

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
29ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA
CAPITAL.**

Processo: 583.00.2010.184534-2

MARIO ITO BOCCHINI, devidamente qualificado nos autos da ação cominatória cumulada com indenizatória por danos morais, sob procedimento sumário, com pedido de tutela antecipada, que lhe move a EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A, por seu advogado que esta subscreve, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos do art. 300 c.c. art. 276 do Código de Processo Civil, apresentar a presente

CONTESTAÇÃO

pelas razões de fato e direito a seguir expostas.

- I -

BREVE SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de ação cominatória cumulada com indenizatória por danos morais proposta pela EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A contra MARIO ITO BOCCHINI em razão de pretensão uso indevido da marca "Folha de S. Paulo" pela criação do domínio eletrônico "Falha de S. Paulo", de propriedade do ora Requerido.

A ação foi proposta com o escopo de suspender o domínio www.falhadespaulo.com.br, site criado com propósito de parodiar o periódico impresso de maior circulação nacional, sob a alegação de "inequívoca violação da marca "Folha de São Paulo" (fls. 03), seja por pretensa utilização indevida de conteúdo gráfico do jornal, seja pela suposta indução dos consumidores a erro em virtude de "explícita e intencional confusão" (fls. 05) diante dos elementos identificadores da marca, do domínio e do nome da Autora.

A invocar fundamentos jurídicos de proteção à propriedade imaterial, inclusive no campo da internet, como forma de coibir "imitações ou reproduções que induzem a erro" (fls. 07) e amparar "o direito exclusivo da autora sobre a marca de sua titularidade" (fls. 08), a Autora asseverou que, "ao registrar e manter, com incrível desfaçatez, o nome de domínio www.falhadespaulo.com.br, o réu mais uma vez viola todas as normas que dispõem sobre a proteção à

marca, o que não pode ser admitido” (fls. 08).

No mais, a Autora afirma que o “uso dos mesmos elementos visuais da autora, apresentando, com pequenas alterações, a diagramação e os elementos gráficos próprios do jornal *Folha de S. Paulo*” (fls. 14), deve ser coibida, pois causaria, na sua visão, manifesta confusão com a marca de sua titularidade.

Por fim, argumenta que o Requerido deveria arcar com o pagamento de danos morais, uma vez que sua conduta estaria a causar “indiscutível confusão” (fls. 16) aos consumidores.

Pela análise dos argumentos ventilados na petição inicial, observa-se que a Autora procura, de maneira sistemática, demonstrar que não está a invocar qualquer restrição ao direito de informação e livre manifestação do pensamento (como se fosse possível, sob a égide da Constituição da República de 1988, pleitear em Juízo qualquer meio de censura à manifestação de um direito fundamental!).

Esse MM. Juízo deferiu o pedido de tutela antecipada para suspender o domínio www.falhadespaulo.com.br, ante a consideração de que o fato de utilização de marca “extremamente semelhante” (fls. 80) acabava por gerar uma pretensa confusão entre o conteúdo constante do site da “Falha de S. Paulo” e o que é veiculado pela Autora, detentora da marca “Folha de S. Paulo”, em sua publicação impressa e no domínio eletrônico.

Contra esta decisão foi interposto agravo de instrumento

com pedido de efeito suspensivo, tempestivamente informado nos presentes autos, o qual não foi apreciado pelo MM. Juízo *ad quem* até o presente momento (**doc. 01**) – Agravo de Instrumento nº 990.10.473649-8, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Desembargador Silvério Ribeiro.

Com o devido acatamento à convicção externada pelo MM. Juízo singular em sede de cognição sumária sem oportunidade de análise dos argumentos de defesa, cabe desde logo refutar a invocação da roupagem jurídica de proteção ao direito de marca diante do pleno exercício à liberdade de informação e manifestação do pensamento que, no caso da paródia, implica necessariamente na utilização de elementos visuais caracterizadores do objeto ou figura parodiada.

Ao final, cabe demonstrar a necessidade de produção de provas como forma de corroborar as alegações de mérito ventiladas na presente manifestação.

É o que se passa a expor.

-II-

DA TEMPESTIVIDADE

O Requerido teve conhecimento dos termos integrais do processo originário no dia 05 de outubro de 2010, conforme se verifica pelo pedido de extração de cópias formulado perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**doc. 02**), tendo

constituído advogado nos autos aos 14 de outubro de 2010 **(certidão de fls. 81 v. e procuração juntada às fls. 90/91)**.

Desta forma, ainda que se admita o início do prazo de 15 (quinze) dias em 06 de outubro de 2010, o dia final para apresentação da contestação é o dia 20 de outubro de 2010, a demonstrar a inequívoca tempestividade da presente manifestação.

- III -

PRELIMINAR – AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL – UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS VISUAIS DE MARCA PARA O PLENO EXERCÍCIO DA PARÓDIA – ESPÉCIE DE VEICULAÇÃO HUMORÍSTICA ALBERGADA PELA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

A presente demanda carece de interesse processual, pois questiona conduta albergada pela liberdade de pensamento e pretende invocar proteção do direito à preservação da marca sem considerar as peculiaridades da crítica humorística desenvolvida pela paródia.

Como observado pela leitura do relatório discriminado acima e pelos documentos que atestam o conteúdo do site paródia ora hostilizado (**doc. 03**), o Requerido idealizou e pleiteou o registro do site www.falhadespaulo.com.br como uma forma de exercer manifestação crítica ao jornal “Folha de S. Paulo” de uma forma claramente jocosa e bem humorada.

Por óbvio, como o objetivo do domínio eletrônico era apresentar uma paródia do periódico de maior circulação nacional, a criação de elementos identificadores do Jornal era condição prévia para o exercício da crítica humorística.

Nesse sentido, segundo definição do renomado Dicionário Houaiss, a paródia constitui “obra literária, teatral, musical etc. que **imita outra obra**, ou os procedimentos de uma corrente artística, escola etc. **com objetivo jocoso ou satírico**” – grifa-se.

Com efeito, cabe destacar que a crítica humorística constitui uma das espécies de veiculação de imprensa albergada pela liberdade de manifestação de pensamento, tendo a paródia como mecanismo de sátira mediante o mimetismo da coisa ou pessoa parodiada.

Ora Excelência, em se tratando da crítica humorística, da paródia, do mimetismo jocoso, a alegação de uso indevido da marca mostra-se totalmente descabida, uma vez que a tutela do direito de propriedade imaterial não se presta a corrigir qualquer indução a erro pelo consumidor, tampouco a resguardar prática anti-competitiva de conquista de pública pelos atributos da marca.

Como se observa pela documentação carreada aos autos, a crítica exercida pelo Requerido com as inserções de texto e imagem no domínio eletrônico

“Falha de S. Paulo” era de caráter indubitavelmente caricato, o que afasta qualquer potencialidade de indução a erro com a marca do Jornal “Folha de S. Paulo” e torna incrível a já absurda alegação de enriquecimento sem causa ventilada pela Autora às fls. 15 da petição inicial.

Recentemente, a jurisprudência pátria tem sublinhado o caráter de fundamentalidade dos direitos de liberdade à manifestação do pensamento e acesso à informação veiculada pela imprensa, a coibir qualquer tipo de censura prévia, sob as mais distintas roupagens que possam aparecer.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição da República, repudiou qualquer espécie de censura à liberdade de imprensa e manifestação de pensamento por ocasião do julgamento da ADPF nº 130-7/DF, que extirpou do ordenamento a antiga “Lei de Imprensa”, e da recentíssima ADIn nº 4451/DF, que deferiu medida cautelar para permitir a crítica humorística aos candidatos a cargos eletivos (**doc. 04**).

A Autora, por sua vez, entidade que paradoxalmente ostenta a condição de grande veículo de imprensa e depende da liberdade de pensamento para o exercício de suas funções, lança mão de expediente para censurar um site de humor, em ato eivado por manifesto autoritarismo, infenso ao humor

crítico e contraditório ao direito de livre expressão que diz defender.

Pelo exposto, a considerar que a presente demanda pretende reprimir a identificação de elementos visuais da marca “Folha de S. Paulo” na hipótese do exercício da crítica humorística que somente pode ser desempenhada pela utilização de elementos de imagem do objeto parodiado, forçoso concluir que a demanda padece de interesse processual, o que leva à sua extinção nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

- IV -

DO MÉRITO

IV.1 - DA AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL PARA RESPONSABILIZAÇÃO DO RÉU - UTILIZAÇÃO DE TERMOS SEMÂNTICOS DISTINTOS - FALHA E FOLHA - CARÁTER INDUBITÁVEL DO TOM JOCOSO - IMPOSSIBILIDADE DE CONFUSÃO ENTRE MARCAS

Ao sustentar que a criação e a disponibilização pública do domínio www.falhadespaulo.com.br acarreta indevida confusão entre marcas, a Autora acaba por desprezar as claras distinções de ordem semântica que separam o jornal “**Folha** de S. Paulo” do veículo de comunicação “**Falha** de S. Paulo”.

Nessa justa medida, observa-se que os julgados colacionados pela Autora na petição inicial como forma de corroborar suas alegações de pretensão "uso indevido da marca" estão restritos à solução de lides que envolviam claros mecanismos ardilosos para promoção de práticas anti-competitivas, caso dos computadores "DELL" e "DALL" e dos aparelhos telefônicos da multinacional "GRUNDIG".

No presente caso, bem ao contrário da prática anti-competitiva que induz o consumidor a erro, cerne da proteção do direito de marca, o uso do termo "falha" ao invés de "folha" já remete à conclusão do óbvio caráter de jocosidade da paródia.

Difícilmente algum periódico nacional escolheria o nome de "Falha de S. Paulo" para estampar notícias de caráter não humorístico sobre o panorama político, institucional, social e cultural do país.

Novamente vale trazer a definição do HOUAISS para **falha** como "falta de perfeição, defeito, erro" e **folha** como "periódico diário, jornal", tudo a demonstrar que a alegação da Autora sobre a troca de apenas uma letra no vocábulo é totalmente descabida para fins de confusão entre marcas.

Sob semelhante estratagemata jocoso o renomado escritor Ziraldo criou a revista "Bundas" como paródia da

revista "Caras" e a ninguém fez crer que se tratava de uso "indevido da marca" do objeto parodiado (**doc. 05**).

Programas humorísticos da atualidade, a exemplo do "Pânico da TV" e do "Casseta & Planeta URGENTE", utilizam a paródia como instrumento de crítica humorística e, por óbvio, se valem de elementos visuais de importantes personalidades públicas para identificação aos telespectadores (**doc. 06**).

Ora, a concluir que a simples troca de uma letra em vocábulos da língua portuguesa acarreta confusão ao leitor, seria crível supor que "caro" e "carro" ou "vela" e "veia" seriam pares aptos a provocar algum embaraço semântico.

Resta claro que os elementos de identificação visual utilizados para confecção da paródia foram transformados graficamente para tons visivelmente caricatos, a exemplo da inserção de balões de diálogos satíricos em fotos de personalidades públicas (**novamente doc. 03**).

No mais, bem ao contrário do que sustenta a Autora, a prática de erro de digitação denominada "Typosquantin" somente torna-se plausível quando as letras objeto de troca encontram-se próximas no teclado do computador, o que não é o caso da "FALHA" (letra "A") e da "FOLHA" (letra "O").

Pelo exposto, observa-se que os argumentos veiculados pela Autora não passaram de uma tentativa rasa de utilização de roupagem de proteção ao direito de propriedade da marca como forma de velar sua verdadeira intenção, qual seja, **censurar veículo de comunicação que fazia uma clara crítica humorística ao conteúdo do periódico de maior circulação nacional.**

IV.2 - IMPOSSIBILIDADE DE INDUÇÃO A ERRO AO CONSUMIDOR DIANTE DA CLARA EXPOSIÇÃO DE CONTEÚDO HUMORÍSTICO – AUSÊNCIA DE PROPÓSITO COMPETITIVO PARA USO INDEVIDO DA MARCA

A presente demanda encontra-se amparada na alegação de uso indevido da marca “Folha de S. Paulo” pelo site de humor “Falha de S. Paulo”, o que representaria um estratagema para induzir o consumidor a erro e teria o propósito de macular a imagem de um periódico de incontestável credibilidade no cenário nacional.

Em um primeiro momento, cabe acentuar que a veiculação de conteúdo humorístico, baseada no livre exercício da crítica jornalística, constitui conduta plenamente albergada pela liberdade de manifestação do pensamento e pelo direito à informação (art. 5º, IV e XIV, da Constituição da República).

Com efeito, a considerar que o exercício da crítica jornalística, seja ela humorística ou não, goza da plenitude da liberdade disposta no art. 220, §1º, da Constituição da República, a inserção de conteúdo sarcástico, irônico ou irreverente não pode ser reprimida, muito menos pelo maior periódico de circulação nacional, veículo que paradoxalmente depende da proteção constitucional conferida aos órgãos da imprensa.

O Ministro Carlos Ayres Britto, em recente decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade que permitiu a crítica humorística aos candidatos a cargos eletivos (**novamente doc. 04**), acentua com maestria a importância do humor como espécie de pensamento crítico que decorre da informação plena e fidedigna. Confira-se:

*"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, diga-se, que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte, acresça-se, do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de***

humorismo (tema central destes autos). Humorismo, segundo feliz definição atribuída ao escritor Ziraldo, que não é apenas uma forma de fazer rir. Isto pode ser chamado de comicidade ou qualquer outro termo equivalente. O humor é uma visão crítica do mundo e o riso, efeito colateral pela descoberta inesperada da verdade que ele revela (cito de memória). Logo, 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.”
– grifa-se.

O Ministro Relator ainda destaca que a proteção conferida à imprensa é indissociável ao campo humorístico, espécie de crítica fundamental ao **contraponto da versão oficial das coisas e que apenas se desenvolve em espaços democráticos:**

*“Relançando ou expondo por outra forma o pensamento, **o fato é que 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). (...) É que o próprio das atividades de **imprensa é operar como formadora de opinião**”*

pública, locus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária deste Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. *Decisão a que se pode agregar a ideia, penso, de que a locução "humor jornalístico" é composta de duas palavras que enlaçam pensamento crítico e criação artística. Valendo anotar que João Elias Nery, em sua tese de doutorado em Comunicação e Semiótica, afirma que tal forma de comunicação apenas se desenvolve em espaços democráticos, pois costumeiramente envolvem personalidades públicas ("Charge e Caricatura na construção de imagens públicas", PUC, São Paulo, 1998) (...). Sem falar no conteúdo libertador ou emancipatório de frases que são verdadeiras tiradas de espírito, como essa do genial cronista Sérgio Porto, o Stanilaw Ponte Preta: "a prosperidade de alguns homens públicos do Brasil é uma prova evidente de que eles vêm lutando pelo progresso do nosso subdesenvolvimento".*

Como se observa, a prática do humor implica no desenvolvimento de uma visão crítica de pensamento, que na maioria das vezes é efetuada através da utilização de instrumentos caricatos, irreverentes ou irônicos, como o caso da paródia feita pelo site "Falha de S. Paulo" ao jornal "Folha de S. Paulo".

No caso da paródia, o humor é explorado de forma escancarada, mediante a utilização de elementos visuais da marca "Folha de S. Paulo" de forma caricata, o que conduz à impossibilidade de indução do consumidor à erro por pretensa confusão entre as marcas "FALHA" e "FOLHA".

Como demonstrado acima, a pretensão da Autora não merece prosperar, uma vez que o Requerido não produziu qualquer comportamento que repercutisse em violação ao direito pela utilização exclusiva da marca. Em verdade, ao sentir-se constrangida com a paródia realizada pelo Requerido, buscou obter, por meio do Poder Judiciário, a censura do conteúdo do site questionado na ação principal.

Vale repisar que a utilização de elementos de identificação do objeto parodiado é essencial para o exercício desse tipo de mimetismo humorístico, já que a intenção é justamente satirizar determinada pessoa ou coisa com elementos que a constituem.

A Autora, enquanto proprietária de jornal de grande circulação nacional, é formadora de opinião de caráter público, o que possibilita a criação de humor através de seus elementos constitutivos, como de fato ocorreu.

No mais, vale dizer que a utilização do nome da Autora, com a substituição de apenas uma vogal, não se deu para ludibriar seus leitores ou aferir benefícios econômicos com o uso. Pelo

contrário, o próprio nome “**Falha**” já denota a intenção de satirizar determinado objeto, o que no caso do jornal “**Folha**” constitui obviamente uma paródia.

Nesse sentido, na linha do que restou demonstrado no tópico anterior, vale dizer que todas as orientações jurisprudenciais e todos os fundamentos e suscitados pela Autora dizem respeito à proteção do direito de utilização exclusiva da marca em casos em que mecanismos de imitação são concretizados com o propósito de ludibriar consumidores em um mesmo ramo de negócios.

Ora, Excelência, resta claro que a conduta do Requerido não teve por propósito a adoção de práticas anti-concorrenciais, de repartição de mercado, tampouco de confusão da marca ao consumidor, mas decorreu de um exercício humorístico de indubitável caráter jocoso.

Para buscar dar fundamentação ao seu pedido inicial, a Autora reclama o direito de propriedade de marca, com previsão no artigo 5º, inciso XXIX da Constituição Federal. No mais, diz ter direito exclusivo à sua marca, com fundamentação na Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), mais precisamente em seu artigo 124, incisos V, XIX e XXIII, e artigo 129, parágrafos 1º e 2º.

Por fim, busca suposta proteção aos princípios do direito do consumidor, já que a utilização da marca pelo Réu causaria

confusão aos leitores da “Folha”, prática vedada pelo artigo 4º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor.

Em que pese o indubitável caráter jocoso do site “Falha”, não é demais destacar que não há utilização da marca “Folha” em momento algum, tampouco foi criado meio ardiloso para induzir a erro os leitores do periódico.

Numa leitura sistemática da norma direcionada à proteção de marcas e propriedade imaterial, é possível perceber que a intenção legislativa não é conceder exclusividade absoluta para aquele que primeiro a registrou, mas sim permitir ao proprietário que terceiros não se beneficiem, sobretudo economicamente, da marca que conseguiu consolidar no mercado.

Tal posicionamento é percebido no trecho que segue, extraído do julgamento do Recurso Especial nº 989.105/PR, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, realizado em 08 de setembro de 2009, *in verbis*:

“Por meio de uma interpretação conjunta do dispositivo supracitado e dos arts. 5º, XXIX e XXXII, e 170, V, da CF, 124, XIX, e 129 da LPI, pode-se chegar ao verdadeiro intuito da proteção conferida pela LPI.

Evidencia-se que, em nosso ordenamento jurídico, a proteção da marca tem um duplo objetivo. Por um lado, garante o interesse de seu titular. Por outro, protege o consumidor, que não pode ser enganado

quanto ao produto que compra ou ao serviço que lhe é prestado. Por essa razão, na proteção dos interesses econômicos, devem ser coibidos e reprimidos todos os abusos praticados no mercado de consumo, como a concorrência desleal e a utilização indevida de marcas que possam causar prejuízo aos consumidores.

Desse modo, conclui-se, para que haja violação ao art. 129 da LPI e seja configurada a reprodução ou imitação de marca pré-registrada, é necessário que exista efetivamente risco de ocorrência de dúvida, erro ou confusão no mercado, entre os produtos ou serviços dos empresários que atuam no mesmo ramo.”

Além de ser possível a verificação de que a proteção da marca não atende apenas os interesses econômicos dos proprietários, é importante destacar que o interesse dos consumidores prevalece. Sendo assim, para a caracterização do uso indevido é imprescindível que a utilização tenha condão de levar os consumidores a erro, e que este erro seja em prejuízo do primeiro a registrar, em benefício do utilizador, devendo ambos exercer a mesma atividade econômica.

Ao julgar lide que envolvia as marcas “FIESTE” e “MOÇA FIESTA”, também decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela convivência harmoniosa entre as marcas, já que comerciantes de

produtos distintos¹. No mais, o julgado foi preciso ao consolidar os elementos comuns às marcas para se caracterizar o uso indevido:

“Da leitura dos artigos percebe-se que para que a marca não seja registrável, se faz necessária a presença concomitante de três requisitos: a) imitação ou reprodução, no todo ou em parte, ou com acréscimo de marca alheia já registrada; b) que sirvam as marcas para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim; c) que a convivência das duas marcas possibilite erro, confusão ou dúvida no consumidor².”

Assim, resta evidente que não é o mero uso de elementos constantes em marca já registrada que impede a utilização por outra pessoa, mas sim a finalidade a qual se destina o uso, o ramo de atividade que atuam, bem como a possibilidade de causar erro e/ou confusão aos consumidores.

No presente caso, verifica-se o uso de elementos visuais da marca da Autora foi realizado com o único propósito da paródia. Frise-se que a atuação do Réu é totalmente distinta do jornal, já que não veicula informações

¹ “Não há, portanto, risco de confusão. As marcas em questão são de produtos completamente distintos (sidra e leite condensado), pertencentes a classes também distintas (laticínios em geral, leite de soja - bebidas, xaropes e sucos concentrados) e apresentam-se ao consumo com embalagens e rótulos totalmente diferentes”.

É possível a coexistência harmônica das marcas, ainda que a mais recente contenha a reprodução da mais antiga, se inexistente o terceiro requisito apontado na lei - possibilidade de erro, dúvida ou confusão.

² Recurso Especial nº 949.514/RJ; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; Terceira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça; DJE 04 de outubro de 2007.

em seu site, mas sim critica satiricamente o conteúdo disponibilizado pelo endereço eletrônico da Autora. No mais, como já se afirmou, uma simples constatação do conteúdo do site do Réu demonstra a impossibilidade de levar os leitores da Autora a erro.

Portanto, impossível conceder a proteção invocada pela Autora, com base na Lei de Propriedade Intelectual e demais dispositivos protetores do direito à marca, já que tais mecanismos se voltam à defesa do direito de exploração econômica por seus proprietários, bem como à proteção do consumidor de não ser ludibriado.

No caso dos autos, como não há concorrência entre Autora e Réu, e como é impossível a confusão entre os respectivos sites, a legislação invocada não pode ser aplicada, devendo ser julgado improcedente o pedido da Autora.

Ademais, não há qualquer proveito econômico por parte do Requerido com a exposição dos elementos caricatos da “Folha de S. Paulo”, uma vez que o site “Falha” não possui qualquer espaço publicitário, o que torna completamente descabida a acusação de enriquecimento ilícito feita pela Autora.

Como se observa, chamar seu site de “Falha” nem de longe significa que o Requerido quer fazer-se passar pela Autora,

mas sim exprimir sua opinião sobre o conteúdo da “Folha” de forma jocosa.

Por outro lado, uma verificação mais atenta do conteúdo do site já seria suficiente para demonstrar que a suposta finalidade ilegal sustentada pela Autora não existe, pois seu conteúdo é cômico, diferentemente do site e do jornal “Folha de S. Paulo”.

Com isto, claro está que a Autora nunca procurou proteger seu direito à propriedade de marca que, aliás, nunca esteve ameaçado.

Em verdade, buscou e conseguiu num primeiro momento, liminarmente, promover uma censura à liberdade de manifestação de pensamento do Requerido, o que não se pode permitir, na linha das decisões da Corte Constitucional que prestigiam a liberdade de pensamento e de manifestação de opinião, como verificado no tópico anterior.

Do exposto, forçoso concluir que a alegação de prejuízo à imagem da Autora é absurda, uma vez a própria existência de um blog independente de humor, seja qual for seu conteúdo, não tem o condão de afetar a imagem e a credibilidade conquistada pelo maior jornal do país ao longo de 80 anos.

– V –

DA PRETENSÃO CONTRAPOSTA – NECESSIDADE DE INDENIZAÇÃO

DO REQUERIDO PELA CENSURA PERPETRADA PELA AUTORA

Como se observa pela análise detida dos termos da petição, o pedido da Autora resta amparado na proteção jurídica ao direito de utilização da marca e na pretensa existência prejuízos à imagem da "Folha de S. Paulo" pelos acessos ao domínio www.falhadespaulo.com.br.

Cabe considerar que a postura adotada pela Autora, na medida em que gera indevida censura aos meios de comunicação de índole humorística, importa na restrição aos direitos fundamentais das liberdades de pensamento e de imprensa, indispensáveis à construção da crítica, seja ela humorística ou não, o que legitima o Requerido a formular pedido em seu favor, nos termos do art. 278, §1º, do Código de Processo Civil.

A partir do momento em que a Autora exige a suspensão de um site de humor independentemente, sob a roupagem de pretensa proteção ao direito de marca, mas com o real propósito de promover censura ao seu conteúdo informativo, apresentou conduta que expôs o Requerido à indevida exposição de sua imagem.

O caso ganhou rapidamente os fóruns de discussões na internet e diversos espaços nos veículos de opinião (**doc. 07**), o que comprova a repercussão pública da questão e a conseqüente exposição do Requerido aos ataques ventilados pelo jornal "Folha de S. Paulo".

Na linha do que assevera Vidal Serrano, em sua célebre obra "A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística", cabe acentuar que:

"(..) direito à crítica se constitui em um verdadeiro alicerce da opinião pública, o que, evidentemente, reveste tal direito de um caráter especial, prevalente em relação aos demais direitos fundamentais que, em determinadas situações, possam com ele se antagonizar.

É evidente que o direito de crítica, nessa linha de interpretação, não recebe tratamento de direito absoluto. Admite-se a restrição, não porém sem garantir ao direito de crítica um conteúdo mínimo, um núcleo essencial, onde seria incontornável mesmo pela presença comum de outro direito fundamental com ele em colisão" (FTD, 1997, p. 87).

Ainda no aspecto relativo ao dever de indenizar, cumpre expor que este dever decorre da necessidade de reparação ao dano ocasionado, bem como possui caráter de sanção, com função precipuamente pedagógica, a fim de que o infrator não pratique os atos ilícitos novamente.

A corroborar com tal entendimento, preleciona a Professora Maria Helena Diniz que, ao tratar do dano moral,

ressalva que a reparação tem sua dupla função, a penal "constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa (integridade física, moral e intelectual) não poderá ser violado impunemente", e a função satisfatória ou compensatória, pois "como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada" (Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º vol., 9ª ed., Saraiva).

Pois bem, este aspecto punitivo influi diretamente no *quantum* indenizatório, pois deve ser suficiente para impor à Autora a inibição pela prática de condutas arbitrárias, que tendem a abolir o direito de crítica humorística contra o conteúdo veiculado em seu jornal.

Pelo exposto, observa-se com clareza que a conduta perpetrada pela Autora houve por gerar indevida restrição do direito à crítica (ocorrência de ato ilícito), baluarte da liberdade de expressão que sustenta o Estado Democrático de Direito, o que torna líquida a obrigação de indenizar o Requerido por danos morais, em valor a ser arbitrada de forma razoável por esse MM. Juízo.

PRODUÇÃO DAS PROVAS NECESSÁRIAS À INSTRUÇÃO DO PROCESSO

Ainda que superada a questão preliminar suscitada na presente manifestação, cabe asseverar que o deslinde da presente demanda autos exige a produção de provas atinentes à verificação da existência ou inexistência da indigitada potencialidade de indução a erro pelo uso da marca “Folha de S. Paulo” pelo site www.falhadespaulo.com.br.

Para tanto, necessária a produção de **prova pericial**, que terá por escopo a análise comparativa entre o material gráfico e textual produzido pelo site “Falha de S. Paulo” e pelo jornal e site da marca “Folha de S. Paulo”. Ademais, o perito deverá abarcar análise acerca da probabilidade de ocorrência de erro de digitação pela prática denominada “Typosquantin”.

No mais, necessária a produção de **prova oral**, mediante a oitiva de testemunhas que deverão ser argüidas acerca da suposta indução a erro na identificação das marcas “Falha de S. Paulo” e “Folha de S. Paulo” ou mesmo sobre a clara distinção entre conteúdo humorístico e não humorístico, tal como apontado na presente manifestação.

VI. 1 – PROVA PERICIAL

Para a produção de prova pericial nos termos acima discriminados, necessária a nomeação de perito jornalista, com especialidade no desenvolvimento de *websites*, que deverá realizar estudo técnico com base nos seguintes quesitos:

- Qual o grau de probabilidade para que o internauta possa, em um erro de digitação (“Typosquantin”), digitar a letra “A” ao invés da letra “O”, a considerar que as teclas estão em lados opostos do teclado?
- A considerar a hipótese de erro de digitação por troca das letras “O” pela “A”, um leitor do site ou jornal “Folha de S. Paulo”, ao acessar o portal www.falhadespaulo.com.br, poderia confundir o conteúdo de texto jornalístico da “Folha” com a produção escrita do site “Falha”?
- As fotomontagens constantes do site “Falha de S. Paulo” podem ser confundidas com imagens publicadas no site ou periódico impresso “Folha de S. Paulo”?
- O dicionário Houaiss da Língua Portuguesa define a palavra “paródia” como a “obra literária, teatral, musical etc. que imita outra obra, ou os procedimentos de uma corrente artística, escola etc. com objetivo jocoso ou satírico; arremedo.” A exemplo dos quadros de paródia existentes nos programas humorísticos “Pânico na TV” (Dilma Duchefe) e “Casseta & Planeta” (Viajando Henrique Cardoso e Bussunda como Presidente Lula), é possível afirmar que a identificação de elementos visuais da marca ou figura parodiada possa induzir

os consumidores a erro?

Por oportuno, o ora Requerido indica seu assistente técnico para acompanhamento do trabalho pericial:

- Flávio

VI. 2 – PROVA ORAL

Para a produção de prova oral nos moldes justificados acima, necessária intimação das seguintes testemunhas:

- Marianne
- Eva
- Ubiratan

Tão logo seja deferida a produção da prova testemunhal, o ora Requerido comprovará o recolhimento das custas necessárias à intimação das testemunhas indicadas acima.

- VII -

DO PEDIDO

Por todo exposto, requer-se a Vossa Excelência que, em sede preliminar, reconheça a necessidade de extinção do processo sem resolução de mérito, nos moldes do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, ante a ausência de interesse processual, face à utilização de elementos visuais de marca como condição prévia ao pleno exercício da paródia (item III acima).

Caso a matéria preliminar não seja acolhida, requer-se o julgamento da presente demanda com resolução de mérito nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, para:

- a) julgar improcedente o pedido de cumprimento de obrigação de não fazer, consistente na abstenção de uso, gozo e disposição da marca de propriedade da Autora, em razão da impossibilidade de confusão entre marcas e ausência de finalidade anti-competitiva no setor de produção de periódicos impressos ou digitais de cunho não humorístico (item IV supra);
- b) julgar improcedente o pedido de condenação ao pagamentos de danos morais à Autora, consoante as razões que justificam o exercício de crítica humorística, a exemplo da paródia, como prática legitimada pela plenitude de liberdade de imprensa,

nos termos do art. 5º, IV e XIV e art. 220, §1º, da Constituição da República e atestam o total descabimento da alegação de proteção ao direito de propriedade da marca no caso de utilização de elementos visuais para fins de paródia (item IV supra);

- c) julgar procedente o pedido contraposto de condenação da Autora ao pagamento de danos morais, em razão da indevida exposição da imagem ao Requerido e de sua real motivação em promover a censura do site independente de humor "Falha de S. Paulo" (item V supra).

Requer-se a produção das provas pericial e oral, nos exatos termos do item VI da presente manifestação.

Por fim, requer-se a expedição de ofício ao NIC.Br (Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR), com sede na Avenida das Nações Unidas, nº 11.541, 7º andar, Brooklin, São Paulo, CEP 04578-000, para que dê imediato cumprimento à decisão final de mérito da presente demanda.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 20 de outubro de 2010.

WILTON LUIS DA SILVA GOMES
OAB/SP Nº 220.788