

LUCAS ALUÍSIO SCATIMBURGO PEDROSO

# CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE

A REMUNERAÇÃO DAS AGÊNCIAS

*Prefácio*

Floriano de Azevedo Marques Neto

**Área específica da obra**  
Direito Administrativo

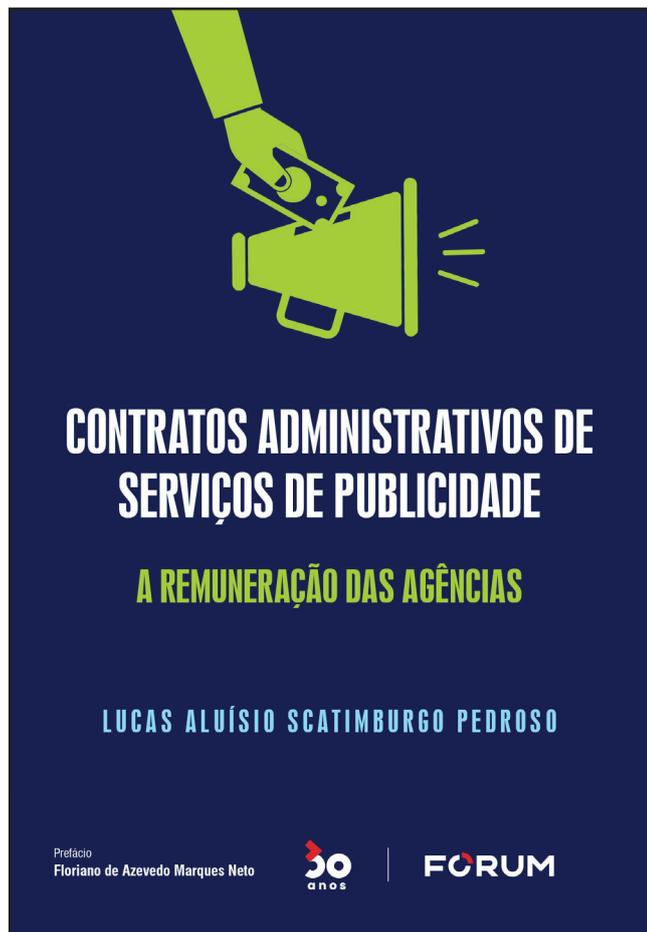
**Áreas afins do livro**  
Direito Econômico (Concorrencial) e Comunicação/  
Publicidade

### **Público-alvo/consumidores da obra**

Advogados e profissionais dos órgãos de controle que atuam em licitações de publicidade (Tribunal de Contas da União, Poder Judiciário); advogados que atuam no setor publicitário em geral e tomadores de decisão presentes na Administração Pública e no setor privado, em associações de classe e entidades de autorregulação (CONAR e CENP, em especial).

Em termos acadêmicos, pesquisadores de contratos administrativos e direito administrativo no geral, além de comunicação pública e comunicação no geral, bem como pesquisadores de ciências humanas.

FORMATO: 14,5 X 21,5 cm  
CÓDIGO: 10003268



Os contratos de publicidade do governo (qualquer que seja ele) sempre suscitam reações acaloradas, pelos altos valores gastos, pelos eventuais casos de corrupção associados e pela sua “inutilidade”.

Apesar disso, ou talvez justamente por isso, nenhuma obra até hoje se propôs a entender como os contratos estão estruturados, quais são seus problemas, quais as alternativas possíveis e como o setor publicitário funciona – e como mantém sua influência não importa o governo.

A presente obra parte do direito administrativo para entender, junto à economia e à publicidade, o que tais contratos têm de diferente, inclusive em relação ao resto do mundo e, se não traz todas as respostas (o que seria impossível), convida que mais pessoas entendam e pensem sobre o tema.

P372c	Pedroso, Lucas Aluísio Scatimburgo
	Contratos administrativos de serviços de publicidade: a remuneração das agências / Lucas Aluísio Scatimburgo Pedroso. - Belo Horizonte : Fórum, 2022. 260 p. ; 14,5cm x 21,5cm.
	Inclui bibliografia. ISBN: 978-65-5518-355-9
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Econômico (Concorrencial). 3. Comunicação. 4. Publicidade. I. Título.
2022-849	CDD 341.3 CDU 342.9

Elaborado por Odilio Hilario Moreira Junior - CRB-8/9949

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEDROSO, Lucas Aluísio Scatimburgo. *Contratos administrativos de serviços de publicidade: a remuneração das agências*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 260 p. ISBN 978-65-5518-355-9.

## **Lucas Aluísio Scatimburgo Pedroso**

Mestre em Direito do Estado e Graduado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – Universidade de São Paulo. Advogado.

# SUMÁRIO

## PREFÁCIO

<b>Floriano de Azevedo Marques Neto</b> .....	15
---	----

## CAPÍTULO 1

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	19
-------------------------	----

1	Noções básicas para entender o tema .....	23
1.1	Agentes envolvidos na contratação administrativa de publicidade .....	24
1.1.1	Agência de publicidade.....	24
1.1.1.1	Agência de publicidade ou agência de propaganda: uma distinção doutrinária que não se mantém na legislação.....	25
1.1.1.2	Linhas gerais da estrutura de uma agência de publicidade e as atividades desenvolvidas .....	28
1.1.2	Fornecedores da agência de publicidade.....	31
1.1.3	Veículos de comunicação .....	32
1.1.4	Anunciantes .....	33
1.1.4.1	Secom como contratante e como reguladora, mas não como prestadora: a obrigação da Administração Pública de contratar agências de publicidade.....	33
1.1.4.1.1	Possibilidade de a Administração Pública realizar publicidade sem a contratação de agência de propaganda: as agências internas.....	36
1.2	Legislação aplicável à contratação administrativa de publicidade.....	39
1.2.1	Especificidades do setor publicitário: criatividade e tradição .....	40
1.2.2	Lei nº4.680/65 e seu Decreto nº 57.690/66.....	44
1.2.3	Lei nº 12.232/2010 .....	46
1.2.3.1	A construção da Lei nº 12.232/2010 como resposta ao escândalo do Mensalão.....	48
1.2.3.1.1	A régua da Lei nº 8.666/1993, agora Lei nº 14.133/2021, e do regime geral de contratações.....	50
1.2.4	O art. 4º da Lei nº 12.232/2010 e a adoção das normas de autorregulação setorial .....	54
1.2.4.1	O modelo brasileiro de publicidade: a autorregulação das Normas-Padrão e do Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP).....	55
1.2.4.1.1	Vantagens da adoção da autorregulação setorial .....	58
1.2.4.1.2	Problemas associados à autorregulação: a dificuldade em lidar com interesses públicos .....	61
1.2.4.2	Questões concorrenciais associadas à autorregulação publicitária .....	62
1.2.4.2.1	Definição de um modelo de remuneração.....	63
1.2.4.2.2	Adoção de um modelo específico de agência de publicidade e a certificação .....	65
1.2.4.3	Soluções possíveis para tais problemas: a regulação da autorregulação .....	67
1.2.4.3.1	Exame pelo CADE e a indicação da advocacia da concorrência .....	69
1.2.5	A normatização da Secom.....	74
1.2.5.1	Instruções Normativas.....	74
1.2.5.2	O modelo de edital e sua minuta padrão de contrato .....	75
1.2.5.3	Outros regramentos: notas técnicas e portarias.....	76

## CAPÍTULO 2

<b>FORMAS DE REMUNERAÇÃO, CONDIÇÕES CONTRATUAIS, PROBLEMAS E SOLUÇÕES NA MINUTA-PADRÃO DA SECOM</b> .....	79
---	----

2.1	Formas de remuneração .....	80
2.1.1	A remuneração por Desconto padrão: a tradicional remuneração fixada em 20% sobre o valor de veiculação .....	80
2.1.1.1	Adoção de patamares menores conforme os valores envolvidos .....	83
2.1.2	A remuneração por planos de incentivos ou bônus de volume.....	84
2.1.2.1	Bônus de volume de produção: a espécie não prevista pela legislação .....	86
2.1.2.2	Peculiaridades nos contratos administrativos, a partir do caso do Mensalão tal como analisado pelo Supremo Tribunal Federal .....	87
2.1.2.2.1	A noção de volume .....	88
2.1.2.2.2	A distribuição de tarefas entre Administração Pública e agência contratada.....	89
2.1.2.2.3	A remuneração por BV: o lucro privado a partir de recursos públicos .....	90
2.1.2.3	A cambiante jurisprudência do TCU sobre o tema .....	92
2.1.3	Remuneração a título de ressarcimento dos custos internos a partir de tabela referencial de preços do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado.....	95
2.1.4	Remuneração por honorários .....	97

2.1.4.1	Remuneração por honorários, referentes à produção e à execução técnica, prestados por fornecedores, desde que não haja o pagamento de desconto-padrão.....	98
2.1.4.2	Remuneração por honorários, referentes a pesquisas, renovação do direito de autor e reimpressão de peças publicitárias prestados por fornecedores, desde que não haja o pagamento de desconto-padrão.....	99
2.1.4.3	Remuneração por honorários, referentes à criação, a implementação e ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitárias, prestados por fornecedores, desde que não haja o pagamento de desconto-padrão.....	103
2.1.5	Remuneração por despesas com deslocamento .....	104
2.1.5.1	Exigências quanto à estrutura da agência e seus profissionais .....	106
2.2.	Condições contratuais .....	107
2.2.1	Não obrigatoriedade da execução do valor total do contrato.....	107
2.2.2	Adjudicação do contrato a mais de uma agência .....	109
2.2.2.1	Previsão de um procedimento de seleção interna.....	111
2.2.3	Cláusula de não competição no caso da Administração Pública indireta .....	112
2.2.4	Prazos de pagamento diferidos na prática .....	113
2.3	Problemas associados à configuração contratual .....	115
2.3.1	Assimetria de informação e a incerteza quanto à real motivação da agência nas decisões sugeridas para compra de espaço publicitário.....	118
2.3.1.1	As sugestões no âmbito da remuneração por desconto-padrão .....	118
2.3.1.2	O sigilo comercial na remuneração por bônus de volume.....	121
2.3.2	Incentivo para a agência aumentar sua própria remuneração: um problema agente-principal .....	123
2.3.2.1	Indicação de veiculação mais cara na remuneração percentual do desconto-padrão .....	124
2.3.2.2	Indicação de mais serviços na remuneração percentual por honorários.....	124
2.3.3	Atuação dissociada dos resultados.....	125
2.3.3.1	Remunerações associadas ao valor do espaço contratado e aos serviços de fornecedores.....	126
2.3.3.2	Comprometimento às metas e resultados firmados com os veículos, ao invés da Administração Pública, no caso da remuneração por bônus de volume .....	126
2.3.4	Atuação dissociada dos custos .....	128
2.3.4.1	Remuneração publicitária associada à veiculação.....	128
2.3.4.2	Remuneração associada aos custos de produção .....	129
2.3.5	Um modelo de remuneração com efeitos anticoncorrenciais.....	130
2.3.5.1	Desconto-padrão em valores determinados.....	130
2.3.5.2	Ressarcimento por custos internos segundo tabela .....	131
2.3.5.3	Remuneração por honorários e valores definidos segundo normas de autorregulação .....	133
2.3.5.4	Manutenção de um modelo de agência de publicidade <i>full service</i> e uma forma de contratação específica.....	133
2.3.5.5	Dificuldade de adotar um modelo de remuneração associado a diversos agentes .....	133
2.4	Soluções previstas na legislação e no modelo de contrato .....	136
2.4.1	Soluções quanto à assimetria de informação .....	136
2.4.1.1	Elaboração de um plano de mídia para a veiculação da publicidade .....	137
2.4.1.1.1	Observância de critérios técnicos.....	139
2.4.1.2	Atuação da agência apenas por ordem e conta do contratante (art. 4º da Lei nº 12.232/2010) .....	144
2.4.1.3	Cadastramento de veículos: o Midiacad.....	145
2.4.1.4	O dever de transparência dos valores gastos (art. 16 da Lei nº 12.232/2010).....	146
2.4.1.4.1	Outra transparência ainda não explorada: a comercial junto a veículos.....	149
2.4.2	Soluções quanto à possibilidade de a agência aumentar sua própria remuneração.....	150
2.4.2.1	Definição do objeto da contratação de serviços de publicidade (art. 2º da Lei nº 12.232/2010).....	150
2.4.2.2	O planejamento: Plano Anual de Comunicação e o Planejamento Anual de Mídia .....	152
2.4.2.3	O procedimento para seleção de fornecedores (art. 14 da Lei nº 12.232/2010).....	155
2.4.2.4	Negociação de espaço publicitário centralizada na Administração Pública: o Comitê de Negociação de Mídia .....	158
2.4.2.5	A proibição de a agência sobrepor seus interesses sobre os da Administração Pública contratante (art. 18, §2º da Lei nº 12.232/2010).....	160
2.4.3	Soluções quanto à atuação dissociada dos resultados.....	161
2.4.3.1	A checagem de veiculação .....	161
2.4.3.2	Questionário da Secom.....	162
2.4.4	Soluções quanto à atuação dissociada dos custos .....	163
2.4.5	Soluções quanto aos efeitos anticoncorrenciais .....	165
2.4.5.1	Disputa de percentuais de remuneração durante a licitação.....	165
2.4.5.1.1	Vincular os tipos de remuneração à existência de veiculação .....	167
2.4.5.2	Divisão de tarefas fora de uma lógica da agência de publicidade <i>full service</i> .....	168
2.4.6	Conclusão: soluções de meio que diminuem a margem de liberdade das agências e pressionam sua remuneração, sem induzir responsividade .....	168
2.5	A questão do regime de administração contratada na contratação administrativa de serviços de publicidade.....	169
2.5.1	Delineamento conceitual do regime de administração contratada .....	169
2.5.2	Legalidade do regime de administração contratada.....	171
2.5.3	Os problemas similares aos do regime de administração contratada .....	172
2.5.4	A inexistência de um regime de administração contratada .....	173
2.5.4.1	A ausência de completo reembolso de despesas e da garantia de lucro certo.....	174
2.5.4.2	Remuneração pelos trabalhos de administração .....	176
2.5.4.3	A agência que não atua sozinha como intermediária, mas depende da aprovação da Administração .....	177
2.5.5	A necessidade de se repensar como os contratos de publicidade estão organizados.....	178

## CAPÍTULO 3

### ALTERNATIVAS AO MODELO DE REMUNERAÇÃO E A NECESSIDADE DE SE REVER O MODELO DE CONTRATAÇÃO

DE PUBLICIDADE.....	181
3.1 Alternativas ao modelo de remuneração .....	181
3.1.1 Remuneração por um valor fechado: <i>fee</i> .....	184
3.1.1.1 Espécie de empreitada por preço global.....	186
3.1.1.2 Problemas associados à contratação por um preço fechado.....	187
3.1.1.2.1 Problemas associados à contratação administrativa por preço fechado: baixos incentivos para a boa execução do objeto .....	187
3.1.1.2.2 Problemas específicos do setor publicitário: a suposta economia gerada pelo desconto-padrão.....	189
3.1.2 Remuneração parcialmente associada a custos: remuneração por horas trabalhadas como empreitada por preço unitário.....	191
3.1.2.1 Dificuldade de controle e associação apenas parcial aos custos .....	192
3.1.3 Remuneração associada a resultados: <i>success fee</i> .....	193
3.1.3.1 A administração de resultados como fundamento .....	193
3.1.3.2 Questões a respeito da adoção de uma remuneração por resultados .....	199
3.1.3.2.1 Aplicabilidade em contratos de publicidade .....	199
3.1.3.2.2 Definição de critérios .....	201
3.1.3.2.3 Mensuração e atribuição do resultado .....	204
3.1.3.3 Caminhos para adoção de uma remuneração por resultados .....	206
3.1.3.3.1 O questionário de avaliação de desempenho já existente no âmbito federal.....	207
3.1.3.3.2 Adoção parcial de uma remuneração atrelada a resultados.....	208
3.2 Outra forma de contratação como requisito para outra forma de remuneração: a superação do <i>modelo brasileiro de publicidade</i> .....	209
3.2.1 Separação das atividades de veiculação e criação: surgimento de agências de mídia e agências de criação .....	209
3.2.1.1 Uma solução que vai além da obrigação do parcelamento do objeto: os problemas já citados .....	210
3.2.1.2 A prática disseminada internacionalmente de contratação separada entre mídia e criação .....	213
3.2.1.2.1 O gigante desafio de se questionar a organização setorial brasileira .....	215
3.2.1.3 Separação que não é panaceia: a coexistência de vários modelos.....	219
3.3 Perspectivas de mudanças .....	221
3.3.1 Diversificação dos agentes do setor publicitário e o enfraquecimento da autorregulação .....	221
3.3.1.1 Inadequação das regras para a publicidade digital .....	221
3.3.1.2 Rupturas no Conselho Executivo das Normas-Padrão .....	224
3.3.2 Persecução concorrencial sobre a concentração do mercado publicitário televisivo .....	227
3.3.2.1 Atuação das autoridades concorrenciais Europeias e a atuação do CADE a partir de 2020.....	227

CONCLUSÃO: UM MODELO DE REMUNERAÇÃO QUE DESPRESTIGIA A CONSENSUALIDADE NA CONTRATUALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	231
--	-----

REFERÊNCIAS.....	235
------------------	-----