

EXMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 2º VARA CÍVEL DA COMARCA DO RECIFE –
PE

Ação **0035899-86.2015.8.17.0001**

ARTIGO 19 BRASIL, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas/MF sob o n. 10.435.847/0001-52, com sede na Rua João Adolfo, 118 – conjunto 802 – CEP: 01050-020 – Centro – São Paulo – SP, vem por sua advogada, apresentar parecer na **AÇÃO INIBITÓRIA 0035899-86.2015.8.17.0001**, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

1. LEGITIMIDADE

A ARTIGO 19 é uma associação civil, sem fins lucrativos, fundada em Londres no ano de 1986. Tem como principal objetivo proteger e promover o direito à liberdade de expressão e acesso à informação, previstos pelo artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo este o motivo para adoção do referido artigo como nome da organização. O trabalho desenvolvido para a efetivação desses direitos humanos e a importância do tema a nível internacional mostraram a necessidade de expandir os escritórios da organização para outros países, como Quênia, Senegal, Tunísia, Myanmar, México e Brasil, o que permitiu à entidade participar ativamente da vida política das regiões em que está inserida.

A experiência em variados países gerou um maior conhecimento da realidade destes locais, suas práticas e legislações, o que fez ao longo dos anos que a organização pudesse contribuir com pesquisas, estudos e publicações, e a partir de 1991 passou a ter "status" consultivo junto a Organização das Nações Unidas – ONU.

Desde a sua fundação, a ARTIGO 19 desenvolveu mais de 2000 trabalhos, entre artigos, programas e campanhas voltados para a elaboração de princípios e padrões consagradores da liberdade de expressão e do acesso à informação. Atua em parceria com mais de 30 organizações espalhadas por mais de trinta países localizados na África, Ásia, Europa, América Latina e Oriente Médio, sendo, inclusive, membro fundadora da organização internacional Intercâmbio de Liberdade de Expressão (International Freedom of Expression Exchange - IFEX), a qual, por meio de sua rede global, congrega 72 organizações que atuam na defesa e promoção do direito à liberdade de expressão.

Especificamente na América do Sul, a ARTIGO 19 começou seu trabalho no ano 2000, após uma intensa participação em eventos que discutiam a liberdade de expressão na região. O fruto da participação efetiva nestes processos e o crescente envolvimento na promoção do acesso à informação e da liberdade de expressão na região levaram ao estabelecimento de representantes da entidade no Brasil e no México, entre 2006 e 2007.

A constante presença da ARTIGO 19 na América do Sul possibilitou a consolidação de uma rede de contatos e parcerias com atores regionais, tanto no setor privado quanto no setor público, como também com organizações da sociedade civil, jornalistas, mídia e órgãos internacionais, como a Relatoria para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, junto à Organização dos Estados Americanos (OEA). A ARTIGO 19 Brasil foi criada como pessoa jurídica brasileira, entidade sem fins lucrativos, no ano de 2008.

Pelo exposto, resta evidente a legitimidade da ARTIGO 19 para tratar dos temas abordados pela presente ação, pois advém do intenso conhecimento, experiência acumulada ao longo de tantos anos de atuação para a consolidação da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, no Brasil, América do Sul e em diversas partes do mundo, em interação com outras organizações da sociedade civil, devendo ser reconhecido à requerente interesse institucional para pleitear sua intervenção na qualidade de parecerista na presente ação.

2. INTRODUÇÃO

i. Síntese do Caso

Airton Cardim Prates Neto, artista plástico do Estado de Pernambuco, costumava utilizar sua página na rede social Facebook para se manifestar sobre o Projeto Novo Recife¹, empreendimento dirigido por um consórcio que, em 2008, ganhou o leilão para desenvolvimento da área do Cais José Estelita. O consórcio pretende implantar um grande empreendimento imobiliário que diferentes setores da sociedade pernambucana entendem que provocará grande dano ao patrimônio cultural e histórico da cidade, por desvirtuar o Cais, considerado um marco a ser protegido. As críticas e denúncias contra o consórcio tem sido muitas e variadas, advindas de uma grande diversidade de interlocutores.

¹<http://www.novorecife.com.br/>

Em determinada ocasião, que dá origem a essa ação, o artista publicou em sua página pessoal uma imagem que exprime uma crítica às construtoras que compõem o projeto. Nela, à frente de um pano de fundo de grandes prédios, em alusão ao empreendimento Novo Recife, há quatro figuras semelhantes a homens de proporções avantajadas, com rolos compressores ao invés de pernas, o que sugere seu caráter predatório. No lugar de rostos, cada homem tem um logo de uma das empresas responsáveis pelo empreendimento. Por fim, lê-se: "Quem manda em Recife?".

A imagem, de conteúdo satírico, é a seguinte:



Diante da publicação, a construtora MOURA DUBEUX ENGENHARIA S/A que, em associação com outras três empresas de incorporação imobiliária, criou a NOVO RECIFE EMPREENDIMENTOS S/A, responsável pelo empreendimento citado, voltou-se judicialmente contra Airton, alegando que sua conduta é (i) difamatória à imagem da empresa; e (ii) violadora de seu signo distintivo. Dessa forma, requer na peça inicial da ação inibitória (com antecipação parcial de tutela), em que também figura como demandado o FACEBOOK, pagamento de indenização por danos morais, além da remoção do conteúdo da internet.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO INTERNACIONAL

O estabelecimento de sistemas democráticos em nossas sociedades contemporâneas veio acompanhado de uma série de padrões internacionais que buscam garantir a liberdade de expressão. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19, dispõe que a liberdade de expressão é um direito humano universal e que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e pensamento; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, procurar, receber e transmitir informações e ideias por *quaisquer meios e independentemente de fronteiras* .

No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), tratado das Nações Unidas ratificado por diversos países, dentre eles o Brasil, estabelece que:

ARTIGO 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha.

A partir disso, verificamos cinco elementos basilares na definição internacional de liberdade de expressão:

- pertence a todos sem distinção;
- inclui o direito de buscar, receber e difundir informações e ideias;
- abarca informações e ideias de toda e qualquer natureza;
- está garantida sem limitações de fronteiras;
- pode ser exercida através de quaisquer meios de comunicação.

A Convenção Americana, ratificada pelo Brasil em setembro de 1992, também consagra em seu artigo 13 o livre fluxo de ideias e avança ao estabelecer que o direito à liberdade de expressão não pode estar sujeito à censura prévia.

a) Restrições legítimas à liberdade de expressão

Entende-se que a liberdade de expressão pode encontrar limitações em outros direitos humanos igualmente consagrados. Por exemplo, as leis que protegem a reputação e a privacidade tem o condão, em algumas circunstâncias, de restringir o direito à liberdade de expressão. Nestes casos, ocorre uma colisão de direitos fundamentais e, por não haver hierarquia automática entre tais direitos, o equilíbrio e a harmonização do sistema jurídico dependerá da aplicação de um conjunto de regras previamente definidas pelos próprios padrões internacionais. O PIDCP, no parágrafo 3º do artigo 19, determina claramente os parâmetros que deverão ser analisados ante os casos de possíveis restrições.

Tais parâmetros são definidos pelo “teste de três partes”:

§3º. O exercício das liberdades previstas no parágrafo 2 do presente artigo comporta deveres e responsabilidades especiais. Pode, em consequência, ser submetido a certas restrições, que devem, todavia, ser expressamente fixadas na lei e que são necessárias:

- a. Ao respeito dos direitos ou da reputação de outrem;
- b. À salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, da saúde e da moral públicas.

Depreende-se disso que, primeiramente, qualquer restrição à liberdade de expressão deverá estar prevista por lei e regulamento de forma clara e objetiva. Isto é, o artigo 19 não admite que uma lei demasiadamente vaga e não facilmente acessível disponha sobre qualquer restrição à liberdade de expressão, uma vez que tais tipos de lei vagas permitem interpretações muito amplas, possibilitando abusos. Além do que, sabe-se que tais leis imprecisas possuem um forte efeito inibidor, pois os indivíduos

acabam, por cautela, se autocensurando, por não saberem quais manifestações poderão ser definidas como violação a outros direitos.

A segunda parte do teste determina que a restrição deverá proteger um fim considerado legítimo pelo direito internacional. O próprio artigo 19 em suas alíneas “a” e “b” define quais são estes propósitos. Tais fins representam uma lista taxativa. Assim sendo, nenhuma outra finalidade poderá ser agregada à lista.

E por fim, a terceira e última parte do teste expressa que toda e qualquer restrição deverá ser efetivamente necessária para a proteção daquele propósito legítimo previsto em lei. Isto é, a restrição deverá dar-se em resposta a uma necessidade social real e premente, e deverá ser o menos intrusiva possível.

A respeito da terceira parte do teste, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, através do Comunicado Geral nº 27, observou que:

As medidas restritivas devem ajustar-se ao princípio da proporcionalidade, devem ser adequadas para desempenhar sua função protetora; devem ser o instrumento menos perturbador daqueles que permitem o resultado desejado e devem guardar proporção com o interesse que se quer proteger.

Como Estado signatário do PIDCP desde 1992, os órgãos judiciários brasileiros devem aplicar o teste ao analisar um caso de colisão de direitos e possíveis restrições ao direito à liberdade de expressão.

O TESTE DE 3 FASES PARA VERIFICAR SE RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO PODEM SER CONSIDERADAS LEGÍTIMAS DE ACORDO COM O DIREITO INTERNACIONAL:

1. A possibilidade de restrição está prevista em lei;
2. A restrição à liberdade de expressão tem por fim proteger um dos “fins legítimos” protegidos pelo artigo 19 do PIDCP;
3. No caso concreto, a restrição é mesmo necessária e proporcional, tendo-se por base os princípios que orientam uma sociedade democrática.

b) Humor e crítica política

É importante ressaltar que o apelo da paródia não se justifica meramente por seu caráter de entretenimento, mas também pelo *potencial crítico e transformador* que ela apresenta. Por isso, atualmente a paródia não se restringe apenas ao ramo da literatura, mas encontra espaço em outros tipos de discurso, como a publicidade e *mensagens de caráter político*. Assim, é importante que se compreendam os mecanismos e padrões de proteção da expressão humorística no contexto geral da liberdade de expressão, especialmente quando ela se reveste de uma carga crítica – inclusive para se entender mais profundamente os efeitos negativos do seu cerceamento.

Em primeiro lugar, destaca-se que os dispositivos de proteção à liberdade de expressão, apresentados no tópico acima, sublinham sua abrangência estendida a *toda modalidade de expressão do pensamento*, incluindo o humor e, especificamente, a paródia. Em termos de legislação e jurisprudência, nacionais e internacionais, a relação que se estabelece com mais frequência entre discursos humorísticos, em especial a paródia, e liberdade de expressão ocorre no âmbito dos *direitos autorais*.

A Suprema Corte Norte-Americana, em *Campbell VS. Acuff-Rose Music, Inc²*, caso paradigmático sobre paródia e direitos autorais, estabeleceu a noção de que uma paródia comercial pode corresponder a uma prática de fair use (uso justo), isto é, uma exceção à proteção concedida ao autor. No mesmo sentido funciona esse regime na Europa, vez que a Diretiva 2011/29/EC sobre a harmonização de certos aspectos dos

²<http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html>

direitos autorais e direitos correlatos na sociedade de informação³, em seu artigo 5, excetua a paródia das limitações por direitos autorais.

A ARTIGO 19, em sua Série de Princípios Internacionais "Direito ao Compartilhamento: Princípios sobre a Liberdade de Expressão e Direitos Autorais na Era Digital", estabelece que:

"A utilização criativa e transformadora de trabalhos originais sujeitos aos direitos autorais deve se beneficiar de uma proteção mais ampla de acordo com a exceção do tratamento justo dos direitos autorais. "⁴

No Brasil, o respaldo normativo para a paródia também se encontra nesse contexto. A lei 9610/98, conhecida como "Lei de Direitos Autorais", em seu artigo 47 permite a realização da paródia como uma exceção ao direito de autor. Diz o dispositivo: "são livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito".

É salutar a exceção às paródias no âmbito dos direitos autorais, tanto no âmbito normativo quanto na jurisprudência, pois demonstra conformidade com a garantia da liberdade de expressão criativa do indivíduo. Entretanto, tal expressão pode ocorrer de diversas maneiras, que extrapolam o contexto dos direitos autorais, como o caso em questão revela, trazendo à discussão um conflito com direito de marca. Dessa forma, por serem o humor e a crítica expressões legítimas contempladas pelos dispositivos internacionais de liberdade de expressão, é imprescindível a aplicação da regra das três partes, previamente mencionada, em todos os casos para que, diante de um juízo de necessidade e proporcionalidade, seja possível evitar restrições indevidas a esse direito em favor de direitos de propriedade intelectual.

³<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32001L0029>

⁴ <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/3716/13-04-23-right-to-share-PO.pdf>

c) Difamação Civil

Embora a conduta conhecida como "difamação", no Brasil, se refira a um tipo penal – por muitas vezes o termo é levantado na argumentação como forma de demonstrar o "bom direito" que enseja a indenização cível pretendida pelos autores.

Uma vez que a "ofensa conta a honra" (enquanto expressão geral que remete a algum tipo de discurso lesivo à reputação de alguém) comumente encontra-se em conflito com a liberdade de expressão daquele que emite o discurso, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui uma série de padrões a serem seguidos para análise dos casos concretos em que se alegue difamação.

Na medida em que tanto a liberdade de expressão quanto a reputação são direitos fundamentais e não há hierarquia entre eles, faz-se necessária uma análise ponderada que almeje o mínimo de restrição de direitos possível frente a uma eventual colisão. O ponto central dessa análise é a avaliação de necessidade e proporcionalidade, explicitada pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que, em seu artigo 19 (3), como mencionado acima, prevê que qualquer restrição sobre o direito à liberdade de expressão deverá obedecer a uma lei ou regulamento; que a restrição legalmente sancionada deverá proteger ou promover uma finalidade considerada legítima sob o direito internacional e, por fim, que a restrição deverá ser necessária para a proteção ou promoção de uma finalidade legítima.

A partir dessas ponderações gerais, estabeleceram-se parâmetros específicos para a tratativa das ofensas contra a honra e a reputação (difamação, calúnia, injúria, desacato). Dentre estes parâmetros, há algumas premissas básicas que devem ser seguidas para a elaboração de "boas leis", que protejam, efetivamente, as pessoas contra as declarações *falsas* que *causem danos* a suas reputações. Assim, conclui-se que os elementos inerentes a uma conduta lesiva à honra e reputação (independente do tipo de responsabilização a ela atribuída) são:

- ser falsa;
- ser de uma natureza baseada em fatos (não opiniões);

-
- causar danos; estes danos deverão ser à reputação da pessoa correspondente, o qual em seu turno quer dizer que a declaração em questão deverá ter sido lida, ouvida ou vista por outros;
 - não deve se tratar predominantemente de assuntos de relevante interesse público e social.

O primeiro requisito justifica-se pois diferentemente de ataques injustificados à reputação de um indivíduo, manifestações baseadas em fatos verídicos não tem o condão de difamar alguém. Não seria razoável punir o indivíduo por dizer a verdade. Além disso, expressões de opiniões não devem ser consideradas difamatórias, visto que o juízo de valor é um direito subjetivo de todo indivíduo, de forma que apenas declarações relacionadas a fatos podem, eventualmente, ser alvo de responsabilização. Por fim, é essencial que a declaração em questão cause dano efetivo à reputação e que esse dano seja demonstrado objetivamente.

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO ONLINE

A internet, desde a sua criação, vem se consolidando como o meio de comunicação mais difundido e incorporado a uma miríade de aspectos da vida humana na modernidade, constituindo um dos avanços tecnológicos mais significativos da história. Justamente por esse caráter, pode-se dizer que a internet, livre e aberta, com acesso amplamente difundido, tornou-se um dos mais importantes instrumentos para o fortalecimento da democracia, a obtenção de transparência na administração pública e a garantia do pleno gozo da liberdade de expressão. Afinal, a rede permite que “a informação, agora em formato digital, seja descentralizada, diversificada e democratizada, possibilitando aos usuários interagir com a informação⁵”.

5Cf. Yuchai Benkler, Rules of the road for the information superhighway: electronic communications and the law. Saint Paul: West Publishing, 1996, p.28.

Na esteira desse fenômeno relativamente novo e complexo, padrões internacionais e nacionais concernentes aos chamados “direitos digitais” tem sido desenvolvidos.

No âmbito dos direitos internacionais, por exemplo, tem-se entendido que a liberdade de expressão deve ser amplamente garantida na internet e o seu acesso assegurado a todos sem discriminação. Para tal, além dos padrões específicos da internet, deve-se aplicar, subsidiariamente, padrões gerais de liberdade de expressão.

Em 1999, o Relator Especial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre Liberdade de Expressão⁶ afirmou que a Convenção Americana protege igualmente a liberdade de expressão manifestada offline e por meio da internet:

A comunidade dos Estados Americanos reconhece explicitamente a proteção do direito à liberdade de expressão na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Esses instrumentos permitem uma interpretação ampla no âmbito da liberdade de expressão de modo que o conteúdo da internet está abrangido pelo Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Por fim, o relator estimula os Estados membros a se absterem da aplicação de qualquer tipo de regulamentação que possa violar os termos da Convenção. (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, no Comentário Geral n. 34⁷ elaborado em setembro de 2011, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas ao interpretar o artigo 19 do PIDCP entende que:

O parágrafo 2 protege todas as formas de expressão e os meios para a sua difusão. Estas formas compreendem a palavra oral e escrita, a linguagem de signos e expressões não verbais, tais como as imagens e os

⁶Ver o Relator Especial da OEA sobre Liberdade de Expressão, Relatório Anual, Vol. 3 (1999), disponível no site: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99eng/Volume3c.htm>

⁷Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>

objetos artísticos. Os meios de expressão compreendem os livros, os jornais, os folhetos, os banners, os cartazes, as roupas, as alegações judiciais, assim como modos de expressão audiovisuais, eletrônicos ou pela internet, em todas as suas formas (grifo nosso).

Tendo em vista o extenso debate sobre os parâmetros internacionais da liberdade de expressão online, em 2011, o Relator Especial das Nações Unidas sobre Proteção e Promoção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão elaborou um relatório sobre as principais tendências e desafios relacionados ao direito de procurar, receber e transmitir informações e ideias de todos os tipos através da internet. Neste relatório⁸, explicita-se que a internet é um meio de comunicação legítimo e está completamente compreendido pelos padrões internacionais:

*Ao prever explicitamente que todos os indivíduos têm o direito de se expressar através de qualquer mídia, o Relator Especial sublinha que o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto foi elaborado com previsão de **incluir e acolher os futuros desenvolvimentos tecnológicos através dos quais os indivíduos poderão exercer seu direito à liberdade de expressão**. Assim, o quadro dos direitos humanos internacionais permanece relevante e igualmente aplicável às novas tecnologias de comunicação, tais como a Internet. (grifo nosso)*

O Relator Especial também destaca a natureza única e transformadora da internet não só para permitir que os cidadãos exerçam o seu direito à liberdade de opinião e expressão, mas também uma gama de outros direitos humanos.

Nesse sentido, é importante destacar a importância da internet especificamente para veiculação de peças humorísticas e de todo o tipo de crítica, seja política, econômica ou social, por meio do humor ou de qualquer espécie de expressão artística. É por meio dessa rede de comunicação online que milhares de usuários podem expressar opiniões e críticas, além de expôr suas criações, seja com fim lucrativo ou não, de forma simplificada, com baixos custos e com amplo potencial de

⁸http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf

difusão. Dessa forma, a garantia de proteção dessas modalidades de expressão do pensamento na internet é essencial na construção de uma sociedade mais democrática.

Além disso, a liberdade de expressão na Internet revelou-se como tema central no desenvolvimento do Marco Civil da Internet, de forma que a garantia desse direito é um dos pilares da lei, expresso em seu art. 3º:

"Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;"

Verifica-se, portanto, que os padrões internacionais enfatizam a importância da internet para a liberdade de expressão, destacando sua natureza essencial para a efetivação desse direito, visto que garante maior facilidade, em relação aos veículos tradicionais, no acesso a meios pelos quais os indivíduos podem expressar livremente suas ideias.

5. MARCA, PARÓDIA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O caso ao qual se refere o presente parecer também diz respeito aos conflitos entre propriedade intelectual e liberdade de expressão, no contexto de paródias, mas sob a perspectiva do direito marcário, e não dos direitos autorais. A base legal utilizada nas alegações que buscam suprimir paródias por suposta violação à marca costuma ser, principalmente, o inciso IV do art. 132 da Lei de Propriedade Industrial, segundo o qual:

"O titular da marca não poderá: (...) IV - impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, *desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo.*"

Um exemplo emblemático em que se materializou esse conflito é o caso "Falha de São Paulo".⁹ Em 2010, os irmãos Mario e Lino Bocchini criaram um blog satírico denominado Falha de São Paulo, com o intuito de parodiar o conteúdo do grande veículo de comunicação Folha de São Paulo. O blog reproduzia elementos da identidade visual da Folha, adaptados de forma a causar efeito cômico – mas também de crítica política, visto que se aproximavam as eleições presidenciais daquele ano – por meio de fotomontagens e comentários irônicos sobre notícias divulgadas pela Folha. Diante disso, a Folha ingressou com ação judicial cível contra Mario Ito Bocchini, com pedido de antecipação de tutela, alegando que o blog violava os direitos de marca da autora.

Em casos de direito marcário, os recursos para basear argumentação frente a paródias são mais escassos do que em relação aos direitos autorais. Na sentença de primeiro grau do caso "Falha de São Paulo", o próprio juiz reconhece essa realidade:

"A jurisprudência brasileira a respeito do tema é rarefeita, não havendo casos célebres a respeito do direito de utilização de marca, sem autorização do titular, com a finalidade de paródia, seja de forma geral, seja, especificamente, na internet. Os casos de conflito entre marcas e nomes de domínio envolvem, sempre, disputa comercial pura e evidente."

No caso de que tratamos, assim como no caso "Falha", não há "disputa comercial pura e evidente", pois a utilização da logomarca alheia serve a um propósito artístico e crítico. Dessa forma, é necessário realizar uma análise mais cuidadosa, a partir de entendimentos internacionais a respeito do tema, para evitar restrições excessivas à liberdade de expressão em nome de uma suposta proteção às marcas em questão.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o suposto conflito existente em ambos os ocorridos se dá entre uma garantia constitucional, a liberdade de expressão,

9 http://desculpeanosafalha.com.br/wpcontent/uploads/2010/10/processo_folha.pdf

e um direito subjetivo advindo de norma legal infraconstitucional, relativa à marca. Nesse sentido, há discussões doutrinárias, em especial nos Estados Unidos, sobre o uso excessivo das alegações relativas à Propriedade Intelectual. Mark Lemley¹⁰, diretor do programa de Direito, Ciência e Tecnologia da Universidade de Stanford e referência no estudo da Propriedade Intelectual, entende esse fenômeno como “propertização”, isto é, a aplicação de valores intrínsecos às marcas, transformando-as em fins em si, e não mais meios para um fim, qual seja, a identificação de produtos e serviços específicos.

Tal fenômeno¹¹ traz como consequência a expansão de certos direitos em contextos indesejáveis para a concretização de princípios constitucionais, em especial a liberdade de expressão. A tutela sobre a marca quando não há possibilidade de confusão efetivamente presente ilustra tal fenômeno, uma vez que acarreta o aumento desarrazoado de outros custos sociais, como a livre manifestação do pensamento e da expressão criativa.

Superada essa ressalva preliminar, na tratativa do “uso indevido de marca” em contraposição à liberdade de expressão, é possível resumir a análise a dois pontos principais: i. a possibilidade de confusão da marca e seu caráter distintivo ii. o caráter comercial (ou não) da paródia.

O primeiro ponto diz respeito à própria natureza da marca, visto que ela, diferentemente dos direitos autorais, não existe para garantir um “estímulo” à produção devido à exclusividade comercial, mas sim como forma de associar o símbolo a um produto ou serviço específico, indicando sua origem.

Em relação ao “caráter comercial”, as legislações de marca, no geral, costumam conter vedações a qualquer “uso comercial” por parte de terceiros. O grande problema é a definição do escopo de tal uso, pois vale recordar, *não se pode restringir a liberdade de expressão por meio de norma demasiadamente ampla e/ou pouco clara*. Contudo, a própria legislação de marca brasileira faz referência ao uso

10LEMLEY, Mark A. The modern Lanham Act and the death of common sense. Yale L. J., v. 108, p. 1687-1715, 1999.

11LEMLEY, Mark A. Romantic Authorship and the Rhetoric of Property, 75 Tex L Ver 873, (1997)

com “conotação comercial”, excepcionando-o das hipóteses em que o detentor da marca não pode restringir o seu uso.

O caso *L.L. Bean v. Drake Publishers, Inc.*¹², constitui um paradigma nessa discussão. Trata-se de uma paródia efetuada pela ré *Drake Publishers, Inc.*, titular da *High Society*, um jornal mensal de entretenimento erótico adulto do estado do Maine, nos Estados Unidos. Em 1984, publicou em seu periódico uma paródia de duas páginas, fazendo referência direta à marca da autora em um cenário erótico e propositadamente cômico. A autora buscou uma liminar para impedir a circulação da revista, alegando violação de marca, dentre outras questões.

Na decisão final, proferida pela Corte de Apelação da Primeira Circunscrição dos Estados Unidos, o pedido não prosperou, pois se entendeu que embora integrasse um material claramente comercial, a paródia não se encontrava em lugar de destaque e por não intuir a venda de nenhum produto, a paródia em si não poderia ser classificada como comercial. Concluindo, a corte determinou que a autora não poderia se blindar de receber críticas ou se ver em contextos menos favoráveis em razão de uma suposta violação de marca ou diluição. Alegou-se que *“negar a possibilidade de uma paródia, fazer humor com base em piadas de símbolos que fazem parte do tecido social de nossas vidas diárias constituiria uma grave censura.”*

Em outro caso, o *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Counsel*, a Suprema Corte Norte-Americana estreitou bastante o conceito, definindo como “uso comercial” aquele que “não faz mais do que propor uma transação comercial”, sentido semelhante ao apresentado na *Directive 2008/95/EC Of The European Parliament And Of The Council*.¹³

Essas orientações, que priorizam a liberdade de expressão em detrimento de alegações de “uso comercial”, corroboram a ideia de que se trata de um parâmetro de difícil mensuração, pois mesmo a publicação de uma paródia que obtenha lucro, se contiver elemento artístico expressivo, que carregue uma mensagem para além de uma transação comercial, será considerada como não-comercial.

¹²<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/625/1531/2300910/>

¹³<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:299:0025:0033:en:PDF>

Nesse caso, apenas a publicação que vise exclusivamente um ganho comercial poderia ser considerada com esse caráter, de forma a eventualmente suprimir a liberdade de expressão. Trata-se de uma visão coerente com a noção de que, não havendo violação clara, a liberdade de expressão não pode ser prejudicada em razão de alegações baseadas em interpretações excessivamente amplas de termos legais como "uso comercial".

6. APLICAÇÃO AO CASO

O caso em tela exemplifica uma conjunção entre alegações sobre uso indevido de marca e difamação, que concluem com a um pedido de remoção de conteúdo e indenização que, se concedido, constituiria restrição ilegítima à liberdade de expressão do demandado.

i. Uso indevido de marca

Como foi demonstrado anteriormente, há dois passos essenciais na análise para concluir se uma paródia tem o condão de violar direito de marca de terceiro, sendo eles (i) a existência de confusão causada pela paródia em relação à marca registrada e (ii) a existência de uso comercial da marca no exercício da paródia. Em relação à primeira hipótese não há menção a essa possibilidade na peça inicial, visto que a imagem em questão possui claras modificações em relação às marcas originais e não há qualquer dúvida em relação a seu caráter satírico. Já quanto ao uso comercial, é sugerido que o autor da imagem teria, por meio de sua publicação, buscado imputar fato ofensivo à reputação das empresas, o que prejudicaria seus serviços.

Um caso internacional emblemático, que pode elementos interessantes ao debate, é o caso da ação movida pela Danone Corporation contra o website "Je Boycotte Danone". Este último, era parte de uma campanha que propunha um boicote

geral à empresa por realizar excessivos cortes de empregos na França. No ano de 2001, a Danone conseguiu, por meio de duas decisões liminares, que o site fosse retirado do ar. Posteriormente, a Corte de Paris confirmou que o uso do nome e logo da Danone pelo site infringia direitos de marca da sociedade.

A exceção da paródia, invocada pela defesa, não foi aceita pela Corte na ocasião. Entretanto, em abril de 2013, a Corte de Apelação de Paris reformou essa decisão, considerando as ideias expressas pelo movimento Je Boycotte Danone e seu website como puramente polêmicas e críticas, e não comerciais. De acordo com a Corte, o uso do logo da empresa se fez necessário para explicar o caráter político e polêmico da campanha. Também ressaltou o valor constitucional da liberdade de expressão e considerou a impossibilidade de confusão entre a paródia e a marca original.

Tal decisão corrobora a ideia de mínima restrição à liberdade de expressão frente a alegações de direito de marca. Além disso, o fato de não haver caráter comercial explícito, nem possibilidade de confusão, contribuíram para a prevalência da liberdade de expressão.

O argumento relativo à possibilidade de prejuízo aos negócios da empresa também não poderia prosperar, visto que "uso comercial" tem sentido de "transação comercial", exclusivamente. No caso Danone, ainda, o uso da marca encontrava-se em um contexto de campanha de boicote à empresa e, mesmo assim, entendeu-se tratar de mensagem política, plenamente resguardada pela liberdade de expressão.

No caso em tela, não há ao menos uma intenção explícita de promover um boicote às construtoras, mas apenas a veiculação de uma crítica por parte do autor, que exprime suas convicções por meio da arte. Não há que se falar, sob nenhum aspecto, em caráter comercial que poderia, eventualmente, configurar uso indevido da marca.

ii. Difamação civil

Em relação às alegações de que a publicação tem caráter difamatório à reputação das construtoras representadas na imagem, é essencial retomar os padrões internacionais que orientam, sob o norte da proporcionalidade, as possibilidades de responsabilização no âmbito civil.

Dentre os requisitos previamente mencionadas para configuração de conduta difamatória, encontra-se a necessidade de existência *de dano objetivo* causado à reputação do suposto ofendido.

A questão do dano, associada também ao interesse público, é tratada no Princípio 10 da Declaração dos Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela CIDH:

10. As leis de privacidade não devem inibir nem restringir a investigação e a difusão de informação de interesse público. A proteção à reputação deve estar garantida somente através de sanções civis, nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou uma pessoa pública ou particular que se tenha envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público. Ademais, nesses casos, deve-se provar que, na divulgação de notícias, o comunicador teve intenção de infligir dano ou que estava plenamente consciente de estar divulgando notícias falsas, ou se comportou com manifesta negligência na busca da verdade ou falsidade das mesmas.

No caso, em nenhum momento é demonstrado o dano objetivo causado pela charge à corporação autora da ação. Inclusive, não há que se falar em intenção de infligir dano por parte do artista, uma vez que sua crítica é exclusivamente política e não diz respeito à qualidade dos serviços prestados pelas construtoras ou à sua história, mas tão somente ao seu envolvimento no projeto Novo Recife, que está revestido de interesse público, ainda que explorado por particular.

Isso, somado ao fato de que não se pode associar expressão artística a um juízo de veracidade e que a charge contém, em si, uma opinião do autor, afasta a proteção de fim considerado legítimo pelo direito Internacional, segundo requisito do "teste das três partes", já que, como exposto previamente, a falsidade e o caráter baseado em fatos da publicação, além do dano efetivo, são necessários para a configuração de uma conduta possivelmente ofensiva à honra de acordo com os padrões internacionais. O terceiro elemento do teste, segundo o qual medidas restritivas devem ser necessárias e adequadas à proteção do fim legítimo, conseqüentemente, também é afastada.

Ademais, as modificações realizadas nas logomarcas são constitutivas da própria mensagem que o autor visava transmitir, são elementos da paródia compartilhada por ele e essenciais para a compreensão da crítica política realizada. Dessa forma, devem ser protegidas pela liberdade de expressão.

7. CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é um dos direitos mais caros a qualquer regime democrático. Por isso, não é resguardada apenas pelas leis maiores dos ordenamentos de cada país, mas também conta com proteção especial assegurada pela elaboração de padrões internacionais. Essa garantia estende-se a qualquer tipo de discurso que não se enquadre nas vedações explícitas, existentes tanto em leis quanto nos próprios padrões mencionados. O humor, forma de expressão que pode ser instrumentalizada para a realização de críticas de cunho político e social, na forma, por exemplo, de paródias, encontra-se plenamente contemplado por essa garantia constitucional e internacional.

O Direito Marcário, que busca proteger os detentores de marcas e outros símbolos distintivos contra usos comerciais e que possam causar confusão em seus potenciais clientes, não pode ser utilizado como forma de obstar a liberdade de expressão. Embora doutrina e jurisprudência sejam escassas nessa problemática em específico, é possível notar entendimentos nesse sentido – não havendo confusão clara ou uso comercial explícito (no sentido de uso que objetiva a realização exclusiva

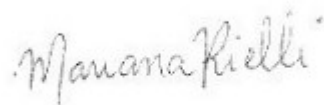
de transações comerciais), este não pode ser um argumento para impedir a realização de paródias por meio de marcas.

Ademais, é da própria natureza da paródia a modificação dos símbolos distintivos de forma a expressar a mensagem que o autor pretende veicular. No caso, o artista Airton Cardim Prates Neto, buscou, por meio da imagem, realizar uma crítica política ao envolvimento de três construtoras, dentre elas a autora da ação, em um projeto de grandes dimensões, que impacta de forma clara sobre temas de relevância pública. Não há indícios de que, com a gravura, buscou ofender a imagem das construtoras para além daquele projeto específico, seja na qualidade de seus serviços, ou em sua história no local. Tratou-se, exclusivamente, de crítica legítima contra o empreendimento Novo Recife, no Cais Estelita, manifestação plenamente resguardada pela Liberdade de Expressão.

Diante de todo o exposto, é essencial concluir que não há justificativa plausível para que o presente caso dê ensejo a qualquer tipo de condenação. Um resultado nesse sentido violaria, a pretexto de proteção da marca e da reputação da corporação envolvida, a garantia do direito à liberdade de expressão artística do indivíduo, representando uma grande afronta aos direitos humanos e contrariando o próprio espírito democrático resguardado em nosso país.



CAMILA MARQUES
OAB/SP n. 325.988



MARIANA RIELLI
Estagiária de direito