinado site para acessar um conteúdo sobre restaurantes. O site deseja oferecer publicidade a este usuário, e conecta-se a uma plataforma SSP.
2. Ao mesmo tempo, duas agências estão representando diferentes anunciantes: o primeiro (A) é um restaurante que fica a cerca de 5 km da região em que o usuário está se conectando, e o segundo (B) está a 1 km.
3. Com essas informações, o anunciante A resolve oferecer um lance de R\$ 0,50 por clique do usuário para inserir publicidade para este usuário, naquele instante, no site. O anunciante (B), munido da informação de que o usuário está mais perto e, logo, estaria mais sujeito a ser influenciado por uma oferta de um restaurante próximo, resolve oferecer um lance de R\$ 2,00.
4. As Plataformas de Mídia, utilizando seus sistemas e algoritmos, realizam a organização dos lances, definem que o anunciante B é o vencedor e realizam a entrega automatizada do anúncio para aquele usuário.

No exemplo acima, o anunciante B pagou somente pelo anúncio que foi realmente relevante para seus objetivos publicitários. Já o anunciante A não gastou nada, pois ofereceu somente o que achava justo para uma audiência em que a conversão seria difícil conforme os dados que possuía e foi derrotado no leilão. Ambos anunciantes tiveram um cenário de máxima eficiência e economia.

Por consequência, esse modelo de leilão em tempo real não permite a definição de preços fixos e prévios<sup>43</sup>. Todavia, isso não significa uma desvantagem para compradores – muito pelo contrário<sup>44</sup>. Com o uso de Plataformas de Mídia, **o preço é sempre o mais eficiente possível**, já que considera diversas variáveis relacionadas com a performance, sendo a principal delas o perfil da audiência identificada e o potencial interesse daquele consumidor em ser impactado pela mensagem publicitária. Isso permite uma segmentação de campanhas publicitárias de forma extremamente eficiente, como mostram alguns exemplos abaixo:

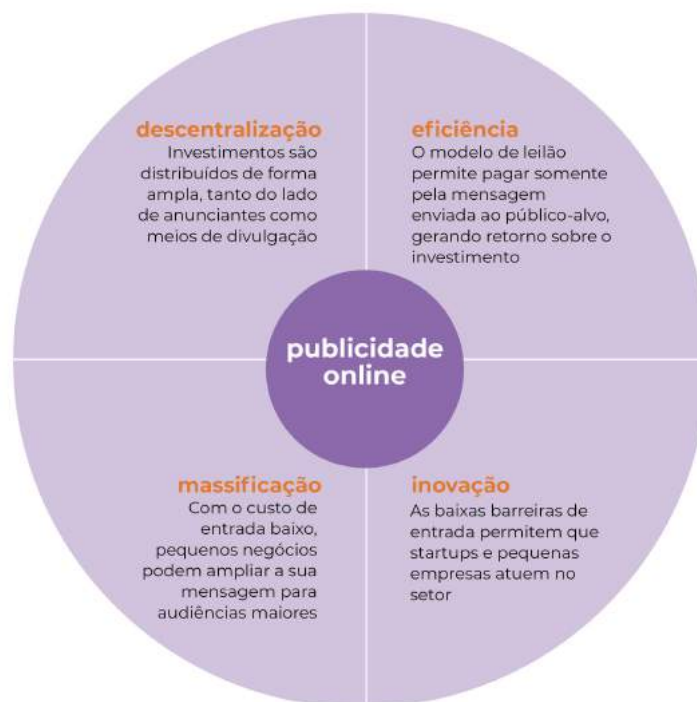
<sup>42</sup> IAB Digital Simplified. *How an Ad is Served with Real Time Bidding (RTB)*. Disponível em: <https://tinyurl.com/y6fevevo>.

<sup>43</sup> À primeira vista, essa constatação parece gerar incompatibilidade com as regras atualmente dispostas na regulamentação, em especial os art. 11 e 14 do Decreto 57.690/66 (que falam em tabela pública de preços). Todavia, como colocaremos adiante, parece-nos que nenhuma das plataformas que operam essas tecnologias hoje podem ser consideradas *veículos* tradicionais do ponto de vista desse Decreto, motivo pelo qual essa regra não lhes aplica.

<sup>44</sup> Caso fossem estabelecidos preços prévios dentro da estrutura atual das Plataformas de Mídia, estaríamos diante de uma situação artificial, e que possivelmente geraria um *risco moral* contra o interesse dos anunciantes. Uma determinada Plataforma de Mídia poderia, por exemplo, criar uma tabela de preços baseada em estimativas passadas de uma campanha semelhante; todavia, essa Plataforma estaria incentivada a inflar os preços *para cima*, com o objetivo de tentar adotar lances mais eficientes e remunerar-se pela diferença entre o preço estimado e o preço real, criando até mesmo uma situação de enriquecimento indevido.

- (i) um anunciante que deseja promover um show de uma banda de rock em Curitiba pode direcionar a campanha somente a pessoas localizadas nessa cidade, que demonstrem interesse na banda e que não tenham comprado o ingresso antes;
- (ii) uma montadora pode anunciar um *recall* de determinado veículo não só por meio de e-mail marketing, mas também direcionando anúncios especificamente para o público identificado que é proprietário do veículo; e
- (iii) o governo pode segmentar uma campanha de vacinação somente para o público que deve ser vacinado, evitando custos relacionados a divulgação de mensagens para públicos que não precisam tomar a vacina.

**Gráfico 4. Características da Publicidade Online**



## AS PLATAFORMAS DE MÍDIA COMO REALIDADE DO MERCADO

O uso de Plataformas de Mídia como canal básico de distribuição de anúncios já é a realidade da publicidade moderna. A publicidade digital representa 33% do investimento de mídia no Brasil, e continua em ascensão. Ainda, segundo a última pesquisa do IAB Adspend, o modelo de compra direta (sem o uso de tecnologias de mídia programática) representa somente 22% da publicidade digital, sendo todos os outros modelos de compra, direta ou indiretamente, são realizados hoje



por meio de Plataformas de Mídia que fazem a distribuição de anúncios em diferentes meios<sup>45</sup>.

Esse modelo também criou benefícios para a distribuição do valor da publicidade na sociedade. Ainda que haja grandes plataformas que concentram parte importante dos investimentos, é possível ver que as baixas barreiras de entrada<sup>46</sup> conseguiram desenvolver novos negócios para pequenas empresas de tecnologia e agências locais, que hoje atendem clientes menores e regionais e que utilizam-se dessas metodologias para distribuir mensagens publicitárias em todo o Brasil. Segundo o levantamento da Pipeline, existem 592 empresas que atuam no setor de Adtechs no Brasil hoje<sup>47</sup>. O IAB Brasil – principal associação brasileira do setor de mídia interativa – possui 213 associados<sup>48</sup>, sendo quase metade deles (42%) empresas pequeno ou médio porte. Finalmente, a ABRADI - Associação Brasileira dos Agentes Digitais possui 295 associados, sua imensa maioria empresas pequenas e regionais que trabalham com a mídia digital<sup>49</sup>.

Contudo, é importante ressaltar que o maior vencedor nesse modelo é, invariavelmente, o consumidor. Como dito na introdução deste tópico, o objetivo principal da publicidade sempre foi atingir a audiência certa, com o menor custo transacional. Todavia, mais do que uma indústria típica, a publicidade enquanto ramo da comunicação social desempenha funções sociais:

- (i) afeta a decisão econômica dos consumidores, sendo parte integrante de todo o sistema econômico;
- (ii) estimula a demanda, educa o consumidor sobre novos produtos, serviços e programas sociais;
- (iii) aumenta a concorrência e ajuda a trazer em evidência novos produtos para o consumidor;
- (iv) promove uma qualidade mais alta dos produtos e serviços;
- (v) ajuda a introduzir inovações de maneira mais rápida e eficaz ao consumidor; e

---

<sup>45</sup> IAB Brasil. Pesquisa Digital Adspend 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/y65y42sn>.

<sup>46</sup> Alguns fatores corroboram essa afirmação. Primeiro, a maior parte das tecnologias e protocolos para o desenvolvimento de Plataformas de Mídia é hoje disponibilizada em formato de código aberto, por meio de associações o IAB Tech Lab, que disponibiliza inclusive guias e protocolos para o desenvolvimento dessas tecnologias. Segundo, ainda que haja custos tributários importantes, o custo tecnológico envolvido para a abertura de uma empresa de tecnologia é muito menor do que a abertura de veículos tradicionais, que necessitam de uma infraestrutura técnica e de telecomunicações mais intensa. Por fim, por se tratar um mercado ainda em consolidação, há ainda muito espaço para diferenciações de produtos e modelos de negócio, que podem contribuir para um diferencial tanto de tecnologia, quanto de expansão regional de novos entrantes.

<sup>47</sup> Ver nota 39.

<sup>48</sup> Lista de associados disponível em: <https://iabbrasil.com.br/sobre-iab/associados/>. Acesso em 12/09/2019.

<sup>49</sup> Lista de associados disponível em: <https://abradi.com.br/associados/?o=a>. Acesso em 12/09/2019

- (vi) democratiza as informações para os consumidores sobre quais produtos estão disponíveis.

Na medida em que a publicidade digital possui capacidade para amplificar todas as funções acima descritas, evidencia-se a importância dessas novas plataformas e modelos de negócio para a sociedade como um todo. Através da mensagem publicitária, consumidores fazem escolhas mais inteligentes. Produtos e preços se tornam mais competitivos como resultado, mesmo para consumidores que não buscam pechinchas. E o ciclo se repete sem parar. Isto é particularmente verdadeiro para novos produtos e serviços, promovendo assim a inovação tecnológica. Esse processo não apenas traz novos produtos ao mercado, mas também ajuda as *startups* e pequenas empresas, garantindo que a concorrência permaneça dinâmica - tudo para o benefício contínuo dos consumidores.

**Tabela 1. Análise de Benefícios da Publicidade Online<sup>50</sup>**

Grandes anunciantes	aumento de eficiência e retorno sobre investimento, ampliação da mensagem publicitária
Pequenos anunciantes	exposição de marca em espaços publicitários de primeira linha, em que não seria possível poder de barganha para negociar diretamente;
Grandes veículos e meios de divulgação	redução de custos de prospecção de anunciantes, capacidade aumentada para atingir um número exponencialmente maior de clientes (agências e anunciantes)
Pequenos veículos e meios de divulgação	rentabilização de suas atividades com menor custo operacional, acesso a grandes anunciantes
Agências	maior acesso a dados para planejamento e expansão novas atividades
Consumidores	publicidade mais direcionada e relevante de acordo com o perfil, acesso maior a informações sobre preços e pequenos anunciantes

<sup>50</sup> É importante destacar que essa análise não é definitiva. Há, no mercado, evidentes custos e benefícios para diferentes atores, inclusive pontos que precisam e devem ser debatidos em futuras autorregulamentações e regulações sobre o tema. Um exemplo disso é o modelo de remuneração de agências, que vem sofrendo cada vez mais pressão de anunciantes globais, sendo que a estrutura de custos para manter uma operação digital é relevantemente maior. Ainda que, mais adiante, esse estudo defenda o fundamento da livre iniciativa, essas são situações também precisam ser pensadas e balanceadas para o fortalecimento das relações entre os diferentes atores desse ecossistema.

## **/ O CONFLITO ENTRE NOVOS MODELOS E A LEGISLAÇÃO ATUAL**

A postura da legislação brasileira frente a novas tecnologias, o comportamento de atores relevantes na autorregulação e, principalmente, a interpretação que se dará aos dispositivos do modelo regulatório da publicidade no Brasil precisa ser repensada. Ao nosso ver, as transformações da indústria na última década reforçam o argumento de que a estrutura atual não contempla a diversidade do ecossistema, e que novas formas de pensar regras para o mercado precisam ser urgentemente adotadas.

Nesta parte, trataremos de dois caminhos para endereçar esse conflito. O primeiro deles refere-se a uma nova interpretação dos dispositivos atuais, em consonância com as legislações mais modernas que tratam, direta e indiretamente, sobre o tema. O segundo caminho é o papel de associações e iniciativas do mercado para repensar a estrutura do setor, alinhado com a nova economia e as demandas por competitividade no cenário global.

### **UMA NOVA INTERPRETAÇÃO PARA O MODELO REGULATÓRIO DA PUBLICIDADE**

Ao nosso ver, a atividade de interpretação de uma lei não se esgota na mera descrição de seu texto, muito menos na simples indexação das interpretações dadas por outros atores, ou geralmente admitidas pelo status quo.

Ao buscar novas interpretações, o objetivo de um intérprete do Direito é sempre propor uma hermenêutica baseada nos critérios e exigência do presente momento da sociedade, sempre com o objetivo de atualizar uma norma para alcançar o contexto atual, a finalidade da lei e o objetivo social que esta norma endereça<sup>51</sup>. Para o cenário da publicidade, podemos resumir esses pontos da seguinte forma:

- (i) **contexto atual:** surgimento de novas tecnologias que alteram os modelos de negócio e inserem novos atores no ecossistema;
- (ii) **finalidade do sistema de regulação da publicidade:** promover o desenvolvimento do setor de publicidade no Brasil em prol do interesse da sociedade brasileira; e
- (iii) **objetivo social:** expandir o alcance da mensagem publicitária de forma ética e sustentável para a população.

---

<sup>51</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Ed. Método, São Paulo, 2006.



Nota-se, então, que há essencialmente dois tipos de interpretação possíveis dentro do contexto que estamos investigando.

O primeiro tipo é uma **interpretação especificadora**, em que o objetivo é especificar o teor da norma para que seja realizada uma interpretação *na letra da lei* – em outras palavras, parte da premissa de que a redação atual da legislação é suficiente para resolver conflitos que podem surgir, e sua interpretação deveria ser limitativa na medida em que esta postura reforça a segurança jurídica para os atores impactados por essa regra.

**Este tipo de interpretação, ao nosso ver, não é ideal para o setor de publicidade online.** Primeiro, porque parte de uma premissa pretensiosa de que *o legislador é omnisciente*, que criou uma lei *imutável*, e que não pode haver palavras defeituosas ou imperfeitas no texto que prejudicam o alcance de determinada finalidade social. Segundo, porque ignora que o Direito é uma ciência de várias camadas, extremamente conectada com a realidade social, e que cada lei tem sentidos mais profundos que não vem de suas palavras, mas de todo um contexto social ao qual esta se insere – contexto este que pode ser alterado pelo aparecimento de novas tecnologias.

Por fim, o maior problema desse tipo de interpretação especificadora em setores em que a inovação ocorre é que, **erroneamente, busca encaixar determinados fatos sociais em categorias legais**, sem perceber que o Direito é, por natureza, uma ciência que *olha para trás*, pois tira uma fotografia de um fato passado, enquanto a inovação e os novos modelos de negócio são voltadas para o *futuro*, de forma que **o Direito tradicional e sua interpretação clássica nunca irá prever a melhor forma de endereçar os novos desafios que a sociedade e economia moderna podem trazer à regulação.**

No campo da publicidade, veríamos que a interpretação especificadora do modelo regulatório brasileiro traria prejuízos importantes para o cenário descrito acima, como por exemplo:

- (i) pelo fato de a Lei 4.680/65 prever apenas a existência de *veículos, agências e anunciantes* como tripé básico da publicidade, essa interpretação não abriria espaço para pensarmos como novas tecnologias, novos modelos de negócio e novos atores no ecossistema poderiam alterar as relações comerciais do mercado;
- (ii) não admitiria que pudesse haver formas alternativas de remuneração, diferentes dos modelos tradicionais, e impediria que empresas pudessem criar modelos alternativos que dessem mais eficiência para o mercado e diminuíssem custos transacionais;
- (iii) não admitiria também que pudesse haver preços dinâmicos, diferentes de preços fixos de tabela, o que impediria modelos mais rentáveis para



toda cadeia, desde o anunciante até o veículo, inclusive reduzindo a possibilidade de pequenos anunciantes terem acesso democratizado à compra de mídia; e

- (iv) estabeleceria categorias rígidas, desconsiderando que, na atual dinâmica das mídias digitais, qualquer pessoa ou empresa é um potencial *anunciante* e também um potencial *meio de divulgação*, na medida em que conceitos modernos como conteúdo gerado por usuários (*user-generated content*), influenciadores digitais e outras figuras inovadoras que se utilizam de técnicas multimídia e sem formato específico, podem divulgar mensagens e anúncios publicitários.

Em suma, uma interpretação nesse formato (i) ignora a diversidade de atores e modelos de negócio existentes no mercado, (ii) não ajuda a promover a própria *ratio legis* do modelo regulatório, pois dificulta o desenvolvimento do setor, e (iii) não colabora para a expansão da mensagem publicitária, pois cria barreiras de mercado, dificultando que novos atores possam aparecer se não estiverem dentro da tripé “anunciante”, “agência de publicidade” e “veículo”.

Por outro lado, parece-nos que o caminho interpretativo mais moderno e alinhado com a nova economia seria buscar uma **interpretação extensiva**, ampliando o sentido das definições legais originais, **integrando o modelo de regulação da publicidade no contexto da nova economia, das novas relações empresariais e de leis mais recentes**, com o objetivo de promover o desenvolvimento do setor e aumentar o alcance da mensagem publicitária.

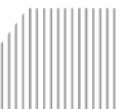
Metodologicamente, esse tipo de interpretação faz sentido dentro do modelo regulatório existente, e pode ser demonstrado da seguinte forma:

- (i) **Gramática.** Na *letra da lei*, o fato de que não há nada na redação da Lei 4.680/65 que limita o mercado à existência somente de veículos, agências e publicidades, leva à dedução de que o sistema prevê a possibilidade de outros atores na cadeia de compra de mídia, inclusive negócios inovadores. Nesse sentido, a Lei 12.232/10 trouxe uma redação mais inteligente, na medida em que (a) cita expressamente *demais meios de divulgação*, abrindo espaço para outras formas e formatos não limitados na legislação anterior<sup>52</sup>, e (b) prevê expressamente a possibilidade de contratação de *formas inovadoras de comunicação*, abrindo espaço para novos modelos de negócio que não precisam seguir qualquer tipo de limitação de legislações anteriores<sup>53</sup>;

---

<sup>52</sup> Art. 2º, caput.

<sup>53</sup> A análise do nível gramatical é particularmente importante para o setor público, tendo em vista o princípio da estrita legalidade que regula as compras de Administração Pública (Apenas pode fazer o que é autorizado a fazer, e não fazer o que a lei proíbe, sob pena de invalidar seus atos). Deste modo, parece-nos que o legislador da Lei



- (ii) **Sistemática.** Ao analisar a coerência da interpretação da Lei 4.680/65 na hierarquia das normas legais brasileiras, vemos claramente que há uma estrutura de regras pós 1988 que incentivam esse tipo de interpretação, desde a Constituição Federal<sup>54</sup>, passando pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>55</sup>, a Lei 12.232/10, o Marco Civil da Internet<sup>56</sup> e, mais recentemente, a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica<sup>57</sup>, que inclusive prevê que é direito das pessoas, naturais e jurídicas, “**não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de produtos e de serviços**” e “**desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente**”;
- (iii) **Finalidade da Norma.** Ao sair da sintaxe e observar a *semântica* do modelo regulatório brasileiro, também parece-nos fazer sentido que uma interpretação voltada para a *finalidade social* (teleologia) da regra é mais lógica e alinhada com a nova economia. Há uma evolução

---

12.232/10 foi cuidadoso na escolha dessas palavras, de forma a permitir que sejam contratados *outros meios de divulgação e formas inovadoras*, abrindo assim espaço para que sejam cumpridos os objetivos de eficiência e economicidade nas compras públicas.

<sup>54</sup> Por exemplo, o fundamento constitucional da livre **iniciativa** (art. 1º, IV), o direito fundamental a **não ser compelido a associar-se ou permanecer associado** (art. 5º, XX), o princípio da **livre concorrência** (art. 170, IV), do **tratamento favorecido a empresas de pequeno porte** (art. 170, IX) e a **repressão ao abuso do poder econômico** que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º).

<sup>55</sup> Art. 5º: na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

<sup>56</sup> Ver nota 31.

<sup>57</sup> A Lei 13.874/19 destaca, em seu art. 3º, que “*são direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição: (...) III - não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda no mercado não regulado, ressalvadas as situações de emergência ou de calamidade pública, quando assim declarada pela autoridade competente; (...) VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos*”. Além disso, a Lei prevê, em seu art. 4º, uma série de obrigações da Administração Pública como garantias de livre iniciativa: “*É dever da administração pública e dos demais entes que se vinculam ao disposto nesta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, **indevidamente**: I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; III - criar privilégio exclusivo para determinado segmento econômico, que não seja acessível aos demais segmentos; IV - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; V - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; VI - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; VII - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço, ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros VIII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; e IX - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei*”.



histórica<sup>58</sup> no modelo de publicidade brasileiro, que saiu de regras rígidas dos anos 1960 para respiros de modernidade no final dos anos 2000, passando ainda para um modelo mais inovador com a chegada do Marco Civil da Internet e da Declaração de Direitos da Liberdade Econômica. Há também um inegável papel social das novas tecnologias e, no presente caso, das Plataformas de Mídia para o desenvolvimento social, econômico e descentralizado do País, e qualquer tentativa de estabelecer um regime regulatório rígido irá aumentar as barreiras de entrada e, conseqüentemente, reduzir as taxas de inovação<sup>59</sup> e a liberdade das empresas de escolher a melhor forma de contratar os serviços que bem desejarem e que possam gerar riqueza e crescimento<sup>60</sup>.

A adoção dessa interpretação **reflete melhor, no caso concreto, o cenário atual da publicidade brasileira**, permitindo, por exemplo:

- (i) que se possa admitir que existem mais atores do que *veículos, agências e anunciantes* no ecossistema da publicidade, inclusive abrindo espaço para novos modelos de negócio que ainda não são previsíveis, sendo suas relações comerciais reguladas por estatutos mais atualizados e flexíveis, como o próprio Código Civil de 2002;

---

<sup>58</sup> Sobre o método de interpretação histórica, Luis Eduardo Barroso coloca que: “a interpretação histórica cuida, como se assinalou, da *occasio legis*, isto é, da circunstância histórica que gerou o nascimento da lei e que constitui sua finalidade imediata. É certo, todavia, que a modificação de tais circunstâncias ou mesmo a sua cessação não exercem qualquer influência sobre o valor jurídico da norma. Daí a necessidade de se trabalhar um outro conceito - o de *ratio legis* -, que constitui o fundamento racional da norma e redefine ao longo do tempo a finalidade nela contida. A *ratio legis* é uma "força vivente móvel" que anima a disposição e a acompanha em toda a sua vida e desenvolvimento. **A finalidade de uma norma, portanto, não é perene, e pode evoluir sem modificação de seu texto**”. In. *Interpretação e Aplicação da Constituição - Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. São Paulo, Saraiva, 2003.

<sup>59</sup> Ramos destaca, em artigo na revista PEGN, que o aumento das taxas de inovação, e não sua redução, é o caminho mais adequado para o desenvolvimento econômico brasileiro nos anos 2010: “Em avaliações promovidas por organismos internacionais, somos um péssimo país para empreender (...) E mesmo assim insistimos em desenvolver um ecossistema de empreendedorismo tecnológico. Como um celeiro de brilhantes profissionais, em que se destacam empresas que, contra todos os prognósticos, buscam inovar em diversos ramos de negócio. Junto dessas startups, surgiu um ambiente institucional jovem, engajado e talentoso: aceleradoras, investidores-anjo, associações, entidades de fomento, fundos e universidades uniram-se em um projeto para potencializar a inovação no país, e que vem teimosamente enfrentando todo o bom-senso regulatório vigente. E tudo isso surge porque, afinal, este é o único caminho possível. Na economia global, o país não tem vocação para nos diferenciar com custos de mão de obra – impossível competir com países asiáticos. Temos um papel relevante na exploração de recursos naturais, e com os dias contados. Resta, então, o caminho da inovação: desenvolver novos produtos, serviços e tecnologias que vão melhorar a vida das pessoas, aumentando suas capacidades e expandindo as liberdades substantivas dos indivíduos”. Disponível em: <https://tinyurl.com/y5my2byr>.

<sup>60</sup> Adaptar a interpretação da legislação de acordo com sua teleologia não é novidade para o Supremo Tribunal Federal, por exemplo. Em diversos casos, o STF analisou o fim específico da norma e assumiu a relevante tarefa de adequar a interpretação constitucional ao momento histórico para o qual se projeta (ver ADI 4277 e ADO 26, por exemplo). Nessas situações, os ministros fazem uso da interpretação extensiva para ampliar o sentido das definições legais, com o objetivo de respeitar a *ratio legis*. Isso demonstra que o direito se desenvolve e sua finalidade varia de acordo com o cenário fático em que as normas são aplicadas. Defender uma interpretação apenas literal conduz a um formalismo que desconsidera as evoluções da sociedade.



- (ii) que os atores desse mercado possam negociar com maior liberdade modelos alternativos de remuneração, e que possam melhor refletir a vontade das partes, sempre em respeito aos princípios gerais da legislação brasileira e em atenção à preservação do equilíbrio econômico-financeiro na relação entre as partes;
- (iii) que formas inovadoras de comunicação (como Plataformas de Mídia) e mesmo veículos tradicionais possam adotar modelos de *preços dinâmicos*, fomentando a eficiência nas relações comerciais e a qualidade da entrega da publicidade; e
- (iv) incentivar o surgimento de novos atores no ecossistema, preservando seu caráter aberto e participativo, sempre em benefício da sociedade<sup>61</sup>.

**RESUMO: UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO PARA O MODELO DE REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE BRASILEIRA**

1. No contexto de novas tecnologias, novos modelos de negócios e competitividade global no setor de comunicação, faz-se necessário pensar em interpretações mais abertas e flexíveis para o modelo regulatório da publicidade brasileira;

2. Essas interpretações devem ter como regra a finalidade original (*ratio legis*) da legislação de 1965, que é o de promover o desenvolvimento da publicidade no Brasil, e os objetivos sociais ao qual a publicidade está intimamente ligada, qual seja, a expansão da mensagem publicitária de forma ética e sustentável para a população;

3. Metodologicamente, essa interpretação sustenta-se de diferentes formas: gramaticalmente, a lei 12.232/10 traz definições como *formas inovadoras de comunicação*, que permitem esse tipo de abordagem; sistematicamente, a regulação brasileira incentiva essa postura, com diversos princípios e fundamentos previstos em diferentes diplomas; e finalisticamente, essa interpretação é mais pragmática e coerente com o momento social e econômico pelo qual passa o setor no Brasil;

4. Como consequência direta dessa abordagem, certas condutas que hoje são praticadas com base em conceitos colocados na legislação de 1965 devem ser reavaliadas, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento do mercado e permitir que todos os atores possam atingir suas potencialidades econômicas e funções sociais;

5. Essa interpretação não importa em *rasgar* a legislação e autorregulação atual, já que muitos de seus pontos ainda podem ser referências importantes para determinados atores, mas significa interpretar, caso a caso, cada uma das situações concretas que podem ser impactadas pelos dispositivos do modelo regulatório, de acordo com a finalidade social geral que o orienta.

<sup>61</sup> É importante destacar que esse artigo defende que esse tipo de análise é mais coerente e adequado para a interpretação da regulação atual, mas essa conclusão não impede, de maneira alguma, que determinadas empresas possam aderir ou usar como referência sistemas autorregulatórios, ainda que mais restritos. Trazendo essa afirmação para o caso das Normas-Padrão, parece-nos claro que, caso determinados atores entendam que as condições da autorregulação do CENP oferecem benefícios a sua adesão voluntária ou para seu uso como referência, parece-nos evidente que é direito desses atores submeterem-se a essas regras, da mesma forma que também é direito desses atores não aderirem a esta ou qualquer autorregulamentação que não os beneficie.

## / CONCLUSÃO E DIRECIONAMENTO PARA FUTURAS INICIATIVAS

A conclusão deste trabalho é muito objetiva: **precisamos pensar em novas formas de regular e autorregular o setor de publicidade no País, e que sejam guiadas pela livre iniciativa, pela boa-fé nas relações comerciais e pela primazia dos contratos privados**<sup>62</sup>.

Nenhuma lei, regulamento ou código de autorregulação deve, imodestamente, declarar-se como imprescindível e atemporal para o desenvolvimento da indústria. **O único princípio fundamental do setor de publicidade brasileira é o da mudança:** em toda indústria moderna, as transformações tecnológicas são constantes e necessárias para assegurar sua sobrevivência, e as regras hoje tidas como imutáveis podem ser facilmente sucateadas com o surgimento de novos modelos de negócio.

A matriz institucional que originou a moldura regulatória da publicidade brasileira traz importantes singularidades, inclusive no Direito comparado, com tensões entre agências, anunciantes, veículos e a própria Administração Pública, todos atores em um processo de construção cheio de texturas sociais e econômicas. Com as mudanças tecnológicas dos últimos dez anos, novos atores passaram a fazer parte dessa matriz, e a moldura regulatória está longe de refletir esse novo cenário.

A despeito desse atraso regulatório, há **uma textura aberta para aplicadores do Direito. É papel dos reguladores não ficarem presos a análises restritivas e puramente especificadoras**, devendo manter um olhar vigilante nas consequências de aplicação dessas regras para a sociedade e o desenvolvimento do País. E há também um **papel relevante dos atores e das próprias associações do setor**, como força centrífuga para expandir as preocupações reais do mercado para a regulação, contribuindo para o ambiente regulatório do País.

Há, a nosso ver, uma **oportunidade para discutir esse novo tipo de ambiente regulatório nos próximos anos**, buscando uma conciliação entre a rigidez do arcabouço legal e a dinâmica tecnológica do setor. O caminho para essa aliança parece-nos, invariavelmente, apontar para repensar regras extremamente detalhistas, estáticas e com referência a atores e modelos de negócio muito

---

<sup>62</sup> Em pesquisa na base da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, não foram identificadas proposições que alterassem as normas basilares da publicidade brasileira, ou seja, a Lei 4.680/65 e a Lei 12.232/10. As proposições em tramitação, tanto na Câmara quanto no Senado, que alteram os diplomas mencionados tratam majoritariamente da regulamentação da publicidade governamental (buscam conferir maior publicidade aos gastos, fixar cotas raciais ou de gênero e etc). Também foram identificadas proposições muito antigas, como o PL 7994/1986 que regulamenta a profissão de Publicitário e Agenciador de Propaganda (Revogando a Lei 4680/65 e o Decreto 57.690/66). O projeto foi retirado de tramitação a requerimento de seu autor, o ex-deputado Jorge Cury.



específicos, que tendem a caducar rapidamente, para uma disciplina mais aberta, flexível, baseada em códigos de boas práticas alinhados com a indústria e com o Poder Público, criando menos obstáculos para a inovação e deixando espaços mais abertos para a experimentação tecnológica e a aplicação *a posteriori* do Direito.

#### REGULAR DE FORMA DETALHISTA OU NÃO?

Acreditamos que uma das principais discussões deste debate em um nível conceitual esteja relacionada à diferença entre uma abordagem *ex ante* e *ex post* da regulamentação. Uma regulamentação *ex ante* significa uma regulamentação antecipada em um determinado setor, mais detalhista e prescritiva. Tem caráter preventivo e visa intervir na estrutura de um determinado setor. Em outras palavras, uma regulamentação *ex ante* é aconselhável sempre que houver uma estrutura de mercado que, sem regulamentação preventiva, falharia em atingir objetivos econômicos e/ou sociais.

Por outro lado, a regulamentação *ex post* significa um controle regulatório incidental posterior sobre um determinado mercado. A regra geral em qualquer democracia é a livre iniciativa, pela qual qualquer pessoa pode perseguir sua própria empresa, desde que observe o quadro jurídico geral (por exemplo, direito do consumidor, regulamentação antitruste). As abordagens *ex post* costumam partir de códigos de conduta mais abertos e menos prescritivos, e são eficientes sempre que a estrutura de determinado mercado não, *per se*, uma ameaça ao interesse público. Nesses modelos, quando o comportamento de um determinado ator econômico viola o interesse social, há uma aplicação mais rígida do sistema, inclusive com punições mais severas sempre que houver violação de leis cogentes. Esse tipo de abordagem tende a incentivar mais a inovação, promover o empreendedorismo e fomentar a concorrência.

Esse conflito *ex ante* e *ex post* pode ser observado, por exemplo, no mercado financeiro e de meios de pagamento, ainda que seja uma indústria de grande interesse público. Há pouco mais de dez anos atrás, a rigidez do arcabouço regulatório brasileira permitia não só monopólios, mas também restringia a inovação do setor. Recentemente, todas as iniciativas em nível legislativo e do Executivo (em especial da CVM e Banco Central) tem apontado para uma flexibilização de regras e abertura de mercado para novos atores. Resultado: o crescimento exponencial do mercado de *fintechs* brasileiro, que já é referência na América Latina e tem ajudado milhões de brasileiros a digitalizar meios de pagamento, obter contas em bancos digitais e ter acesso mais prático e barato a crédito pessoal.

Como direcionamento para futuras iniciativas regulatórias e autorregulatórias sobre o tema, a experiência discutida neste trabalho aponta para a necessidade de observar alguns princípios e recomendações de ordem procedimental e material, que resumimos nos dez pontos abaixo:

- (i) **modelo aberto de discussão com o mercado.** Um processo participativo, incluindo consultas públicas e envolvimento de diferentes atores traz resultados melhores do ponto de vista de técnica legislativa e de processo democrático, reduzindo a captura por grupos de interesse e proporcionando um valioso exercício de economia política para a avaliação de novas legislações e códigos de boas práticas;
- (ii) **neutralidade tecnológica.** As disposições de uma regulamentação no setor de publicidade devem evitar, na medida do possível, categorizações de tecnologias ou modelo de negócio específicos, evitando assim criar situações de rigidez que possam ou impedir a inovação tecnológica, ou caducar rapidamente;

- (iii) **regras genéricas, em vez de prescrições específicas.** Sempre que possível, as propostas de regulação devem preferir prescrições genéricas de comportamento, e não estabelecer um comportamento específico como o correto ou como o errado, permitindo a livre estipulação contratual entre as partes e que a norma não se torne “datada” em caso de inovação tecnológica;
- (iv) **fomento à diversidade do ecossistema.** O ecossistema da publicidade é aberto, complexo e rapidamente alterado, e essa característica é um dos diferenciais para a eficiência e qualidade do setor no país, de forma que é função do Estado e das associações do setor preservarem essa característica;
- (v) **não causar dano aos consumidores.** Regras que possam impedir que consumidores tenham acesso à publicidade de qualidade e mais voltada a seu perfil precisam ser desencorajadas. Ao mesmo tempo, é preciso criar regras que coloquem o consumidor no centro, impedindo o uso abusivo de seus perfis e dados pessoais, gerando publicidade antiética e ilegal;
- (vi) **fomentar a transparência.** Associações e empresas devem incentivar negócios transparentes e sustentáveis, de forma que todas as partes da cadeia possam entender, de forma clara, custos e benefícios de suas escolhas;
- (vii) **foco nas startups.** Pequenas empresas inovadoras são relevantes para a economia moderna, ao mesmo tempo que são uma das formas mais eficazes para gerar desenvolvimento descentralizado, e regras que incentivem o crescimento dessas empresas precisam ser impulsionadas;<sup>63</sup>
- (viii) **proporcionalidade na aplicação de regras.** Deve-se atentar para regras que possam ser adequadas, necessárias e proporcionais em determinado caso concreto;
- (ix) **isonomia.** Iniciativas de regulação e autorregulação devem endereçar regras válidas para todos aqueles que preenchem as condições de aplicação daquela norma, mas também devem entender que é necessário diferentes réguas interpretativas sempre que há situações desiguais oriundas de características de negócio e de tecnologia; e
- (x) **condições comerciais que fomentem a livre iniciativa.** Em um mercado dinâmico e moderno, incentivar baixas barreiras de entrada no mercado e permitir regras que garantam uma concorrência baseada

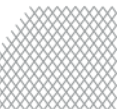
<sup>63</sup> Nesse sentido, ver <https://tinyurl.com/y63yylbwr>.

em inovação é outro fator determinante para o sucesso de boas práticas do setor.

Com base nos pontos levantados acima, o IAB Brasil irá desenvolver uma série de iniciativas concretas, com o objetivo de fomentar as discussões sobre as boas práticas no setor, incluindo:

- (i) apresentar as conclusões desse documento para associados do IAB Brasil, com o objetivo de ouvir também suas opiniões e sugestões de como fomentar as boas práticas no setor;
- (ii) patrocinar um estudo de mercado sobre modelos de remuneração no setor de publicidade, com o objetivo de apresentar a diversidade de modelos existentes e seus respectivos custos e benefícios; e
- (iii) envolver entidades de classe do setor nas discussões sobre boas práticas na publicidade online, desenvolvendo novas matrizes que possam ser referência para o mercado;

\*\*\*





**iab** brasil