

O direito de marcas e a liberdade de expressão

Aluno: Douglas Santos Andrade dos Reis
Orientador: Pedro Marcos Nunes Barbosa

Introdução

Dentre todos os princípios emanados do texto constitucional, o princípio da liberdade de expressão é o mais debatido nos meios de comunicação. Diversos casos polêmicos, desde críticas proferidas pelos jornalistas Paulo Henrique Amorim¹ e José Luiz Datena², até manifestações do deputado federal Jair Bolsonaro³ e a decisão do STF⁴ sobre a liberação da marcha da Maconha, se coloca em pauta o sentido e os limites do princípio da liberdade de expressão.

O presente trabalho, diante do exponencial relevo desse princípio, tem por fito apurar esse direito fundamental no âmbito das pretensões jurídicas movimentadas por grandes empresas contra manifestações culturais que usam marcas nas suas produções lítero-poéticas. Assim, a pesquisa tem como objetivo abordar a legitimidade de proibições de manifestações culturais e artísticas sob a justificativa de que estas estariam violando o direito marcário, por utilizar o nome de marcas. No bojo dessa questão, está a colisão entre o direito de Liberdade de expressão e a direito de propriedade de marcas. Assim, com a finalidade de dirimir essa controvérsia, será analisada a natureza jurídica, bem como a extensão e os limites, do princípio de liberdade de expressão e a propriedade de marcas. Será tangenciado a vedação da censura, seja por impulso do Estado, seja por iniciativa de instituições privadas. Por fim, será abordado como o poder judiciário resolveu os casos concretos em que se contrapõem esses dois direitos tutelados constitucionalmente.

1-A Liberdade de Expressão consagrada na constituição

1.1. Conceito

A liberdade de expressão é um dos princípios fundamentais de maior relevo, pois corresponde a uma das mais antigas reivindicações dos homens⁵. Com efeito, a Constituição republicana, comprometida com os valores imanes da dignidade humana, consagra a liberdade de expressão, em diversos dispositivos, já que o legislador constituinte registrou as liberdades de manifestações de pensamento⁶ e de expressão intelectual⁷ no rol dos direitos fundamentais, bem como entre o capítulo que disciplina a cultura⁸ e a comunicação social⁹.

É especialmente importante registrar que a liberdade de expressão é um princípio constitucional de eficácia plena¹⁰ e de aplicabilidade imediata¹¹. A liberdade de expressão é sobretudo um princípio, que é uma *“porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”*¹². Os princípios se diferenciam das regras, tanto no conteúdo¹³, quanto na aplicabilidade¹⁴. Mas, a diferença de suprema importância é o fato de que a violação de um princípio *“é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado”*¹⁵.

Na esteira da melhor doutrina, a liberdade de expressão é composta em duas dimensões: uma substantiva e outra instrumental. A dimensão substantiva compreende a atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A dimensão instrumental traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento¹⁶. É válido registrar que entre as formas de explicitar a liberdade de expressão se encontrara a manifestação cultural, artística e musical¹⁷.

Esse princípio constitucional não significa apenas uma ação de explicitar a sua opinião, crença ou valor, já *“que na liberdade de manifestação de pensamento se inclui também o direito de tê-lo em segredo, isto é, direito de não manifestá-lo, recolhendo-o na esfera íntima do indivíduo”*¹⁸.

A liberdade de expressão também tem uma dimensão extremamente atrelada à necessidade humana ínsita de sociabilidade, já que *“Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contato do indivíduo com seus semelhantes, pela qual o homem tenda, por exemplo, a participar a outros crenças,*

seus conhecimentos, sua concepção do mundo suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos”¹⁹.

É a liberdade de expressão um meio para atingir certos propósitos albergados pela constituição, conforme expõe a doutrina:

“Jonatas E. M. Machado observa, especificamente quanto a liberdade de expressão, que 'A doutrina constitucional costuma debruçar-se sobre alguns objetivos fundamentais, como sejam, entre outros, a procura da verdade, a garantia de um mercado livre de ideias, a participação no processo de autodeterminação democrática, a proteção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade e a expressão da personalidade individual’”²⁰.

Esse princípio de grande escalão na constituição está imbricadamente vinculado ao Estado Democrático de Direito.

*“A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de idéias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo”*²¹

Portanto, a liberdade de expressão é um princípio constitucional de máxima importância, abarcado no rol das cláusulas pétreas²², e, portanto, é impossível, dentro de um contexto de normalidade democrática, a sua supressão ou suspensão.

1.2 Vedação a censura

Os dispositivos constitucionais da vedação a censura visam extirpar qualquer lastro de uma prática comum dos regimes ditatoriais²³.

A proibição à censura é ampla e geral, conforme explicitado na Carta magna²⁴. A Censura compreende

“o expediente maléfico e execrável, contrário ao regime constitucional das

liberdades públicas. Reveste-se numa ordem, num comando, proveniente do detentor do poder, o qual deseja impedir a circulação de idéias e ideais, que se entrechocam com determinados valores, tidos como imutáveis, perenes, insuscetíveis de contrariedades, considerados verdadeiros dogmas pelos seus defensores”²⁵

No Caso de uma lei promulgada²⁶ com o intuito de impedir programas de humor de veicularem sátiras dos candidatos na época de propaganda eleitoral, se avistou de forma clara e objetiva como a censura, emanada pelo poder legislativo, pode tomar formas das mais diversas. Nesse caso, uma decisão liminar, em sede de ADI, da lavra do ministro-poeta, Carlos Britto, explicita como a nossa constituição consagra a proibição à censura. É razoável ver alguns trechos da ementa:

“Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de “manifestação do pensamento”, liberdade de “criação”, liberdade de “expressão”, liberdade de “informação”. Liberdades constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de “Fundamentais”: a) “livre manifestação do pensamento” (inciso IV); b) “livre [...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação” (inciso IX); c) “acesso a informação” (inciso XIV). 3. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. A presente ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa. A traduzir, então, a ideia-força de que abrir mão da liberdade de imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do Poder, seja ele político, econômico, militar ou religioso. 4. A Magna Carta Republicana

*destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico. Pensamento crítico que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de humorismo (tema central destes autos). A previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa. 5. Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística” (§ 1º do art. 220). **Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, locus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução “humor jornalístico” enlaça pensamento crítico, informação e criação artística”** (o grifo é nosso)²⁷*

A censura não se limita apenas à imposição de uma inação por parte do Estado, compreende também o âmbito Privado.

“A colocação da proibição da censura no artigo respeitante à liberdade de expressão e informação, e não nos artigos referentes à liberdade de imprensa, significa que a proibição constitucional é de âmbito geral. Extensional e intencionalmente a proibição de censura aplica-se a toda e qualquer forma de expressão e informação e não apenas à que tem lugar através dos meios de comunicação social. Por outro lado, quanto aos seus destinatários, a proibição da censura não vale apenas perante o Estado, mas sim perante toda e qualquer

entidade ou poder que esteja em condições de impedir a expressão ou divulgação de idéias ou de informações (cfr. art.18º-1). Isto é relevante sobretudo para os «poderes sociais» (igrejas, partidos, organizações profissionais, etc.), mas é de alcance geral”²⁸

É de relevo ressaltar que *“Uma das formas mais comuns do exercício da neocensura, ou censura privada, é o uso dos direitos autorais para atravancar as transformações criativas, verdadeiras práticas da especificação civil no âmbito evanescente.”²⁹*

A neocensura é vista nas atividades de inúmeras empresas que ajuízam ações no judiciário com a finalidade de expurgar vídeos ou músicas da internet, sob a égide de violação do direito autoral ou o direito marcário³⁰.

1.3 Limites do princípio da liberdade de expressão.

O princípio liberdade de expressão, como todos os princípios constitucionais, tem os seus limites impostos pelos outros princípios de natureza constitucional. A doutrina assevera a necessidade dessa limitação.

“A liberdade de expressão apesar de sua fundamentabilidade, não pode nunca ser absoluta. Em tempo de guerras ou crises similares, certas publicações podem ameaçar até mesmo a sobrevivência da nação. Em qualquer momento, expressões sem limites podem entrar em conflito com interesses públicos e privados importantes. Publicações difamatórias podem, injustamente, invadir o direito a reputação. Impugnar a integridade de uma Corte pela publicação de evidências, antes do julgamento, pode ameaçar a administração da justiça. Panfletagem, paradas, e outras formas de demonstração, e até as próprias palavras, se permitidas em determinado tempo e local, podem ameaçar a segurança pública e a ordem, independentemente da informação, ideia ou emoção expressada”³¹.

Com efeito, se a liberdade de expressão tem limites, significa que a tutela preventiva, desde que satisfeitos os pressupostos da plausibilidade do direito e do *periculum in mora*³², pode ser concedida com o intuito de impedir que o exercício da liberdade de expressão cause danos irreparáveis aos valores da personalidade, resultando numa mitigação da vedação a censura³³. Pois,

o poder judiciário, na sua missão sublime de julgar, deve proteger os bem jurídicos tutelados com a máxima efetividade, com todos os meios disponíveis, conforme se depreende do princípio da inafastabilidade da jurisdição³⁴. Assim, como é impossível restaurar um direito personalíssimo violado³⁵, deve-se usar, excepcionalmente, a tutela preventiva, para impedir a violação de um direito, em relação ao qual, a pecúnia é incapaz de fazer voltar ao status quo ante.

2-O Direito proprietário de marcas

2.1 conceito

A constituição³⁶ classifica como propriedade de marcas ao se referir a esse bem imaterial, diferentemente do que classificou as patentes como privilégios temporário de uso, sendo a doutrina majoritária na posição de que as patentes também é uma forma de propriedade marcada necessariamente com um termo resolúvel³⁷. É importante destacar que é muito duvidoso o enquadramento do dispositivo aludido no rol dos direitos e garantias fundamentais, pois “o dispositivo que a define e assegura está entre os direito individuais, sem razão plausível para isso, pois evidentemente não tem natureza de direito fundamental do homem. Caberia entre as normas de ordem econômica”³⁸.

Então, a natureza jurídica do direito de marcas é uma forma de propriedade dentre as possíveis formas de propriedades, já que “O vocábulo propriedades captura a pluralidade de manifestações do fenômeno jurídico, enquanto o termo propriedade é circunscrito à idéia física do bem de raiz”³⁹. Portanto, como assevera a doutrina,

“ não existe, assim, uma única propriedade não existe uma noção rígida, definida de propriedade. Isto significa que não é mais possível discorrer acerca da unidade do domínio; Não é possível sustentar que a propriedade é um conceito unitário, síntese de quaisquer poderes de gozo e disposição; que não há propriedade se não existem aqueles poderes, que se existem aqueles poderes, então há propriedade, e que se falta um só daqueles poderes é de duvidar da existência do direito de propriedade. A verdade é que hoje não existe mais a unidade do domínio, em boa parte é

conhecimento preciso – não só dos intérpretes, mas também do legislador-que existe uma pluralidade de domínios.”⁴⁰

Na doutrina, despontam duas doutrinas como as que melhores definem a propriedade: teoria do núcleo de interesses e a teoria personalista. A teoria personalista que se constitui em “*“Poder direto e imediato sobre uma coisa impondo-se à generalidade dos membros da comunidade jurídica e constituindo uma aproximação, derivação ou expressão da forma plena de domínio sobre os bens – com vista a organizar solidariamente as infra-estruturas socioeconômicas dadas.”⁴¹*

A teoria personalista padece de vícios insanáveis em aspectos coligados ao seu próprio fundamento.

““1ª) a obrigação passiva universal é“fundamentalmente diferente da obrigação comum que liga um devedor a seu credor, pois esta é um elemento passivo daquele; ora, ninguém pensaria em inscrever no passivo de seu patrimônio a obrigação de respeitar os direitos reais de outrem; na realidade, pois a obrigação passiva universal não é uma obrigação no sentido estrito da palavra; é uma regra de conduta; 2ª) a obrigação de respeitar os direitos de outrem não é especial dos direitos reais; existe para todos os direitos, mesmo os de crédito, assim como o demonstra, notadamente, a responsabilidade do terceiro, autor ou cúmplice da violação de uma obrigação contratual. Ademais, a aceitação da teoria personalista, em suas conseqüências últimas, conduziria à supressão da categoria dos direitos reais, pois todos os direitos seriam pessoais, dado que ficariam reduzidos a vínculos obrigacionais.”⁴²

Assim, a teoria que melhor explicita o conceito de propriedade é a teoria Perlingieriana, conhecida como núcleo de interesses. Ela pode assim ser definida:

“A ligação entre sujeitos é dificilmente concebível as relações jurídicas ditas reais e com estrutura absoluta – notou-se que a situação propriedade não tem uma estrutura interna porque não tem um centro contraposto de interesses individuado e determinado – de maneira que nestas hipóteses seria impossível, como alguém já sustentou, falar de relação jurídica. A observação é justa, mas não é decisiva para negar a existência da relação jurídica de propriedade, existe um sujeito que é titular de uma situação de propriedade. Se existe um sujeito que é titular de uma situação de propriedade, existe da outra parte não um sujeito determinado, mas a coletividade, que o dever de respeitá-la, de não interferir”⁴³

Portanto, a teoria que melhor define a propriedade é do núcleo de interesses aclarando que *“Se a atualidade do sujeito não é essencial à existência da situação, significa que pode existir uma ligação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em ligação entre sujeitos”*⁴⁴. Então, a atualidade do sujeito não é fundamental a existência da situação jurídica.

Entretanto, a propriedade de marcas tem certos objetivos conforme a doutrina aborda.

*“além de constituírem sinais de origem ou proveniência dos produtos na circulação mercantil, tendem a manter no tempo e no espaço os benefícios do crédito, do aviamento e da reputação do industrial ou do comerciante, premunem o público contra as fraudes, proporcionando-lhe a prova de que recebe bem os produtos e as mercadorias que deseja adquirir, frustrando, destarte a ação dos concorrentes sem escrúpulos, e servem à higiene pública, à qual não podem ser indiferentes a proveniência dos produtos e o comércio das mercadorias destinadas ao consumo”*⁴⁵

Portanto, a propriedade de marcas tem objetivo de assinalamento da origem do produto, distintividade e proteção da reputação do produtor dos mesmo bem como a proteção do consumidor, assim, a propriedade de marcas é afeta a certos objetivos previamente definidos.

2. Função social e limites

A propriedade de marcas também tem que cumprir ao mandamento constitucional que exorta à todas as propriedades a cumprirem a sua função social. Então, *“A função social significa ruptura do discurso proprietário na medida em que, enfrentando a abstração de seu modelo, remete o operador do direito para análise da situação concreta em que se insere cada situação proprietária”*⁴⁶. Assim, no contexto da propriedade de marcas, com suas peculiaridades, deve-se investigar a sua função social, que, no fundo, objetiva, a promoção da pessoa humana na sua dignidade. Pois, *“De acordo com a concepção da tutela e promoção da pessoa humana como centro de preocupação do ordenamento jurídico, é correta a orientação segundo a qual as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas em favor das situações existenciais.”*⁴⁷

A propriedade de marcas é condicionado ao reconhecido pelo INPI. Já que *“concessão da marca pelo INPI confere ao titular um direito de propriedade sui generis (mas ainda assim direito*

de propriedade) sobre um bem móvel, individualizado”⁴⁸. Entretanto, para corresponder a ordem constitucional atinente a função social, a propriedade de marcas deve estar subordinada a uma finalidade. “Na medida em que o direito de propriedade é formalmente individual, mas materialmente social”⁴⁹.

No âmbito do direito marcário, o princípio da especialidade se impõe como função social da proteção marcária, e, ao mesmo tempo, um limite ao direito de propriedade. Assim, “a exclusividade de um signo se esgota nas fronteiras do gênero de atividades que designa⁵⁰”. Portanto, o direito marcário só exala seus efeitos proprietários, como o de impedir que outros usem seu signo distintivo, somente quando estiver no seu nicho mercadológico. As razões do princípio da especialidade são explicitados pela doutrina.

a regra da especialidade e o uso exclusivo da marca registrada devem ser interpretados não como condição de exclusividade ampla e irrestrita para todo e qualquer tipo de atividade econômica, mas tão-somente para aquelas que envolvam um risco de confusão e potencial prejuízo direto para o titular da marca e, indireto, para o consumidor. Somente assim podem ficar assegurados a harmonia e o equilíbrio entre a proteção constitucional à marca registrada e as demais garantias constitucionais. Isso porque, a proteção à marca registrada interessa não só ao seu titular, mas, principalmente, trata-se de instituto que está ligado aos interesses de ordem pública que deverão ser observados por ocasião da proteção à propriedade industrial de acordo com o art. 2º da L PI. Além disso, cabe lembrar que a regra da especialidade está intimamente ligada à livre concorrência e ao princípio da defesa do consumidor que são fundamentos da ordem econômica. Sendo assim, a proteção especial fora dos limites do princípio da especialidade deve ser sempre encarada como especial; vale dizer excepcional e sempre dentro de limites pré-definidos. A nosso ver, portanto, essa forma específica de proteção especial, que parece querer levar em conta somente os interesses econômicos e jusprivatísticos do titular da marca, deve ser manejada de forma relativamente restritiva. E isso – repetimos – por uma dupla razão: a proteção da livre concorrência e dos interesses do consumidor”⁵¹

Portanto, a força motriz por trás do princípio da especialidade é a proteção do consumidor e impedir a concorrência desleal, assim, a funcionalização do propriedade de marcas implica que a

produção dos efeitos dos poderes proprietários apenas possam ser dar onde for socialmente útil, é, assim, uma clara limitação dos poderes do proprietário de marcas. Uma consequência natural dessa limitação é que os poderes proprietários não vão poder serem usados para impedir que obras artísticas e literárias usem as marcas nas suas composições, já que tais nichos não tem nenhum afinidade com o segmento de mercado da empresa detentora de marcas.

Oura limitação é que a inércia ou o não exercício do direito de propriedade pode levar a extinção do direito⁵².

Ainda outra limitação é o princípio da territorialidade que limita os poderes proprietários das marcas apenas ao país onde marca foi registrada, sendo, que as marcas notoriamente conhecidas é uma exceção a esse princípio, assim como as marcas de alto renome são uma exceção ao princípio da especialidade. Como se depreende do seguinte julgado do STJ:

“O conceito de marca notoriamente conhecida não se confunde com marca de alto renome. A primeira - notoriamente conhecida – é exceção ao princípio da territorialidade e goza de proteção especial independente de registro no Brasil em seu respectivo ramo de atividade. A segunda - marca de alto renome - cuida de exceção ao princípio da especificidade e tem proteção especial em todos os ramos de atividade, desde que previamente registrada no Brasil e declarada pelo INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial”⁵³.

Portanto, o princípio da especialidade, territorialidade, concorrência desleal e a possibilidade da caducidade expressam os limites envolvidos com a propriedade de marcas.

3-Casos em que entram em colisão o princípio da Liberdade de expressão a a propriedade de marcas.

No mundo da produção cultural, o segmento de música tem se destacado no uso de marcas de empresas famosas para composição musical, que muitas vezes abarcam críticas a grandes empresas.

A doutrina traz a baila um exemplo⁵⁴ em que uma música feita por uma extinta banda de Rock mostrava o sofrimento do personagem literário e associava a miserabilidade a marca de um

empresa famosa:

*A minha felicidade
É um crediário
Nas Casas Bahia”.
“Mama África
A minha mãe
É mãe solteira
E tem que
Fazer mamadeira
Todo dia
Além de trabalhar
Como empacotadeira
Nas Casas Bahia⁵⁵*

Outro caso colacionado pela Doutrina⁵⁶ mostra que muitas vezes o uso de marcas na composição Musical causam danos as empresas que investem em certo segmento. Por exemplo, a empresa Dako teria dispendido bastante recursos para a produção de uma nova linha de fogão da marca Dako. Entretanto, na mesma época um cantora compôs a seguinte música:

*“Entrei numa loja, estava em liquidação.
Queima de estoque, fogão na promoção.
Escolhi da marca dako porque dako é bom!
Dako é bom!
Dako é bom!
Calma minha gente, é só a marca do fogão!!
Calma minha gente, é só a marca.”⁵⁷*

Nesse caso, logo depois da música, as vendas do fogão Dako caiu astronômicamente, assim, muitas vezes composições culturais causam danos a empresas, ainda que nada tenha ver com o seu segmento de mercado.

Esses casos de divergência do direito proprietário com a liberdade de expressão no campo cultural é resolvido por simples disposição legal que prestigia a princípio da especialidade, tendo a

seguinte dicção: “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”⁵⁸

Assim, o princípio da especialidade limita o poder proprietário e impede que este impeça manifestações culturais que usem marcas simplesmente por não ser socialmente útil que empresas usem o direito marcário para atravancar as manifestações culturais. Já que o referido princípio é a concreção do função social da propriedade. Como aclara a doutrina o teor desse princípio:

“However, it must be asked if it is really necessary to have recourse to freedom of expression in order to justify these uses. Certain authors rightly emphasise that trade mark law is not intended to prohibit this type of use since it is not part of its function. In effect, the sign classified as a trade mark is only the subject of property rights as a distinctive sign and not sign “in itself”. This involves two consequences. The trade mark right only exists with respect to the products and services referred to in the registration and is only protected against competing uses, i.e, uses in the economic sector”⁵⁹

Portanto, os referidos casos são resolvidos pela cláusula finalística ínsita a propriedade marcária que é sua função social, ou seja, só haverá propriedade onde for socialmente útil, onde puder causar confusão consumidor ou atingir concorrência. Nos casos aventados, os nichos mercadológicos são díspares, não havendo afinidade alguma, sem contar que as manifestações culturais devem ser protegidas, por mandamento constitucional. Assim, no caso em tela se prestigia a liberdade de expressão e a proteção das manifestações culturais.

4- Conclusão.

A liberdade de expressão, embora seja fundamental, tem os seus limites impostos por outros princípios constitucionais. Assim como o direito proprietário tem o seu conteúdo e limites impostos princípios da especialidade, territorialidade, vedação a concorrência desleal e a proteção do consumidor. Nos casos em que acontece uma colisão entre as manifestações culturais no exercício da liberdade de expressão e o direito proprietário de marcas, deve-se prestigiar a liberdade de expressão porque o exercício dessas manifestações exorbitam o campo de atuação do direito

marcário.

Portanto, por se respeitar à liberdade de expressão e reconhecer os limites do direito marcário se poderá trilhar um caminho rumo a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Referências

1-O Jornalista Paulo Henrique Amorim por sempre chamar de “Gilmar Dantas” o ministro do STF, Gilmar Mendes, e por questionar a sua lisura e probidade, está sendo processado por ele. O mesmo jornalista está sendo processado por Éráclito Fortes, Daniel Dantas, Ali Kamel, dentre outros personagens do mundo político e empresarial por suas reportagens. A sua defesa é a liberdade de expressão. As suas reportagens se encontram em seu blog <http://www.conversaafiada.com.br/> .

2-O jornalista José Luiz Datena foi condenado em 1º instância a se retratar publicamente por associar, em seu programa de televisão, a criminalidade com a descrença em Deus. Esse comentário seria ofensivo para com os ateus. Na sentença, “*o juiz enumerou uma lista de ateus que deram contribuição inestimável a humanidade: Freidrich Nietzsche, Albert Einstein, Voltaire, Galileu Galilei, Augusto Comte, Charlie (sic) Chaplin, José Saramago e o próprio inventor da lâmpada elétrica “sem o qual o imprudente apresentador não teria existência”*”, afirmou o juiz. Site “<http://www.conjur.com.br/2011-jun-22/justica-concede-direito-resposta-ateus-programa-datena>”. Acessado em 25/07/2011.

3-O deputado Jair Bolsonaro, acusado de manifestações homofóbicas e racistas, se respaldou na liberdade de expressão e imunidade material para se livrar do processo de cassação na comissão de ética. A OAB fez representação na comissão de ética contra ele por racismo. Site <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI222265-15223,00-OAB+ENTRA+COM+REPRESENTACAO+CONTRA+JAIR+BOLSONARO+PELOS+CRIMES+DE+RACISMO+E.html> . Acessado em 25/07/2011.

4-O STF, em uma decisão recente, prestigiou o princípio de liberdade de expressão e de reunião ao permitir passeata em favor da descriminalização da maconha. Site: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182124> . Acesso em 25/07/2011.

5- Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.- 3ª ed. Rev. E atual- São Paulo, Saraiva, 2008. pag.359.

6-“IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

7-“IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”

8-Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados

individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão”

9-Art. 220. *A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e I. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”*

10-“*normas de eficácia plena são aquelas que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os efeitos essenciais, porque não se estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.*”J.H. Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional, 1991, pag.317*

11-Art. 5º §1º “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.*

12-Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a construção do Novo Modelo. 2º ed.- São Paulo. Saraiva.,2010. Pag.204.*

13-“*O vocábulo princípio identifica as normas que expressam decisões políticas fundamentais- República, Estado Democrático de Direito, Federação-, valores a serem observados em razão da dimensão ética-dignidade humana, segurança jurídica/ razoabilidade- ou fins públicos a serem realizados- desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego.... as regras, ao revés, são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou permissão.*”Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a construção do Novo Modelo. 2º ed.- São Paulo. Saraiva.,2010. Pag.206-207.*

14-“*regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir , produzindo o efeito previsto...já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim.*”Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a construção do Novo Modelo. 2º ed.- São Paulo. Saraiva.,2010. Pag.208-209.*

15- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais.* São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 14

16- **Tavares, André Ramos. Curso de Direito Constitucional.-5.ed.rev e atual- São Paulo: Saraiva. 2007.pag.551.**

17-**Tavares, André Ramos. Curso de Direito Constitucional.-5.ed.rev e atual- São Paulo: Saraiva. 2007.pag.551.**

18-Silva, José Afonso. *Comentário Contextual à constituição. 5 ed.- São Paulo: Malheiros editores.2008.pag.90.*

19- Silva, José Afonso. *Comentário Contextual à constituição. 5 ed.- São Paulo: Malheiros editores.2008.pag.90.*

20-**Tavares, André Ramos. Curso de Direito Constitucional.-5.ed.rev e atual- São Paulo: Saraiva. 2007. pag.555.**

21- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.* São Paulo: Atlas, 2002, p. 206.

22- Art. 60,§,4º “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.”

23-Barbosa, Pedro Marcos Nunes. *Liberdade de Expressão, Internet e Signos Distintivos”* (publicado na

Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, Volume 3, 2010) disponível em : <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/72d7b2ca391bd2cdffff8056ffffff0.pdf>. Pag. 15

24- Art. 220. *A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.*

25- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 102.

26- inciso II, do artigo 45 da lei n.º 9.504/97: "Art. 45 – A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: II – usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito".

27- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Min. Ayres Brito, ADI 4451, DJ 26.08.2010, decisão liminar posteriormente referendada pelo Pleno

28- IN CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra: Editora Coimbra, 1984, p. 235.

29- Barbosa, Pedro Marcos Nunes. *Liberdade de Expressão, Internet e Signos Distintivos*" (publicado na Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, Volume 3, 2010) disponível em : <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/72d7b2ca391bd2cdffff8056ffffff0.pdf>. Pag. 37

30- "Entretanto, com o conhecido discurso proprietário, as editoras e produtoras retiram de circulação centenas de vídeos do www.youtube.com editados por utentes diversos, resultando em novas obras, mas cerceadas pelo uso não autorizado de parte de obra alheia." Ob. cit. Pag. 38

31- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. -5.ed.rev e atual- São Paulo: Saraiva. 2007. pag.557.

32- Art. 273. *Código de processo civil* : "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, **existindo prova inequívoca**, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) I - **haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**" (o grifo é nosso)

33- "Leciona Bulos que ' a censura e a licença, no entanto, condicionam-se a limites, porque incumbe ao Estado zelar pela dignidade do povo e pelo mínimo de moralidade. Nesse passo, fiscalizar os meios de comunicação de massa é uma exigência imperiosa ao bem-estar coletivo. O exercício da liberdade de pensamento é salutar e lícito, desde quando não comprometa outros direitos constitucionalmente assegurados, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, valor supremo, albergado pela Constituição.'" Sá, Fernando Marques. A volta da censura nos programas humorísticos. Site: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17455/a-volta-da-censura-nos-programas-humoristicos> .Acesso em 26/07/2011.

34- Art.5º, XXXV, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"

35- "A honra é o bem jurídico mais frágil, dentre todos os outros protegidos pelos direitos de personalidade. Seu abalo é praticamente irrecuperável e os instrumentos jurídicos à disposição do titular são, em nossa opinião, insuficientes para uma tutela adequada, pois há sempre o medo de, através de uma tutela preventiva, incorrer-se no pecado da censura" In LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 269.

36- "XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo

em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

37- art. 40 da lei 9.279/96.

38-Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Malheiros.16 ed. 2005. pag.250

39-FARIAS,Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 6ª edição, 2009, p. 171.

40-Cortiano, Erouths Júnior. O discurso Jurídico da propriedade e sua rupturas:Uma análise do ensino do direito de Propriedade. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2004, pag.161.

41-CARVALHO, Orlando de *Direito Civil - Direito das Coisas*. Coimbra: Editora Coimbra, 1969, p. 147

42- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 20ª Edição, 2010, p. 14.

43-PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil Na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, P. 732.

44-PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil Na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, P. 732.

45-MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Campinas: Russel, 2003, Tomo I, Volume III, p.229.

46CORTIANO, Erouths Junior. *O Discurso Jurídico da Propriedade seus Rupturas: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 150-

47-GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Concorrência Sucessória à Luz dos Princípios Norteadores do Código Civil de 2002*, São Paulo: Revista Brasileira de Direito da Família, p. 12

48-BRASIL, Seção Judiciária Federal do Rio de Janeiro, Sentença da 35ª Vara Federal do Rio de Janeiro, J. Guilherme Bollorini, AO 2006.51.01.520589-7, DJ 24.09.2009.

49-FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 6ª edição, 2009, p. 56

50-BARBOSA, Denis Borges. *Proteção de marcas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12

51-BAIOCCHI, Enzo. *A proteção da marca notoriamente conhecida fora do campo de semelhança entre produtos e serviços: a (não) aplicação do art. 16.3 do TRIPS no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista da ABPI de nº 102, setembro/outubro 2009,

52 -artigos 142 e seguintes da Lei 9.279/96.

53-BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Massami Uyeda, RESP 1114745/RJ, DJ 21.09.2010.

54-Barbosa, Pedro Marcos Nunes. Liberdade de Expressão, Internet e Signos Distintivos” (publicado na Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, Volume 3, 2010) disponível em : <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/72d7b2ca391bd2cdffff8056ffffff0.pdf>. Pag. 27

55-DINHO e RASEC, Júlio. *Chopis Centis* in Mamonas Assassinas. São Paulo: EMI, 1995

56- Barbosa, Pedro Marcos Nunes. Liberdade de Expressão, Internet e Signos Distintivos” (publicado na Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, Volume 3, 2010) disponível em : <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/72d7b2ca391bd2cdffff8056ffffff0.pdf>. Pag. 29

57-LOURENÇO, Tatiana dos Santos. (vulgo Tati Quebra Barraco). *Dako é bom* in *Boladona*, Rio de Janeiro: Unimar Music, 2004.

58-artigo 132, IV, da Lei 9.279/96

59-GEIGER, Christophe - *Trade Marks and Freedom of Expression – The Proportionality of Criticism*. In *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 38, n.3, 2007, pp. 317 – 327.