



CONTRA-RAZÕES DE APELAÇÃO

Apelado: *Antonio Carlos Oliveira Gidi*

Apelada: *Ada Pellegrini Grinover*

Vara: *26ª Vara Cível do Foro Central da
Comarca da Capital*

Autos nº: *583.00.2008.158923-2*

Egrégio Tribunal

A apelante propôs ação de reparação de dano moral afirmando que o apelado, em livro publicado teria ferido sua moral.

Imputa afirmações que não existiram e apresenta ao judiciário questão de menor relevância que somente serve para contribuir com o atolamento do judiciário.

Em decisão objetiva e firme, o Juízo *a quo* considerou expressamente ser:



“Oportuno e conveniente o julgamento da lide no estado, dentro do livre arbítrio traçado no art. 130 do Código de Processo Civil, tratando-se de **matéria remanescente unicamente de direito, com exaustiva prova literal de conhecimento comum, não reclamando a produção de perícia técnica (...) ou audiência para oitiva de testemunhas, (...) inúteis ao desfecho.**

...

Inconsistente a pretensão por razões **curtíssimas, básicas e intuitivas** na medida em que, na espécie, **a mera crítica literária, sugestão, posicionamento doutrinário, opinião, o debate ideológico ou a discussão acadêmica** vazada na obra noticiada, mesmo que acirrada ou de índole unilateral, só por si, não constituíram ato-fato ilícito ou tampouco ofensa à honra ou a psique, donde a falta de pressuposto para a reparação civil pecuniária.

...

As normas de regência do ressarcimento extrapatrimonial não contemplaram **ambiciosos estados fictícios ou vaidades**, motivados em **sentimentos subjetivistas**, assentados em **sensibilidade exacerbada, susceptibilidade acentuada ou emotividade exagerada** perante as adversidades negociais, contingências obrigacionais e os percalços do cotidiano do mundo universitário, mas tão-somente as violações aos justos melindres do brio, do decoro e da dignidade pessoal, sob pena de inversão dos conceitos estabelecidos no ordenamento jurídico e a banalização do instituto.”



Conclui a sua fundamentação de mérito com a proteção à:

“Liberdade de expressão e do pensamento a que aludiu o art. 5º, IV e IX, da Constituição Federal”.

A apelante busca:

- a) Anular o julgamento antecipado da lide e devolver o processo ao Juízo *a quo*, para instrução probatória plena, uma vez que a Apelante requereu a produção de prova oral e o Juízo *a quo* não a considerou relevante, decisão que a Apelante considera cerceamento de defesa.
- b) Converter o julgamento em diligência para produção de provas, pelo mesmo motivo acima.
- c) Substituir a decisão de primeiro grau e julgar procedente a demanda, julgando antecipadamente a lide, sem necessidade de produção das provas requeridas pelas partes.
- d) Reduzir a verba honorária, de 20% do valor da causa (R\$ 50.000,00) para, no máximo, R\$ 5.000,00 (2% do valor da causa).

a) **Do cerceamento de defesa:**

A primeira pretensão da Apelante é o julgamento antecipado da lide e devolver o processo ao Juízo *a quo*, para instrução probatória plena, uma vez que a Apelante requereu a produção de



prova oral e o Juízo *a quo* não a considerou relevante, decisão que a Apelante considera cerceamento de defesa.

A despeito do pedido de prova, que diga-se de passagem foi formulado de forma genérica, não houve desprezo quanto ao pedido de prova oral simplesmente o MM^o considerou desnecessária a prova face a incontrovérsia dos fatos apresentados permitindo, juntamente com a prova documental carreada, atuatorizar o julgamento antecipado da lide

Para fundamentar essa pretensão, a Apelante parte de dois pressupostos equivocados: a) há “controvérsia fática a ensejar dilação probatória” e b) não foi “dada oportunidade à apelante de demonstrar a ocorrência dos fatos com base nos quais formula seu pedido” (item 7, p. 490-491 destes autos).

Correto, todavia, o Juízo *a quo* ao julgar antecipadamente a lide, uma vez que a questão fática não era controvertida, pois havia “exaustiva prova literal de conhecimento comum, não reclamando a produção de perícia técnica (...) ou audiência para oitiva de testemunhas, (...) inúteis ao desfecho” e a “matéria remanescente [era] unicamente de direito” (Sentença, fl. ____).

O fundamento da questão nesta demanda apresentada, é a afetação moral de posições expressadas em livro publicado e a venda em todas as livrarias jurídicas, portanto não á outra prova que não a prova documental para embasar a demanda da apelante.



Analisando o objeto do processo e os pedidos feitos pela Apelante em sua petição inicial, fica claro que não há nenhuma controvérsia fática pois afirma textualmente que frases tiradas do livro lhe são ofensivas.

Ademais, nenhuma prova documental apresentada pelas partes teve sua validade contestada. A própria Apelante resume o processo, em suas Razões Recursais, como uma “demanda indenizatória movida pela ora Apelante **em virtude da publicação de obra** de autoria exclusiva do Apelado **contendo afirmações ofensivas à [sua honra]**” (Razões Recursais, item 1, fl. 489).

Para sermos mais precisos, a ação indenizatória proposta contra o Apelado invoca violação ao direito à honra da Apelante pelas seguintes **manifestações escritas**:

- a) classificação “anteprojeto original” e “anteprojetos derivados” (livro do Apelado, p. 1-2, fl. 25/26) (itens 4 e 5 da petição inicial, fls. 04/05);
- b) a reclamação sobre a omissão do nome do Apelado no Código Modelo Ibero-americano (livro do Apelado, p. 14, fl. 38) (itens 6 a 11 da petição inicial, fls. 06/08);
- c) a frase hipotética: “ignorá-lo pode até ser um descuido acadêmico mas, escondê-lo deliberadamente, desonestidade intelectual” (livro do Apelado, p. 38, fl. 46) (itens 9 a 12 da petição inicial, fls. 07/09) e



d) a crítica à metodologia empregada em um artigo da Apelante (livro do Apelado, p. 190, fl. 48) (item 13 da petição inicial, fls. 09/10).

Só isso. Nenhuma outra manifestação do Apelado, oral ou escrita, faz parte do objeto deste processo. Todas essas manifestações foram feitas por escrito, em livro publicado pela Editora Forense e a Apelante anexou em sua petição inicial fotocópias com todos os trechos supostamente ofensivos devidamente grifados.

No item 9 das Razões Recursais (fls. 491-492), a apelante cita inúmeros acórdãos, todos eles corretos, mas absolutamente inaplicáveis ao presente caso:

*“Quando as instâncias ordinárias admitem que **não houve a comprovação eficaz** e não oferecem oportunidade para a apresentação da prova, aí, sim, existe o cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a lide, considerando que a inicial indicou provas a produzir” (STJ, 3ª T., RESP 649191/SC, Rel. Min. Menezes Direito, J 19/08/04, DJ 13/09/04, p. 241; LEXSTJ 184/150).”*

*“Nega vigência aos art. 330 e 332 do CPC, a decisão que, após indeferir coleta de prova oral, requerida pelo autor, **declara a ação improcedente – ao fundamento de falta de prova**” (STJ, 1ª T., RESP 443171/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, J 10/02/04, DJ 25/02/04, p. 101).”*



*“Há cerceamento de defesa quando o juiz indefere a realização de perícia **requerida fundamentadamente pela parte, com o fito de comprovar determinada alegação, e esta mesma alegação é rejeitada, na sentença, sob o fundamento de não ter sido comprovada**” (STJ, 3ª T., RESP 471322/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, J 26/06/03, DJ 18/08/03, p. 205. (Citado na apelação, p. 492, destes autos) (grifamos).”*

*“Suscitada **de modo fundamentado** a má-fé do endossatário de nota promissória vinculada a contrato de compra e venda (...) o julgamento antecipado, que conclui pela improcedência da ação **por falta de prova da má-fé, cerceia o direito de defesa do réu.** (STJ, 4ª T., RESP 258737/RO, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, J 03/10/00, DJ 27/11/00, p. 170; LEXSTJ 140/230).”*

Fica claro que, nos casos acima citados, A) a produção de prova oral foi requerida de forma fundamentada, B) com o objetivo de comprovar determinada alegação de fato e C) o julgamento antecipado concluiu pela improcedência por falta de prova dessa alegação. Nenhum desses três elementos estão presentes neste processo.

Em primeiro lugar, a Apelante não informou quando solicitou em primeiro grau, nem informa agora nesta apelação, o motivo pelo qual requereu a produção de prova oral ou em quê a oitiva de testemunhas poderá contribuir para a melhor determinação dos fatos.



A justificativa da necessidade da prova é essencial para seu deferimento.

A Apelante não pode, com o simples argumento técnico de que “havia requerido expressamente a apresentação de prova oral”, querer impedir o Juiz de seguir a legislação processual que o permite (*rectius*, o obriga) julgar antecipadamente a lide, quando não houver necessidade de produção de prova em audiência pública. É irrelevante o fato de a parte ter requerido expressamente a produção de prova oral.

Em segundo lugar, está claro que o Juízo a quo não julgou a demanda improcedente com base em falta de prova, mas com base em questão de direito, que é da alçada do magistrado e não de testemunhas, por aplicação do princípio *iura novit curia*. A sentença ora recorrida é clara no sentido de que, após analisar a questão de fato através da prova documental e ouvir os argumentos de ambas as partes, considerou que os escritos do Apelado “não constituíram ato-fato ilícito ou tampouco ofensa à honra ou a psique” da Apelante (fl. ____). Trata-se de questão unicamente de direito, pois os escritos do Apelado constavam dos autos e a produção de prova oral e pericial era desnecessária e irrelevante para a determinação judicial da legalidade dos escritos.

Não pode, portanto, a Apelante, colacionar inúmeras decisões inaplicáveis ao caso, simplesmente porque insiste em ver realizada a produção de provas absolutamente irrelevantes e desnecessárias ao objeto do processo.



O mais expressivo é que nem mesmo agora , quando da apelação, aonde busca o cerceamento de defesa, a apelante explicita o que pretende provar com a prova testemunhal. Não está claro o quê exatamente a Apelante quer provar com as testemunhas.

Ressalta-se que a questão não é de prova, as alegações formuladas estão provadas no próprio texto do livro do apelado, a questão discutida na sentença foi a qualificação jurídica do ato praticado.

A mera tentativa de provar dano moral é uma questão irrelevante para o presente processo, pois o magistrado considerou que os escritos do Apelado eram lícitos, não tendo causado danos morais. De acordo com a sentença, “**falta (...) pressuposto para a reparação civil pecuniária**”, porque “**a mera crítica (...) não constitu[iu] ato-fato ilícito ou tampouco ofensa à honra**” (fl. ____).

A jurisprudência é clara, no sentido de que os fatos precisam ser controvertidos, pertinentes e relevantes, antes que possa haver alegação de cerceamento de defesa:

“Existindo fatos **controvertidos**, a necessidade de prova a respeito deles exige ainda que sejam eles pertinentes e relevantes. **Fato pertinente é o que diz respeito à causa**, o que não lhe é estranho. **Fato relevante é aquele que, sendo pertinente, é também capaz de influir na decisão da causa**. Se o fato, apesar de controvertido (questão de fato), não é pertinente, é irrelevante, a necessidade de produção de prova a respeito dele inexistente, pelo



que a instrução em audiência seria pura perda de tempo, com prejuízo para a celeridade do processo, tornando-se imperativo, nesse caso, o julgamento antecipado da lide (RT 684/124) (Cf. Nery & Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 2006, p. 523).

Aliás, trata-se de entendimento bastante antigo:

“A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado” (RE 101171, Rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 115/789)

Dessa interpretação não distoa a doutrina. Segundo Arruda Alvim,

“Se existem questões de fato no processo, mas essas são estranhas à questão principal, é de se aplicar a regra que autoriza o julgamento antecipado da lide. Isto porque **a dispensa da audiência ocorrerá quando existirem fatos *relevantes* para a decisão da causa** que não dependam de prova. **Se houver requerimentos de prova acerca de fatos irrelevantes**, ou estando os relevantes devidamente provados, **é**, da mesma forma, **de se proceder ao julgamento antecipado da lide.**” (Arruda



Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 2, 6ª edição, p. 381-382)

A Apelante vem agora até mesmo mencionar a possibilidade de “conciliação” (item 16, fl. 494), uma idéia que surpreendeu o Apelado, em face da virulência da campanha orquestrada pela Apelante. A referência a conciliação é duplamente constrangedora, pois é conhecimento geral que a audiência preliminar somente deverá ocorrer, se não for caso de julgamento antecipado da lide. Assim impõe a literalidade da lei, no artigo imediatamente seguinte ao artigo referente ao julgamento antecipado da lide:

“Art. 331. **Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes**, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou proposto, com poderes para transigir.”

A doutrina também não diverge dessa interpretação. Segundo Arruda Alvim:

“**Não sendo caso de julgamento antecipado da lide** (...) deverá ser designada a audiência de conciliação a que se refere o art. 331”. (Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 2, 6ª edição, p. 384).

b) Conversão em diligência:



Através do segundo pedido, a Apelante também sugere a possibilidade [“não se descarta”, diz o item 17 das Razões Recursais, fl. 494] de que o julgamento seja convertido em diligência para produção da prova requerida pela Apelante (não se refere às provas requeridas pelo Apelado). Fundamenta a sua posição no art. 515, §4º do CPC, que autoriza o Tribunal a determinar a realização ou renovação de ato processual eivado de nulidade sanável e prosseguir no julgamento da apelação.

Trata-se de uma interpretação criativa, mas completamente equivocada do dispositivo, que afronta a técnica processual e a Constituição Federal. Não se trata aqui de nulidade de ato processual que foi praticado, cuja realização ou renovação possa ser determinada. A alegada nulidade da sentença advém na **não-realização** de audiência de instrução e julgamento e não pode ser sanada a nulidade de ato que sequer foi praticado.

Caso houvesse nulidade da sentença, o que não é o caso, como vimos no item anterior, a única solução possível seria devolver o processo ao Juízo *a quo*, abrir a fase probatória, com a oportunidade para produção de todas as provas requeridas por ambas as partes (oral, documental, pericial etc). V., por exemplo, p. 17 da petição inicial, onde a Apelante requereu “a produção de (...) provas periciais [e] depoimentos testemunhais (...)” (fl. 18).

A interpretação contrária representaria violação ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. O Tribunal de



apelação estaria julgando o mérito de um processo, sem a possibilidade de decisão de primeiro grau.

Esse pedido não merece maiores comentários nem mesmo para demonstrar a sua inadequação.

c) quanto mérito:

Em face da sua importância, desenvolve-se separadamente o pedido de letra “c”, acima, através do qual, **a Apelante requer o julgamento antecipado da lide a seu favor.**

A postura contraditória da Apelante é manifesta, pois argumenta que a sentença *a quo* era nula exatamente porque não abriu espaço para produção de provas. Aqui, a Apelante, que tem o ônus da prova em juízo, quer ser beneficiada pelo mesmo julgamento antecipado da lide que acima disse ser ato nulo, negando ao Apelado o mesmo direito à produção de provas.

Não terá melhor sorte a Apelante quanto ao pedido subsidiário de reforma da sentença no mérito. Em face do que já ficou alegado e devidamente comprovado no Juízo *a quo*, tem-se total confiança de que **a única decisão possível é a de improcedência da demanda proposta pela Apelante.**

É de se observar que, **em nenhum momento, a Apelante contestou a validade das provas documentais**



apresentadas pelo Apelado, que retratam fielmente 8 anos de correspondência entre as partes.

Com efeito, decidiu o Juízo *a quo* que a pretensão da Apelante era improcedente, porque **a mera crítica feita pelo Apelado não poderia ser considerada um fato ilícito ofensivo à honra da Apelante, faltando o pressuposto para a indenização**. O Juízo *a quo* foi além e caracterizou a atitude da Apelante de “sensibilidade exacerbada perante (...) os percalços do cotidiano do mundo universitário”, incompatível com o Direito de Danos, que está limitado às “violações aos justos melindres do brio, do decoro e da dignidade pessoal.” (Sentença, fl. ___).

Em todo caso, para que seja possível julgar o mérito do processo, este Tribunal precisa analisar todas as manifestações das partes neste processo e as provas documentais apresentadas no Juízo a quo, e não somente a Apelação. As alegações trazidas pela Apelação são mera repetição daquelas feitas na petição inicial e foram – todas elas – contestadas documentadamente pelo Apelado. Para evitar repetições inúteis, a contestação e a manifestação sobre a réplica, portanto, fazem parte integrante deste documento. Aqui se fará um mero resumo de alguns dos principais argumentos da defesa.

Como veremos adiante, **a única decisão que é de impossível, sem análise de novas provas, é a determinação do valor da indenização**. Ainda que se considere desnecessária a culpa para a caracterização do dano moral, o que não se concorda, a fixação da indenização deve levar em conta a intenção do agente, além da



proporcionalidade do valor às condições financeiras deste. Ademais, não há como negar a obrigatoriedade da prova da extensão patrimonial do dano sofrido, já que a Apelante busca sua reparação.

a) A LIBERDADE DE EXPRESSÃO (CF-88, ART. 5º, IX) E DE PENSAMENTO (CF-88, ART. 5º, IV) DO APELADO

A Sentença recorrida fundamenta-se, em parte, na proteção à “**liberdade de expressão e do pensamento** a que aludiu o art. 5º, IV e IX, da Constituição Federal” (Sentença, fl. ____).

Com efeito, a demanda representa espantosa tentativa de utilizar o Judiciário para intimidar o Apelado, que é professor e pesquisador, e fazê-lo calar investigação que realiza sobre o tema há mais de quinze anos.

Em maio de 2008, o Apelado publicou um livro (fl. ____), com o objetivo de contribuir para o debate sobre a codificação do processo civil coletivo no Brasil. O referido livro é fruto de pesquisa séria e aprofundada sobre tudo que foi escrito sobre o tema no Brasil e no exterior. Trata-se de obra contendo síntese das pesquisas do Apelado na matéria, que aprimora suas posições anteriores, sendo o coroamento de mais de quinze anos de pesquisa e, mais especificamente, um ano de dedicação exclusiva.

Como representa a continuação de um debate meramente intelectual, no campo das idéias, o ambiente propício para tais discussões é o científico e não os tribunais. Idéias acadêmicas e



divergências teóricas não podem ser vistas como armas de ofensa pessoal. Se assim fosse, a ciência não poderia evoluir e consagraríamos a possibilidade de censura ideológica e intelectual no Brasil.

O Brasil vive um momento histórico ímpar, onde a democracia nunca esteve tão fortalecida. Nosso ordenamento eleva a princípios fundamentais constitucionais tanto a liberdade de expressão (CF-88, art. 5º, IX) como a liberdade de manifestação de pensamento (CF-88, art. 5º, IV). Esses direitos fundamentais repercutem também de forma expressa na comunicação social e em todas as formas de expressão pública do pensamento, sendo vedada qualquer forma de “censura de natureza política, ideológica e artística” (CF-88, art. 220, §2º). Tais princípios emanam por todo o ordenamento, aplicando-se, portanto à espécie.

O avanço da nossa sociedade nessa área não veio sem sacrifícios. Por isso, a mera tentativa de utilização do Poder Judiciário para coibir a livre circulação de idéias representa um perigoso retrocesso para as nossas instituições. É lamentável que, entre inúmeras inovações propostas nas 486 páginas de um livro extremamente denso, a petição inicial tenha pinçado três ou quatro frases, isolando-as e descontextualizando-as, alterando o sentido que lhe foi conferido na obra, com o objetivo de impugnar uma tendência científica, uma escola crítica que está sendo amplamente debatida na doutrina e, mais recentemente, no Ministério da Justiça, com a proposta de uma Nova Lei da Ação Civil Pública.

O Brasil, mais do que nunca, necessita de emancipação intelectual, com promoção do debate crítico e não



subserviência cega a teorias dominantes. E não conseguiremos isso através da intolerância e do cerceamento da liberdade de expressão. Não por outro motivo, a Constituição Federal assegura a liberdade de cátedra, o pluralismo de idéias (art. 206, II e III) e a autonomia didático-científica, observado o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão (art. 207).

Trata-se de um livro de crítica acadêmico-científica. Em várias passagens, o Apelado faz duras críticas até mesmo às suas próprias opiniões anteriormente emitidas, inclusive dedicando um capítulo para repensar o seu Anteprojeto Original e adotar propostas emitidas nos anteprojetos derivados. O livro procura criar um novo paradigma para o processo civil coletivo, mas não sem antes explicar a insuficiência do paradigma atual. E, para fazer isso, foi preciso desconstruir teorias já consagradas e amplamente aceitas, com avaliação crítica, serenidade e responsabilidade intelectual.

A indignação da Apelante com o livro do Apelado não está em “assertivas desonrosas que extrapolam os limites da crítica saudável” ou “com ofensas injustas e infundadas”. Na verdade, a Apelante se insurge contra a discordância intelectual sobre suas teorias. Esse argumento foi desenvolvido com farto suporte documental no item 10 da contestação (fls. __ a __) e foi aceito claramente pelo Juízo *a quo*, ao dizer que:

“as normas de regência do ressarcimento extrapatrimonial não contemplaram **ambiciosos estados fictícios ou vaidades**, motivados em **sentimentos subjetivistas**, assentados em



sensibilidade exacerbada, susceptibilidade acentuada ou **emotividade exagerada** perante as adversidades negociais, contingências obrigacionais e os percalços do cotidiano do mundo universitário, mas tão-somente as violações aos justos melindres do brio, do decoro e da dignidade pessoal, sob pena de inversão dos conceitos estabelecidos no ordenamento jurídico e a banalização do instituto.” (sentença, fl. ____).

O objetivo da Apelante é claro: desmoralizar, punir e calar o Apelado. Esse processo precisa ser colocado em contexto, pois faz parte de uma “campanha” virulenta contra o Apelado. A Apelante propôs dois processos criminais no Rio de Janeiro, um processo civil em São Paulo, orquestrou o cancelamento de várias das suas palestras acadêmicas, publicou várias respostas na Revista de Processo, na Revista Forense e em outras revistas nacionais e internacionais.

A Apelante até mesmo enviou uma carta para o diretor da Faculdade norte-americana onde o Apelado trabalha, para que ele fosse demitido (Doc. 17, fl. ____), informando que o Apelado a ofendeu e que está sendo processando em tribunais civis e criminais. A Apelante fotocopia, traduz e transcreve trechos do livro do Apelado, onde se criticam algumas decisões norte-americanas, descontextualiza as frases e distorce o seu sentido. Tudo isso para dizer que o Apelado “ataca várias cortes norte-americanas, chamando o juízes ‘ultra reacionários’” porque “eles são nomeados politicamente em um país controlado pelo Partido Republicano”. A Apelante conclui que, como essas decisões eram acórdãos (de segundo e terceiro grau), o Apelado “criticou fortemente vários tribunais de apelação



norte-americanos”. Para concluir, a Apelante diz que a informação trazida é importante e que o diretor da Faculdade de Direito “**deveria estar ciente dela para tomar qualquer providência que achar conveniente**”. Essa não é, exatamente, a atitude de uma defensora dos ideais da liberdade de expressão ou uma paladina do amplo debate científico. Aliás, trata-se de uma conduta ilegal, segundo o ordenamento norte-americano, tipificada como *tortious interference with contract*.

Se alguém discordar das opiniões constantes no livro do Apelado, o correto seria publicar um trabalho acadêmico, expondo publicamente as suas idéias para o amplo debate nacional. A ciência do direito só tem a evoluir em um ambiente mais aberto, onde todas as polêmicas possam prosperar, sem medo da interferência estatal.

O velho J. S. Mill, filósofo e economista inglês, em *A Liberdade*, escrevia: “*Nunca podemos ter certeza de que a opinião que tentamos sufocar é falsa e, se tivéssemos, sufocá-la continuaria sendo um mal*”. Rui Barbosa é ainda mais enfático: “*De todas as liberdades, a do pensamento é a maior e a mais alta. Dela decorrerem todas as demais. Sem ela todas as demais deixam mutilada a personalidade humana, asfixiada a sociedade, entregue à corrupção o governo do Estado*” (Teoria Política, Ed. Jakson, 1952, pág. 257).

A jurisprudência atual não é destoante:

“Civil. Reparação de dano moral. Confronto entre liberdade de expressão e crítica e direito à tutela da imagem e da honra.



Distinção entre atividade pública e da honra. Distinção entre atividade pública e privada da pessoa. Posição de preponderância da liberdade de crítica, no campo das atividades públicas, no confronto com a imagem. 1. A honra e a imagem integram os direitos da personalidade, tutelados na Constituição (art. 5º e X), bem como a liberdade de expressão e de crítica (art. 5º, IV). No eventual confronto entre tais valores, há de se distinguir, nas atividades da pessoa, a esfera pública da esfera privada. Quanto alguém exerce atividade pública saindo da vida privada, se torna passível de crítica, agasalhada pela preponderância da liberdade de expressão. Caso em que certo medido, investido nas funções de administrador de hospital, mereceu críticas do administrador anterior, defendendo outras diretrizes administrativas. Tutela da liberdade de expressão”. (TJRS, 5ª Câmara Cível, apelação civil 596142562, relator Desembargador Araken de Assis).

Como autora de livros e coordenadora de um anteprojeto de lei que foi apresentado no Ministério da Justiça, a Apelante estava exercendo atividade pública passível de crítica. E o Apelado, como autor da primeira proposta, não só podia, como sentia-se no dever de manifestar seu pensamento e apresentar as suas críticas.

Façamos um sopesamento, ao estilo da propalada doutrina de Alexy, da colisão entre os diversos direitos fundamentais presentes nesta lide. Em sede de direitos fundamentais, a lesão a um direito só se justifica perante a intensidade da lesão ao direito colidente, ou seja, deve haver proporcionalidade em sentido estrito. A



intensidade da alegada lesão à personalidade da Apelante, não demonstrada, não somente não atinge o núcleo fundamental do seu direito à honra objetiva, o que se prova adiante, como deve ceder espaço ao direito fundamental de maior intensidade que são os direitos de liberdade de expressão e de manifestação de pensamento, não apenas fundamentado na personalidade e liberdade do Apelado, mas no próprio interesse coletivo.

b) A INEXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS

A Apelante argumenta que o ato praticado pelo demandado está previsto nos arts. 186 e 927 do CC (fl. 2). Em tal hipótese, todavia, deve-se analisar a culpa do lesante na prática do suposto ato ilícito, não havendo responsabilidade objetiva. A doutrina e a jurisprudência são claras a esse respeito.¹

O dano moral tem como fundamento a iníqua lesão a situações jurídicas existenciais, de qualquer ordem ou natureza, da pessoa humana, que fica com sua qualidade de vida prejudicada em todos ou em alguns de seus aspectos. A dignidade humana é vulnerada quando um ou todos os seus substratos são ofendidos imerecidamente por outrem, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade social,² **que não ocorreu no presente caso.**

¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 1, p. 337-338; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, p. 807; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Renovar, 2008, (Coleção Rubens Limongi França vol. 4), p. 157.

² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Renovar, 2008, (Coleção Rubens Limongi França vol. 4), p. 194-208; MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Danos à*



A Apelante repete jurisprudência inaplicável à presente situação, citando casos em que pessoas foram realmente ofendidas em sua honra, chamadas de “frei charlatão”, “pajé”, “inconfiável”, “irresponsável”, “movidada pela má-fé”, onde fatos criminosos foram imputados, inclusive o roubo de folhas de obra (item 95, fls. 515-516). Nada disso ocorreu no livro do Apelado, que fez uma crítica dura, mas limitada à opinião científica da Apelante. A Apelante insiste em colocar palavras na boca do apelado, o qual nunca utilizou as expressões e adjetivos, “plágio”, “principiante”, “tendenciosa” e “parcial” para se referir à Apelante (item 93, fl. 515).

A Apelante, em sua petição inicial, selecionou quatro afirmações do livro, alegando serem “absolutamente ofensivas à [sua] honra”. Tais afirmações jamais serviriam de embasamento para o pleito da Apelante, sendo apenas discretas alusões ao que de fato ocorreu. As afirmações são as seguintes:

- 1)** A classificação “Anteprojeto Original e anteprojetos derivados”;
- 2)** A alegação de “erro tipográfico” no Código Modelo Ibero-americano;
- 3)** A frase hipotética: “ignorá-lo pode até ser um descuido acadêmico mas, escondê-lo deliberadamente, desonestidade intelectual” e



4) A crítica à metodologia empregada em artigo de Ada Pellegrini Grinover.

Vejamos cada uma delas separadamente:

b1) A classificação “Anteprojeto Original” e “anteprojetos derivados”

A Apelante diz-se ofendida com a **classificação** “Anteprojeto Original” e “anteprojetos derivados”, porque ela “**insinua** que os derivados não seriam originais, o que **sugere** a idéia de plágio” (Petição inicial, p. 4, fl. 05, Réplica, p. ____, fl. ____ e Razões de Recurso, p. ____, fl. ____).

Acontece que o anteprojeto do Apelado é chamado “original” simplesmente por ter sido cronologicamente o primeiro e ter iniciado a tendência e dado origem aos demais projetos. Como ficou devidamente provado no juízo *a quo*, ele foi, de fato, o trabalho pioneiro, deu origem aos demais e muitas das suas idéias foram adotadas nos anteprojetos posteriores.

Ao contrário do que reafirma a Apelante, a classificação “anteprojeto original” e “anteprojetos derivados” não tinha o objetivo de dizer que um anteprojeto era “original” e os demais eram “cópias plagiadas”. O objetivo era simplesmente deixar clara a verdade: que foi o primeiro projeto realizado e “deu origem” à série de projetos que vieram



depois. Afinal, a idéia nasceu com o “Anteprojeto Original” e muitas das suas normas mais inovadoras foram adotadas pelos anteprojetos derivados.

Aliás, em todo o livro, o Apelado ressalta o aspecto cronológico, demonstrando como a norma original evoluiu (ou, mais frequentemente, involuiu) ao ser adotada pelos anteprojetos posteriores (chamados “derivados”). Paradigmática é a seguinte passagem encontrada na p. 44 do livro: “O Anteprojeto Original e os anteprojetos derivados são colocados lado a lado em um quadro comparativo organizado cronologicamente, para demonstrar a forma como as nossas inovações evoluíram ou involuíram ao serem assimiladas pelos anteprojetos derivados”. Sim, o objetivo do Apelado sempre foi deixar claro que muitas idéias dos anteprojetos posteriores foram “derivadas” do anteprojeto original, mas isso não pode ser equacionado com uma acusação de plágio.

A primazia temporal do Anteprojeto Original está fartamente documentada e devidamente explicada em uma extensa nota ao final da Contestação (fls. ___ a ____). O Apelado vinha falando sobre a codificação desde 1993 (fl. __). O Apelado discutiu pessoalmente com a Apelada sobre o tema em várias oportunidades (fls. __, __ e __). Em maio de 2002, em intervenção apresentada no encerramento de um seminário em Roma, o Apelado fez uma proposta de elaboração de um Código Modelo e o Instituto Ibero-americano nomeou a Apelante, Kazuo Watanabe e o Apelado como co-relatores.

Como o Apelado já havia preparado substancialmente o projeto (tendo já dedicado dez anos de sua vida para



fazê-lo) os demais co-relatores encarregaram o Apelado de elaborar o “primeiro esboço do anteprojeto” (este é o que foi chamado Anteprojeto Original). Em mensagens eletrônicas, a Apelante demonstra sua preocupação com o atraso do Apelado e cobra o “esboço” que ele deveria ter enviado (fls. ___ e ___). Finalmente, em 9 de agosto de 2002, com um mês de atraso, o Apelado enviou para a Apelante o “primeiro esboço” do Código Modelo Ibero-americano (o Anteprojeto Original) (fl. ___). Esse texto serviu de base para o Código Modelo. No dia seguinte, a Apelante confirmou o recebimento do que ela mesma chamou “**esboço de anteprojeto**”. Nessa mensagem, faz elogios à proposta, mas critica alguns institutos e inovações (fl. ___). Depois de uma série de e-mails trocados sobre o Anteprojeto Original, a Apelante enviou para o Apelado, em 23 de setembro de 2002, um segundo esboço do futuro Código Modelo Ibero-americano, preparado por ela e Kazuo Watanabe com base, em parte, no Anteprojeto Original (fl. ___).

Também ficou explicado e documentado (fls. ___ e ___) que, em várias mensagens eletrônicas, a própria Apelante reconhece que o Anteprojeto Original elaborado pelo apelado existe, que é mais pormenorizado do que o que ela planejava e que é americanizado (fls. __, __, __, __, __ e __). Igualmente, em mensagens eletrônicas enviadas à Apelante, o Apelado também fez várias referências ao seu Anteprojeto Original (v. Docs. 11, 13, 17, fls. __, __ e __).

Fartamente documentada está também a data de publicação do Anteprojeto Original na Revista de Processo, muito antes do início dos trabalhos da Apelante para o seu anteprojeto derivado (item e, fl. ___ e fls. ___ e ___).



Está provado, portanto, que o Anteprojeto Original existe, que foi recebido pela Apelante no dia 10 de agosto de 2002 e que é anterior e mais pormenorizado que o Código Modelo Ibero-americano. Está claro também que a Apelante considerava o Anteprojeto Original “americanizado”.

A Apelante, portanto, não pode agora dizer que o “Anteprojeto Original” não existia e que as inovações do Apelado eram “idéias esparsas” que foram acolhidas por ela e incorporadas no Código Modelo (item 54, fl. ___).

Também é surpreendente que a Apelante se insurja agora contra a terminologia “original” para designar o anteprojeto do Apelado. **Nas inúmeras mensagens trocadas pelas partes, desde o início dos trabalhos, o Anteprojeto proposto pelo Apelado sempre foi referido com o qualificativo “original” ou outro equivalente.** As partes se utilizavam desse jargão naturalmente, e sem pensar, apenas para facilitar a referência e identificação do “primeiro esboço”, uma vez que ele se diferenciava dos posteriores em aspectos importantes. V., por exemplo, as mensagens onde o Apelado referiu-se ao “**anteprojeto de anteprojeto**” ou “**esboço de anteprojeto**” ou “**proposta original**” (3 vezes) ou “**versão original**”. A Apelante também referiu-se à “**sua primeira proposta** para o Código Modelo” (Docs. 08, 10, 11, 17 e 27, fls. __, __, __, __ e __)

A Apelante também reconheceu, em inúmeras oportunidades, que o Código Modelo Ibero-americano adotou as



idéias contidas no Anteprojeto Original do Apelado, ficando comprovada, assim, a derivação. V., por exemplo, as mensagens onde a Apelante diz “**há muita coisa que vamos aproveitar de sua proposta**. Você nos deu uma colaboração e tanto” ou onde a Apelante reconhece que aceitou “**tantas e tantas**” das idéias do Anteprojeto do Apelado. V. ainda a mensagem do Apelado que dizia “**os senhores aceitaram muitas das minhas propostas**, mas não aceitaram outras. **O senhores aceitaram** a adequação, a alteração do objeto do processo, o ônus da prova, a prova estatística, a gratificação financeira, a prioridade da ação coletiva, a interrupção da prescrição das pretensões individuais, as relações continuativas, a litispendência, a sentença parcial etc” (Docs. 11 e 20, fls, __ e ____). Está comprovado documentalmente que muitas das idéias dos anteprojetos hoje existentes derivam das inovações propostas pelo Apelado. As mais significativas são mencionadas no próprio livro do Apelado (doc. 45, fls __ - ____).

Todas essas mensagens foram apresentadas ao Juízo *a quo* e **em nenhum momento a Apelante contestou a sua validade.**

Na “Resposta a um convite”, a Apelante confirma o que vem de ser dito, ao dizer, talvez de forma um pouco menos enfática, que “certamente foram incorporadas à proposta *algumas* sugestões de Antonio Gidi” e “certamente, *algumas* idéias de Antonio Gidi, acolhidas no Código Modelo, passaram para o [Anteprojeto USP] (item 14, fls. 36 e 37 destes autos). Igualmente, no item 52 da Réplica, **a Apelante reconhece inovações que o Apelado diz serem suas, são efetivamente de sua**



autoria (fl. ____). Daí a Portanto, não estar errado o Apelado dizer que o Anteprojeto Original influenciou os anteprojetos derivados.

Não se consegue ver, portanto, como uma mera **classificação** possa ser ofensiva a quem quer que seja, principalmente quando **ela se baseia em dados meramente cronológicos e verdadeiros e quando se sabe que a terminologia “Anteprojeto Original” sempre foi utilizada na correspondência entre as partes, tudo isso comprovado documentalmente**. Igualmente, não se pode transformar uma observação inofensiva em ilícita, simplesmente alegando que se tratou de um “eufemismo”.

O objetivo da classificação utilizada não foi nem nunca poderia ter sido a acusação de plágio. Tanto que o Apelado é um dos relatores de um dos “anteprojetos derivados”, o Código Modelo Ibero-Americano (fls. ____ e ____). De modo que, a seguir o tortuoso raciocínio da inicial, o Apelado estaria fazendo “plágio de si mesmo”, demonstrando, como diria Pertence, que o absurdo da conclusão evidencia o erro da premissa.

Ademais, o objetivo da elaboração de um anteprojeto de lei-modelo é exatamente trazer idéias, para que possam ser utilizadas por outros anteprojetos e, se a conclusão for vitoriosa, em lei. O Apelado afirmou explicitamente que a finalidade de seu trabalho era a utilização de suas idéias por outros grupos de estudos, caso assim entendessem (fl. ____). Portanto é verdadeiro contrasenso que um “modelo de lei” possa ser plagiado, pois o seu objetivo é mesmo servir de base para trabalhos futuros.



Ao contrário do que insinua a Apelante (item 64, fl. 507), em nenhum momento houve ataque pessoal a ela. Em nenhum momento, por exemplo, o Apelado acusou a Apelante de “plágio”. Percebendo que a sua alegação inicial não poderia prosperar, a Apelante mudou depois a sua teoria, primeiro na réplica, dizendo que a classificação é ofensiva “independentemente da acusação direta de plágio” (item 55, fl. ___) e, depois, na apelação, dizendo que “... é certamente ofensivo ainda que não tenha havido expressa e direta acusação de plágio contra a Apelante” (item 24, fl. 496). Além de essa teoria ser improcedente, a Apelante não pode alterar a sua causa de pedir, sob pena de negar vigência ao art. 264 do CPC).

Em ato de desespero, a Apelante diz que o Apelado se utilizou de “eufemismo”, quando disse que os anteprojetos derivados se “inspiraram” no Anteprojeto Original ou “adotaram” suas idéias. A Apelante insiste que o Réu a acusou de plágio “lançando mão de eufemismos que camuflam a verdadeira mensagem que o Réu pretendia transmitir” (item 56, fl. 296). Ou seja, segundo a Apelante, o Apelado não disse o que “pretendia” dizer, mas deve ser punido não pelo que fez, mas pelas suas “reais intenções”. Ainda que fosse eufemismo, porém, tal fato seria absolutamente irrelevante para o processo, pois a Apelante não pode atribuir ao Apelado idéias que ele não manifestou por escrito, sob a alegação de que se trata de “eufemismo” e que ele “pretendia” dizer outra coisa. A ser assim, até mesmo as afirmações mais polidas estariam sujeitas à acusação de serem “ofensivas por eufemismo”.



Ainda assim, trata-se de uma interpretação equivocada. Em diversas passagens do seu livro, o Apelado diz expressamente que, em uma próxima versão do seu anteprojeto, ele **adotará** as idéias dos anteprojetos derivados. Se o Apelado considerasse que as expressões “adotar” ou “inspirar” fossem indicativas de plágio, estaria se auto-incriminando. Vejam-se, por exemplo, as páginas 431 e 441 do livro, onde o Apelado diz, *verbis*:

“Se tivermos uma oportunidade de repensar o Anteprojeto Original, certamente **adotaremos** a iniciativa dos Anteprojetos USP e UERJ/Unesa”. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 431, 441 *et passim*).

b2) O erro tipográfico no Código Modelo Ibero-americano

A Apelante também se considera ofendida, porque o Apelado demonstrou que o seu nome foi excluído como Relator do Código Modelo Ibero-americano por um “erro tipográfico”.

Não há dúvida de que o Código Modelo Ibero-americano deve ser publicado com os nomes dos seus Relatores (Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi) e da Comissão de Revisão (8 pessoas). A forma correta de publicação é a seguinte:

Relatores

Ada Pellegrini Grinover

Kazuo Watanabe



Antonio Gidi

Comissão de Revisão

Aluisio G. de Castro Mendes

Angel Landoni Sosa

Anibal Quiroga Leon

Enrique M. Falcon

Jose Luis Vazquez Sotelo

Ramiro Bejarano de Guzmán (voto de abstenção)

Roberto Berizonce

Sergio Artavia

Essa é, por exemplo, a forma como o Código Modelo Ibero-americano sempre foi e continua sendo publicado no sítio do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, www.iidp.org, visitado em 27 de novembro de 2008 (fl. ____). Também correta é a publicação que se encontra em Ada Pellegrini Grinover *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 8a edição, 2005, p. 1050 (fl. ____).

Em resposta a essa omissão, a Apelante justifica que o nome do Apelado é “mencionado” na Exposição de Motivos. Acontece que o autor de um texto não deve ser simplesmente “mencionado” no corpo de outro texto: o nome do Apelado precisa constar do cabeçalho do Código Modelo Ibero-americano e a autoria do texto lhe deve ser devidamente atribuída. Não se trata de vaidade: o reconhecimento de autoria de obra intelectual é um direito inalienável e um reconhecimento pelo trabalho efetuado.



Acontece que não é assim que o Código Modelo Ibero-americano tem sido publicado em alguns livros mais recentes. Veja-se, por exemplo, a publicação colombiana fl. _____. Em mensagem para membros da Comissão Revisora do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, o Apelado informou o equívoco e solicitou a sua reparação (fl. ____). Em mensagem de 27 de novembro de 2005, a Apelante reconhece o erro (“**você tem toda razão, Gidi**”) e sugere formas de corrigí-lo (fl. ____).

Mas o erro continuou a se repetir em publicações futuras.³ Como a Apelante já havia admitido o erro anteriormente e havia se demonstrado aberta a corrigí-lo, o Apelado enviou uma mensagem para os organizadores do referido livro, solicitando a correção do problema (fl. ____). A Apelante, em mensagem de 28 de junho de 2007, reconhecendo o erro mais uma vez, garante: “**cuidaremos disto na próxima edição**” (fl. ____). Inconformado, o Apelado solicitou resolução imediata e a Apelante respondeu que “**a coisa não é tão grave assim, Gidi**” (fl. ____). Em mensagem de 30 de junho de 2007, a Apelante diz: “vou me informar a respeito de quando vai sair a próxima edição ou tiragem” (fl. ____) e o assunto nunca mais foi tratado. O referido livro continua à venda e o problema nunca foi corrigido, apesar das promessas da Apelante.

O problema voltou a acontecer em outro livro coordenado pela Apelante.⁴ Esperançoso de que a situação pudesse ser

³ Cf. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coords.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de processos Coletivos*, São Paulo: RT, 2007.

⁴ Cf. Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon (orgs.), *Direito Processual Comparado*, Rio de



resolvida, em mensagem de 27 de setembro de 2007, o Apelado enviou uma mensagem para a Editora Forense e para os dois coordenadores do livro, solicitando a reparação do erro (fl. ____). A **Apelante reconheceu novamente o erro**, mas minimizou a sua importância, ao dizer que “**o erro é absolutamente irrelevante**” (fl. ____) e que era impossível atender o pedido do Apelado (fl. ____). Por fim a Apelante encerrou o diálogo: “não tomarei qualquer atitude em relação às publicações. Tome, se quiser, as providências que lhe parecerem cabíveis” (fl. ____).

Como vimos, nos livros acima mencionados, colocam-se os nomes dos autores da Exposição de Motivos (o que está correto), mas não se colocam os nomes dos autores do Código Modelo Ibero-americano (o que não é correto). Com razão o Apelado, em querer que esse erro seja corrigido. Todavia, apesar das promessas das editoras, como nenhum desses livros teve uma nova edição, ambos continuam no mercado com o erro apontado.

Em toda discussão sobre o assunto, que durou aproximadamente dois anos, entre 2005 e 2007, nem o Apelado nem nenhum dos membros da Comissão de Revisão nunca puseram em dúvida de que o erro fora realmente involuntário. A frustração do Apelado e dos demais membros da Comissão não estava no erro em si, mas na sua repetição e na insistência da Apelante em não corrigí-lo.



Cabe explicar também porque a expressão “erro tipográfico” foi grafada entre aspas, já que até mesmo isso foi alegado na petição inicial. Como os livros hoje são produzidos eletronicamente, e não em uma tipografia, não é possível, propriamente, dizer que houve um “erro tipográfico”. A expressão precisou ser aspeada por amor à precisão.

A Apelante também distorce os fatos, ao dizer na petição inicial (item __, fl. __), na réplica (item 60 a 63, fls. __ a __) e na apelação (item __, fl. __) que o Apelado exigiu que o seu nome constasse entre os autores da Exposição de Motivos do Código Modelo Ibero-americano. Essa afirmação foi negada na contestação (item __, fl. __), na manifestação à réplica (item __, fl. __) e está sendo negada aqui também. Ademais, a realidade está clara em **todos** os documentos apresentados por ambas as partes no Juízo *a quo* mas, para que não haja mais nenhum equívoco ou possibilidade de interpretações equivocadas, é melhor deixar claro aqui também que O APELADO NÃO PARTICIPOU DA ELABORAÇÃO DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CÓDIGO MODELO E NÃO TEM NENHUM INTERESSE EM CONSTAR COMO SEU AUTOR. O APELADO FOI CO-RELATOR DO CÓDIGO MODELO E EXIGE QUE O SEU NOME CONSTE COMO SEU AUTOR.

Não se compreende qual o dano moral causado pela afirmação (verdadeira) de que o nome de Antonio Gidi não consta como autor do Código Modelo Ibero-americano. Ficou devidamente comprovado que o Instituto Ibero-americano de Direito Processual publica o nome de todos os participantes do Código Modelo em sua página web (fl. __) e assim fez a Apelante em um dos seus livros (*Código Brasileiro do*



Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª edição, 2005, p. 1050 (fl. ____). Ficou também devidamente comprovado que a Apelante reconheceu expressamente o erro em diversas oportunidades e prometeu ao Apelado repará-lo (fls. ____, ____, ____ e ____).

b3) A frase hipotética: “ignorá-lo pode até ser um descuido acadêmico mas, escondê-lo deliberadamente, desonestidade intelectual”

A Apelante também se sente ofendida com uma frase meramente hipotética no livro do Apelado. O trecho, como tudo na petição inicial, está reproduzido de forma solta, citado completamente fora de contexto.

Eis a frase completa:

“O Anteprojeto Original pode ser além do seu tempo e até mesmo revolucionário (alguns, receosos do desconhecido, podem chamar esse fenômeno de “americanização” do nosso direito). Pode até conter dispositivos estranhos ao direito brasileiro e merecer críticas, que serão bem-recebidas. Mas não merece ser ignorado. Trata-se de trabalho sério, escrito cuidadosamente ao longo de uma década de pesquisa de direito comparado. **Ignorá-lo pode até ser um mero descuido acadêmico mas, escondê-lo deliberadamente, desonestidade intelectual**”. *Rumo a um Código...*, p. 38 (fl. ____).



O que poderia parecer um ataque absolutamente gratuito, passa a fazer sentido dentro do contexto da obra.

Trata-se de frase meramente hipotética e, como tal, não se refere a ninguém em particular. Em nenhum momento o Apelado disse que a Apelante escondeu o Anteprojeto Original, muito menos que o fez deliberadamente. Também não se disse que a Apelante agiu com desonestidade intelectual.

É princípio básico de lógica que uma frase hipotética não contém nenhuma afirmação fática que possa ser considerada falsa ou verdadeira: “sequestrar uma criança é um crime hediondo”. Muito menos se pode cogitar que uma frase hipotética seja ofensiva ou elogiosa para uma pessoa específica.

A referida frase hipotética deve ser compreendida em conjunto com aquela em que o Apelado abre o seu livro: “com um misto de lisonja e consternação, vemos processualistas criticando as nossas idéias, mas atribuindo sua autoria a outras pessoas” (*Rumo a um Código...*, p. 4, fl. ____). Essa frase é repetida na “Resposta a um convite” (fl. 27).

Tanto isso é verdade, que a Apelante achou necessário interpor “pedido de explicações” no II Juizado Especial Criminal na Comarca do Rio de Janeiro, para poder entender o seu significado. Entre as 9 perguntas que fez no pedido de explicações, 5 eram relacionadas à



referida frase hipotética. Vejamos apenas as duas primeiras, para evitar repetição:

29.1 – Quem seriam as pessoas que esconderam deliberadamente o denominado “Anteprojeto Original” da comunidade jurídica nacional?

29.2. – Quais seriam as pessoas que com “*desonestidade intelectual*” teriam escondido o “Anteprojeto Original” da comunidade jurídica nacional? (fl. ____)

Se o texto estivesse tão claro que o Apelado se referia à Apelante, ela não precisaria interpor “pedido de explicações”.

Percebe-se claramente que a frase hipotética se refere aos juristas que não reconhecem a precedência cronológica do Anteprojeto Original. A própria “Resposta a um convite”, escrita pela Apelante, ajuda a compreender o sentido da frase hipotética. A nota 5 transcreve uma frase importante do livro do Apelado, que demonstra a sua frustração:

“Entre os inúmeros trabalhos que discutem mais extensivamente a codificação do processo civil coletivo no Brasil” [e cita 11 livros e dezenas de artigos] “nenhum desses livros, com exceção do [e cita um único livro], discute o Anteprojeto Original” (Antonio Gidi, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, Rio, Forense, 2008, p. 4) (fl. 37 destes autos).



Em outra passagem, a própria Apelante, em sua “Resposta a um convite”, demonstrou ter compreendido bem o que quis dizer o Apelado, pois começa a sua primeira linha dizendo:

“Entendo a “consternação” do Autor, **que não viu mencionado pela doutrina seu “projeto original”**, que teria “dado origem e inspirado os posteriores”. Mas pergunto: **é a doutrina** ou o projeto responsável pelo silêncio?” (fl. 28 destes autos)

Esse é o tom da “Resposta a um convite”, que atribui a falta de citação ao Anteprojeto Original à inferior qualidade do seu texto e do seu autor. A “Resposta a um convite” termina da seguinte forma:

“Resta, por último, uma pergunta no ar, em que me permito a primeira e única observação pessoal: **seria um complô dos juristas brasileiros, com uma única exceção, ignorar o projeto Gidi, conforme ele mesmo lamenta? Ou não seria o fato de que**, como ouvi dizer de um membro do MP que assistiu a uma exposição recente feita por seu Autor, **o projeto não é adequado à realidade brasileira?”** (fl. 37 destes autos)

Como bem percebeu a própria Apelante em sua “Resposta a um convite”, o Apelado estava consternado por não ver o Anteprojeto Original mencionado pela doutrina brasileira e ver suas inovações atribuídas a outras pessoas.



O “pedido de explicações”, interposto pela Apelante contra o Apelado, contém as mesmas idéias, afirmando que **“segundo o próprio Requerido, a doutrina nacional não lhe tem dado o devido crédito, ignorando ser ele o autor do [Anteprojeto Original]”** (fl. ____). Adiante, o “pedido de explicações” deixa explícito que não está claro a quem o Apelado está acusando:

“22 – De seu lado, o livro também traz em seu conteúdo crimes contra a honra. **Há, porém, um primeiro ponto a ser aclarado.** Ao asseverar que pessoas teriam **“deliberadamente ocultado”** a autoria do “Anteprojeto Originário”, o Requerido pretendeu dizer que essa ocultação significou ocultar a autoria de sua obra intelectual, violando seu direito de autor, ou simplesmente considerou que tal fato caracterizaria uma negligência científica ou qualquer outra situação equivalente, mas que não chegaria ao ponto de caracterizar violação de seu direito de autor?

23 – Esclarecer o sentido das afirmações acima expostas será **relevante** para que se verifique, em tese, a ocorrência de eventual crime de calúnia, difamação ou injúria por parte do Requerido.

24 – Por outro lado, **não resta explícito, também, quem seriam os ofendidos.** Todavia, com já exposto acima, é possível se **inferir**, dos inúmeros passos da obra, que tais ofensas seriam dirigidas principalmente, aos co-redatores do denominado “Código Modelo Ibero-Americano”, entre os quais se inclui a Requerente Ada Pellegrini Grinover.



25 – Diante de tais afirmações claramente desonrosas, **mas não explícitas sobre a quem foram dirigidas**, é cabível o presente pedido de explicações” (fls. ___ e ___).

Em verdade, tanto o “pedido de explicações” como a petição inicial são escritos como um libelo contra a própria Apelante, que se vê obrigada a fazer uma construção artificial mirabolante, retirando e re-montando excertos do livro que estavam separados por várias páginas (conjugando um pedaço de informação na página 15 com outro na página 38), para forçar a conclusão equivocada de que o Apelado acusou a Apelante de desonestidade intelectual (fls. ___ e ___).

Está claro que a Apelante conhecia o Anteprojeto Original e o considerava americanizado. Não se pode concluir, porém, que ela o escondeu, muito menos o fez “deliberadamente”. Afinal, o Anteprojeto Original foi publicado em diversos livros e revistas no Brasil e no exterior e era do conhecimento geral de todos. Como poderia a Apelante ocultar um trabalho que estava publicado em revista especializada em Processo Civil, na internet e em diversos livros?⁵ Dificilmente o Apelado

⁵ Cf. Antonio Gidi, Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, *Revista de Processo*, 2003, 111:192. Posteriormente, o Anteprojeto Original foi publicado no Brasil em Rodrigo Mazzei and Rita Dias Nolasco (eds.), *Processo Civil Coletivo*, p. 757-776, 2005; Aurisvaldo Sampaio e Cristiano Chaves (coords.), *Estudos de Direito do Consumidor: Tutela Coletiva*, Lumen Juris Editora, p. 19-36, 2005; Fredie Didier Jr (coord.), *Execução Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Furtado*, p. 359-75, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2006 e Fredie Didier Jr & Hermes Zaneti Jr, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 4, 2007. O Anteprojeto Original também foi publicado em diversas línguas e países. V., por exemplo, Código de Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de derecho civil, *Revista Práctica de Derecho de Daños*, 2003, 11:56 (Espanha); *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. Vol. 16, 2004, p. 753 (Espanha); The Class Action Code. A model for civil-law countries, *Arizona Journal of Comparative Law*, 2005, 23: 37 (Estados Unidos); Il codice del proceso civile collettivo. Un modello per i paesi di diritto civile, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LIX, Fasc. 2, 2005, pp. 698-711 (Itália); XXVI *Congresso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, 2005, p. 601 (Colômbia); Código de



poderia saber quais doutrinadores deixaram de citar o Anteprojeto Original “deliberadamente”, pois isso envolveria a difícil tarefa de perquirir a vontade íntima de pessoas desconhecidas. Daí a frase hipotética.

Em outra passagem do livro, o Apelado afirma: “ainda que não tenha sido o objetivo consciente de nenhuma pessoa em particular, a consequência de tantas coincidências infelizes foi relegar ao esquecimento o Anteprojeto Original e as idéias inovadoras nele contidas”. *Rumo a um Código...*, p. 23 (fls. ____).

Uma frase hipotética não pode ofender a ninguém especificamente e a frase hipotética em questão não se referia à Apelante. Os documentos acima mencionados comprovam que a Apelante tomou duas posições contraditórias no pedido de explicações, pois demonstrou que não sabia se a frase hipotética se referia a ela (fl. ____) mas também demonstrou que havia compreendido que a frase hipotética se referia à doutrina que atribuía as idéias do Apelado a outras pessoas (fl. ____ e “Resposta a um convite”, (fl. 27). A Apelante não pode assumir na petição inicial uma terceira posição e dizer que está claro que a frase se refere a ela.

b4) A crítica à metodologia empregada em pesquisa da Apelante

A Apelante também se diz ofendida com a crítica à metodologia empregada para escrever um artigo acadêmico. Cf. Ada

Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de derecho civil, in Eduardo Oteiza (coord.), *Procesos Colectivos*, Santa Fé Rubinzal-Culzoni, 2006 [Argentina]. Esses documentos estão disponíveis em <http://ssrn.com/author=564684> e em outros sítios da internet.



Pellegrini Grinover, Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade, in Édis Milaré (coord.), *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*, São Paulo: RT, 2001 (fl. ____).

Acontece que a metodologia empregada em um trabalho científico é objeto válido de crítica em qualquer área do conhecimento humano. É muito comum, por exemplo, a obrigação ética de declarar se uma pesquisa foi financiada ou facilitada por alguma empresa que teria interesse direto na investigação. Imagine-se um estudo publicado em uma revista médica de prestígio sobre determinado produto farmacêutico, considerando-o efetivo e sem contra indicações. É interesse do leitor (e uma questão de saúde pública) saber se essa investigação foi financiada pela empresa que produziu o medicamento ou se foi uma investigação completamente independente.

O ambiente que envolveu a publicação do artigo da Apelante era, de fato, incompatível com o ambiente neutro e imparcial que se exige dos trabalhos acadêmicos e científicos. Segundo os fatos narrados pela própria Apelante no referido artigo, ela foi convidada por um escritório de advocacia norte-americano, que representa grandes empresas de cigarro, para um encontro com uma das suas consultoras mais importantes. Segundo o artigo da Apelante, o encontro foi “inteligentemente intermediado” pelo advogado das empresas de cigarro, que era um “agudo observador das similitudes e das diferenças existentes entre os sistemas dos Estados Unidos e do Brasil e paciente fornecedor das decisões judiciais mais representativas na matéria”.



É um truísmo dizer que um advogado é suspeito e parcial. É verdade que, no referido artigo, a Apelante agradece ao advogado “pelo interesse demonstrado com relação ao tratamento legislativo e doutrinário da ações [coletivas] brasileiras” (fl. ____). Todavia, por mais que o advogado tenha organizado esse encontro movido apenas pelo objetivo altruista de aprimorar o direito brasileiro, a verdade é que o advogado está vivenciando um típico “conflito de interesses”. E essa observação não é ofensiva nem mesmo para o advogado, que está protegido pela “ética da parcialidade”. Afinal, os seus clientes têm grandes interesses econômicos no Brasil e, certamente, desaprovariam se o advogado organizasse um encontro de uma importante acadêmica e parecerista brasileira com uma acadêmica e parecerista norte-americana que não tivesse demonstrado simpatia com as teses esposadas pela indústria do cigarro. Aliás, é mesmo de se esperar que o referido advogado tenha contatos profissionais limitados àqueles acadêmicos que pensam da forma mais consentânea com os interesses dos seus clientes, pois são eles que são contratados como consultores e pareceristas.

Igualmente, as decisões e textos mais familiares para o advogado são aqueles que ele se utiliza no dia a dia, naturalmente, favoráveis aos seus clientes. No artigo citado, a Apelante descreve o advogado como “paciente fornecedor das decisões judiciais mais representativas na matéria” (fl. ____). Considerando que o artigo da Apelante cita quase exclusivamente decisões a favor dos interesses da indústria do cigarro, a possibilidade de interferência do advogado na formação do conhecimento da Apelante, pareceu relevante. A crítica não era



gratuita, pois foi relevante para avaliar a qualidade das teses defendidas no artigo e concluir pelo seu desacerto.

É de se observar que todos os fatos acima narrados são descritos no próprio artigo da Apelante (fl. ____). O Apelado limitou-se a concluir que a atmosfera descrita pela Apelante não era propícia para um trabalho acadêmico e não lhe imputou nenhum fato que já não constasse do artigo da própria Apelante.

Ao contrário do que disse a Apelante, quando o Apelado mencionou em seu livro a expressão “conflito de interesses”, ele se referia à frase **imediatamente** anterior, que se referia ao advogado que organizou o encontro e não, necessariamente, à Apelante.

A Apelante também se sentiu ofendida com a afirmação de que havia sido “iniciada nos mistérios das *class actions* por um parceiro no mínimo suspeito e, por definição, parcial”. A frase “ser iniciada nos mistérios” é meramente incidente e apenas abria o caminho para a segunda parte: “por um parceiro suspeito e parcial”. Todavia, é a própria Apelante quem demonstra que esse encontro representou um começo em seus estudos norte-americanos:

“poder **conhecer de perto** a experiência norte-americana, contando com os **esclarecimentos** diretos de *experts* a respeito das normas legais e sobretudo da jurisprudência, constituiu uma **oportunidade única** para o estudioso estrangeiro” (fl. ____).



Ademais, quem acompanha a brilhante trajetória acadêmica da Apelante, sabe que o referido artigo foi o primeiro trabalho sobre ações coletivas onde ela se baseia substancialmente em textos e decisões norte-americanos. Confundir esse comentário com chamá-la de “ignorante” é inaceitável.

A Apelante também confunde ter escrito um artigo acadêmico nessas circunstâncias com ser “ingênua”, mas esse adjetivo não foi utilizado no livro. A Apelante também acusa o Apelado de tê-la chamado de “parcial”. Todavia, a frase é clara: parcial é o advogado... por definição. A Apelante ainda afirma que um leitor hipotético do livro do Apelado poderia chegar à conclusão de que ela havia “se vendido à indústria do cigarro”. O Apelado não disse isso em nenhum momento e sequer sabe se a Apelante ganhou dinheiro das empresas de cigarro. Como poderia acusá-la de ter-se vendido?

A Apelante também diz que o Apelado omite que o encontro foi puramente acadêmico. O objetivo do Apelado era demonstrar exatamente o contrário: o encontro não pode ser **puramente** acadêmico, quando é organizado e intermediado por um advogado com tão nítido conflito de interesse.

A Apelante retira o texto do seu contexto e faz interpretações exageradas, para parecer que o Apelado estava atacando a sua pessoa. Acontece que a metodologia e as conclusões de um artigo podem ser atacadas no plano das idéias, sem atacar o seu autor no plano pessoal. O Apelado não fez comentários gratuitos à sua honra, mantendo o



foco direto no seu objetivo acadêmico, qual seja, o de demonstrar a fragilidade das conclusões do referido artigo.

Frise-se que, em nenhum momento a Apelante acusou o Apelado de criar, deturpar ou modificar os fatos. O Apelado simplesmente comentou os fatos narrados pela própria Apelante em seu artigo e tirou conclusões legítimas, para opor-se à metodologia adotada, criticar a sua teoria e atacar as suas conclusões. Trata-se de uma técnica válida de crítica acadêmica e não uma ofensa pessoal.

Ao contrário do que se afirmou na petição inicial, o Apelado não disse que a Apelante era “ignorante”, “ingênua”, “parcial”, muito menos insinuou que ela havia se “vendido à indústria do cigarro”. Essas ilações são completamente desautorizadas. O Apelado simplesmente demonstrou que um artigo que é escrito em circunstâncias inadequadas não pode levar a conclusões cientificamente confiáveis. Ademais, todos os fatos mencionados pelo Apelado foram narrados pela própria Apelante no referido artigo (fl. ____).

Para se defender das críticas do Apelado à metodologia empregada em seu trabalho acadêmico, em sua Réplica e na Apelação, a Apelante procura demonstrar que o encontro com a consultora norte-americana foi estritamente acadêmico, ainda que “patrocinado”⁶ pelo principal escritório advocatício encarregado de supervisionar em todo o mundo a defesa judicial dos interesses das empresas de cigarro. Para isso,

⁶ Essa expressão consta na tradução juramentada e do item 89 da Réplica apresentada pela Autora.



traz uma extensa declaração da renomada professora e consultora do escritório de advocacia que representa as empresas de cigarro.

Porém, a declaração da professora norte-americana contraria diretamente a informação constante no artigo da própria Apelante: que o advogado da empresa de cigarro forneceu decisões à Apelante e foi um “importante interlocutor”. Agora, a Apelante altera os fatos narrados em seu artigo e diz que, em verdade, o advogado das empresas de cigarro “não foi interlocutor”, mas que as palavras de agradecimento pela sua participação constantes em seu artigo foram “de mera cortesia” (item 90 da Réplica, fl. 307 e item 61 da apelação, fl. 507). Se isso é verdade, então a Apelante induziu o Apelado a cometer um erro e é a única responsável por qualquer mal-entendido.

Todavia, ainda que a nova versão seja verdadeira, não há como negar o potencial para interferência do advogado das empresas de cigarro na investigação realizada pela Apelante. O simples fato de o advogado ter escolhido a sua própria consultora para debater com a Apelante já pode ser visto como uma interferência intelectual ilegítima. Dificilmente o advogado das empresas de cigarro “patrocinaria” um encontro da Apelante com o consultor dos advogados que propõem demandas coletivas *contra* as empresas de cigarro. Trata-se de um “filtro”, uma interferência relevante em uma pesquisa acadêmica.

Em todo caso, ao trazer a extensa declaração da consultora norte-americana sobre aspectos absolutamente irrelevantes ao



objeto do presente processo (fls. 505-507), a Apelante demonstra mais uma vez que se trata de assunto que não é para ser decidido pelo Judiciário.

Percebe-se, portanto, que os trechos do livro do Apelado não são ofensivos à Apelante, mas se inserem na área do debate crítico e acadêmico sobre os caminhos e estudos acerca do direito processual coletivo no Brasil, baseados na livre expressão do pensamento do demandado, direito fundamental garantido pelo art. 5º, IV da Constituição Federal de 1988, dado que não são escritos falsos nem com o intuito de difamar ou caluniar.

A jurisprudência não diverge dessa interpretação:

Declarações falsas. Ausência de demonstração. Verba indevida. Não cabe indenização, por danos morais, com fundamento no art. 5º, X, da CF, se o autor da ação não consegue demonstrar que aquele que manifesta livremente o pensamento presta declarações **falsas** (difamatórias ou caluniosas), com a **intenção** de ofender a sua honra e denegrir a sua imagem.⁷

c) QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Como já mencionado acima, **é impossível determinar o valor da indenização sem análise de provas.** Ainda que se

⁷ RT 778/373.



considere desnecessária a culpa para a caracterização do dano moral, o que não se concorda, a fixação da indenização deve levar em conta a intenção do agente, além da proporcionalidade da indenização às condições financeiras deste. Ademais, não há como negar a obrigatoriedade da prova da extensão patrimonial do dano sofrido, já que a Apelante busca sua reparação.

Ultrapassados os óbices existentes à improcedência dos pedidos relativos aos danos morais postulados pela Apelante, a quantificação dos mencionados danos devem obedecer os arts. 5º, V da Constituição Federal de 1988 e 944, *caput* do CC. Não existem critérios legais e jurisprudenciais fixos para a atribuição do dano moral, sendo certo que o magistrado deve individualizar o fato, os atributos existenciais, a gravidade dos danos reparáveis causados, sua repercussão social no caso concreto e verificar se existe contumácia ou não do lesante⁸. A quantificação do dano também não se afasta do princípio da proporcionalidade (função social do Direito de Danos), para que não haja enriquecimento sem causa do lesado e ruína do lesante,⁹ como decidido pelo STJ nos recursos especiais n.s 824.000; 773.853 e 739.102.

Ao contrário do afirmado pela Apelante, o requerido detém condição financeira de classe média. As alegações de que o Apelado “ganha em dólar” e “leciona em universidade norte-americana” não afastam a realidade de que o Apelado é um pesquisador e professor universitário em tempo integral, sendo arrimo de família. A prova da situação

⁸ MORAES, Maria Cecília Bodin de. *Op. cit.* p. 332.

⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3.ed. SãoPaulo: Método, 2008, v.2, p. 415-416.



financeira do Apelado afastará a alegação de que o demandado teria condição econômica de arcar com o montante de R\$ 250.000,00 a título de dano moral.

A individualização do fato, os atributos existenciais, a gravidade do dano, a inexistência de contumácia do demandado e a ausência de repercussão social e nacional do fato considerado lesivo pela Apelante (inserido no âmbito da liberdade de expressão e da crítica acadêmica) tornam inviável e desarrazoado o valor pedido, tendo em vista o disposto nos arts. 5º, V da Constituição Federal de 1988 e 944, *caput* do CC.

Por fim, sustenta a Apelante que o fito da compensação dos danos morais seria “**reparatório, punitivo e desestimulante**” (fl. 15), o que não é correto, pois a função do dano moral é somente compensatória, avaliado o dano e a consequência para a vítima, o que no caso do dano punitivo se questiona o evento danoso e a autoria deste, sem se preocupar com as consequências da lesão. Desse modo, o caráter punitivo se circunscreve para os casos de danos sociais e não os de dano moral¹⁰, o que também afasta o valor e as formas cumuladas de reparação requeridas pela Apelante na petição inicial. Admitir a natureza punitiva no dano moral é desconsiderar a tendência contemporânea do Direito de Danos de preocupação com a vítima e com a repercussão social do dano para o lesado.¹¹

¹⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008 (Coleção Rubens Limongi França, v.4), p. 212-227.

¹¹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008 (Coleção Rubens Limongi França, v.4), p. 220.



Também ficou claramente demonstrado na Contestação (item IV, fls, __ a __), que a Apelante abusa de seu direito (CC, art. 187) ao pedir quatro formas de reparação para o mesmo fato jurídico, cumulando todas as formas de reparação possíveis.

d) Redução da verba honorária:

A Apelante também requer a redução da verba honorária arbitrada pelo MM. Juízo *a quo*, de 20% do valor da causa (R\$ 50.000,00) para, **no máximo**, R\$ 5.000,00 (2% do valor da causa). Fundamenta sua pretensão no fato de que o valor da causa era alto e que o trabalho realizado foi pequeno e de baixa complexidade. Segundo a Apelante “não [é] aplicável o disposto no parágrafo 3º do art. 20 do CPC”, mas, por analogia, “o parágrafo 4º desse dispositivo legal”.

É curiosa a pretensão de que o §3º não é aplicável, uma vez que **a própria Apelante, em sua petição inicial, pediu a condenação do Apelado a pagar “honorários advocatícios na forma do parágrafo 3º do art. 20 do CPC”** (fl. 18)!

Ao eleger o §3º expressamente em sua petição inicial, a Apelante demonstrou que ele era aplicável e aceitou ser submetida à sua regra. *Caso fosse vitoriosa, exigiria a aplicação do §3º contra o Apelado e a consideraria correta mas, como perdeu, considera o dispositivo inaplicável por levar a um resultado “desproporcional” e defende a*



aplicação analógica do §4º. Essa interpretação oportunística fere os princípios da isonomia e do devido processo legal, insculpidos no art. 5º, *caput* e inciso LIV da CF-88.

Uma vez que requereu a aplicação do §3º, não pode agora se insurgir contra sua aplicação, sob pena de violar o princípio da boa-fé e incorrer em *venire contra factum proprium*, um “princípio que proíbe comportamentos contraditórios na medida em que tais comportamentos possam romper a legítima confiança depositada por outrem na conservação de um comportamento inicial”.¹²

É curioso também notar o jogo de palavras a que a Apelante tem coragem de se submeter, quando pede indenização de, **no mínimo**, 250 mil Reais em caso de vitória e honorários de sucumbência de, **no máximo**, 5 mil Reais, em caso de derrota.

Mas o art. 20, §3º, é claro e não deixa margem de interpretação para o julgador: “os honorários *serão* fixados entre o *mínimo* de 10% (dez por cento) e o *máximo* de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (...)”

A doutrina não distoa dessa interpretação literal:

¹² SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 109. O doutrinador aponta também os elementos caracterizadores do instituto: “(i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este objetivo (e, por isto mesmo, violador da legítima confiança); e (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição”, p. 284. Esses elementos estão claramente presentes no caso em voga.



“Em se tratando de ação condenatória julgada procedente, o juiz fica adstrito aos limites legais, *não podendo fixar os honorários em percentual inferior a 10% sobre o total da condenação, nem em percentual superior a 20% sobre a mesma base. Dentro dessa faixa o magistrado é livre para atribuir o percentual da verba honorária, mas deve fundamentar sua decisão dizendo porque adotou aquele percentual*” (Cf. Nery & Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 2006, nota 17 ao art. 20, p. 193).

Toda norma tem que ser interpretada dentro do contexto maior dos princípios do ordenamento jurídico e não é de descartar que, em processos de “valor altíssimo”, o Juiz vá de encontro à literalidade do art. 20, §3º e aplique o §4º por analogia. Todavia, essa interpretação só pode ser legitimada em casos excepcionais, como demandas milionárias de 50 ou 100 milhões de Reais, que poderiam representar, efetivamente um “ganho acima do razoável” e um “verdadeiro enriquecimento sem causa”.¹³

Não havendo circunstâncias excepcionais que justifiquem ignorar a lei, o Juiz deverá fixar os honorários de sucumbência dentro dos limites legais. Decisão contrária implicaria negar vigência ao art. 20, §3º do CPC.

¹³ Os textos aspeados são de José Roberto dos Santos Bedaque, *Código de processo civil interpretado* (coord. Antônio Carlos Marcato), São Paulo, Atlas, 2004, p. 107, citado pela própria Apelante no item 107 da apelação, fls. 519-520.



Com efeito, ninguém melhor que o Juiz que conduziu o processo no primeiro grau para reconhecer a qualidade e quantidade do trabalho executado pelo advogado. E está claro que o Juízo *a quo* utilizou de forma adequada e com responsabilidade a discricionariedade que lhe confere o art. 20, §3º do CPC, fundamentando a sua decisão adequadamente, com base na “eloqüência dos trabalhos profissionais desenvolvidos”.

Muito embora este processo não tenha sido de alta complexidade teórica, a sua defesa apresentou uma complexidade fática fora do normal, exigindo longas horas de trabalho. O advogado do Apelado teve que analisar 8 anos de e-mails (a uma média de 30 e-mails recebidos por dia, isso significa mais de *80 mil mensagens*). Após uma primeira triagem, foi preciso ler minuciosamente milhares de mensagens relacionadas à causa, para selecionar as passagens diretamente relevantes ao objeto do processo. Inúmeras mensagens estavam escritas em inglês, espanhol e italiano. Foi necessário, inclusive, contratar os serviços de um especialista em informática para facilitar os trabalhos de recuperação de e-mails mais antigos, armazenados através de uma linguagem de computador que o Apelado já não utilizava mais. Basta ver as dezenas de documentos anexados à contestação (fls. ____ a ____), para ter uma dimensão do trabalho detalhado realizado pelo advogado.

O advogado também teve que ler uma substancial parte do livro do Apelado e algumas publicações da Apelante, talvez, a única atividade prazerosa em todo este litígio. Também teve que estudar e comparar cuidadosamente o Anteprojeto Original, de autoria do



Apelado, com os três anteprojetos derivados, para criar a sua convicção pessoal de que há relação de derivação entre eles.

Durante todo o período em que deveria responder a demanda proposta pela Apelante, o Apelado estava em viagem, inicialmente dando palestras pelo Brasil e no exterior e, depois, ensinando em uma faculdade de direito do México e trabalhando no Senado Mexicano sobre um projeto de lei de ações coletivas, longe do seu computador, dos seus livros e arquivos. O Apelado e seu advogado despenderam valores altíssimo de telefone celular internacional, impressão e correspondência.

Ademais, em todas as oportunidades que se manifestou no processo, a Apelante distorcia os fatos e confundia a realidade, obrigando o advogado a re-estudar todos os fatos novamente, para re-estabelecer a versão que correspondia à realidade. Ao manifestar-se sobre a réplica, por exemplo, o Advogado teve que fazer uma nova pesquisa e juntar mais duas dezenas de documentos (fls. ___ a ___).

E nem se venha agora dizer que, como a pretensão da Apelante era muito alta, os honorários devem ser rebaixados “por equidade”. Ao pleitear uma indenização mínima de 250 mil Reais, a Apelante sabia muito bem que estava colocando o Apelado em uma posição de extremo risco, pois conhece os detalhes da sua situação e sabe que uma condenação desse porte representaria a sua ruína financeira.

Tampouco se pode dizer que o valor da causa tenha sido elevado, em face do valor em jogo neste litígio, que era



ainda muito mais alto. É de se lembrar que o pedido da Apelante foi de **no mínimo** 250 mil Reais e ela queria muito mais dinheiro. Mas havia também A) o pedido retratação pública publicada por três vezes às expensas do Apelado em veículos de circulação nacional e B) publicação da sentença também por três vezes às expensas do Apelado em veículos de circulação nacional, além da C) não-publicação de nova edição da obra. Na verdade, o valor efetivo da causa para as partes era muitas vezes maior.

É preciso observar, por fim, que a Apelante não recorreu somente do valor dos honorários de sucumbência. Ao recorrer sobre o mérito da causa, a Apelante exige o trabalho do advogado por mais um grau de jurisdição e percebe-se facilmente, pela linguagem empregada, que este processo irá até os tribunais superiores. Ademais, ao insistir nesta apelação que a sua pretensão de 250 mil Reais continua válida e que “reduzir o montante apontado na inicial poderia esvaziar o sentido da condenação” (itens 100-102, fl. 517-518), o risco para o Apelado continua sendo real.

ARGUMENTOS IRRELEVANTES

Por fim, não podemos deixar sem resposta alguns argumentos levantados pela Apelante, irrelevantes para o objeto do presente recurso, mas que demonstram que esse conflito não pertence ao Poder Judiciário. Ademais distorcem a verdade dos fatos e contrariam a prova (incontestada) apresentada no Juízo *a quo*. O objetivo da Apelante é simplesmente despistar a realidade e justificar atitudes pouco elogiáveis.



A Apelante insiste, por exemplo, que não foi a única que se sentiu ofendida pelas palavras do Apelado, citando a resposta publicada por Aluísio Mendes (item 25, fl. 497). Só que Aluísio Mendes jamais propôs ação civil ou penal contra o Apelado. Ademais, Kazuo Watanabe nem propôs ação nem sequer escreveu nenhuma resposta. A irrelevância desse argumento é manifesta, mas demonstra que a Apelante é a única que considerou a atividade do Apelado ilícita.

Deturpando a realidade dos fatos e indo diretamente contra as provas produzidas no Juízo *a quo*, a Apelante apresenta outro argumento falso e irrelevante, ao dizer que “os outros membros da Comissão Revisora não se sentiram minimamente ofendidos pela omissão, sendo que o **único** que apoiou o pleito do Apelado foi Ramiro Bejarano Guzmán (um entre dez)” (item 41, fl. 501) Todavia, como ficou devidamente comprovado no Juízo *a quo*, **todos** os membros da Comissão Revisora se manifestaram a favor da reclamação feita pelo Autor e exigiram a Apelante parasse de publicar Código Modelo sem os seus nomes. A maioria enviou mensagem para todo o grupo, incluindo a própria Apelante, mas um preferiu enviar uma mensagem mais discreta somente para o Apelado. Na manifestação do Apelado à Réplica da Apelante (itens 52 a 67, fls. ____ a ____), o Apelado transcreve as mensagens de apoio de Aníbal Quiroga León, Sergio Artavia Barrantes, Ramiro Bejarano, Enrique Falcón, José Luis Vázquez Sotelo, Roberto Berizonce, Jairo Parra Quijano e até mesmo a mensagem privada de apoio de Aluísio Mendes. (fls. ____ a ____).

No item 34 (fl. 499), a Apelante menciona mensagem eletrônica enviada pelo Apelado a juristas estrangeiros,



reclamando a exclusão do seu nome nas publicações que a Apelante fez do Código Modelo Ibero-Americano. Alega a Apelante que o teor de tais mensagens ensejou danos à sua honra. Trata-se de afirmação absolutamente irrelevante, uma vez que essas mensagens (todas elas juntadas ao processo pelo próprio Apelado), não somente não são ofensivas, como são verdadeiras, como não fazem parte do objeto do processo (limitado às manifestações escritas já mencionadas acima).

Com o mesmo objetivo de inovar ilegitimamente e alterar o objeto do processo, nos itens 45 e 46 (fl. 502), a Apelante menciona mensagem privada enviada pelo Apelado à Apelante. Muito embora não tenha constado do pedido na petição inicial, nem tenha havido qualquer violação à sua honra, a Apelante insiste em obter danos morais em face dessa mensagem também.

A Apelante também menciona as mensagens de manifestação de solidariedade que recebeu de dois professores do Rio de Janeiro: Gustavo Grandinett e Antonio Cabral (item 43, fl. 501). O Apelado não conhece esses senhores nem acredita que eles conheçam os fatos apresentados neste processo. Eles não sabem nem têm como saber quem está certo. Não se compreende exatamente o quê essas mensagens comprovam, mas transparece o objetivo da Apelante em transformar esse processo em um desfile de afirmações e opiniões de juristas amigos em posições de prestígio, mas sem qualquer conhecimento direto dos fatos relevantes para este processo.



No item 70, a Apelante tenta demonstrar o seu espírito democrático, ao dizer que “aceitou tranquilamente” a crítica realizada ao seu anteprojeto por membros do Ministério Público de Minas Gerais (fl. 509). Como isso é irrelevante, não queremos ter que apresentar prova documental e testemunhal em contrário, pois seria extremamente constrangedor para a Apelante. Todavia, é importante ressaltar que isso não é verdade. É de conhecimento público que a Apelante não recebeu as referidas críticas de forma muito cortês.

A Apelação também traz fatos e pretensões novas, que não fazem parte do objeto do processo, desprestigiando o Juízo de primeiro grau e promovendo inovações em clara violação a princípios basilares do direito processual civil brasileiro (CPC, arts. 264, 264, parágrafo único, 294 e 517).

CONCLUSÃO

Diante dos fatos e da argumentação expendida, restou comprovada a inexistência de dano moral derivado de trechos isolados, extraídos do livro do requerido de forma descontextualizada, uma vez que advieram do direito fundamental à liberdade de expressão e de pensamento, da crítica acadêmica sobre temas científicos, sem caracterizar ofensa à dignidade de quem se sentiu lesado, pois o Apelado discutiu e criticou idéias e não pessoas.

Ante o exposto,



I) requer que seja **negado provimento** à apelação, para manter a r. sentença em sua integralidade;

II) Caso considere necessária a redução da verba honorária, que o faça dentro dos limites legais, entre 10 e 20% do valor da causa, levando em consideração o grau de zelo do profissional, a natureza e importância da causa para o demandado, o trabalho realizado e o tempo despendido;

III) Na eventualidade de ser superada a defesa sobre a inexistência de dano moral, que o processo seja reenviado ao Juízo *a quo* para sua determinação;

IV) Em último caso, que os danos sejam arbitrados por este Tribunal, sempre balizado pelo princípio da proporcionalidade entre o dano e a resposta ao agravo, com base nos seguintes critérios: a) individualização do fato lesivo; b) atributos existenciais e gravidade do dano reparável; c) repercussão social no caso em questão; d) existência de contumácia do demandado, imprescindíveis para a correta mensuração do dano moral requerido;

São Paulo, 02 de dezembro de 2008.

PAULO ROBERTO MANCUSI
OAB/SP 103.380

