

281
C

Flávio Luiz Yarshell
Carlos Roberto F. Mateucci
Luis Otávio Camargo Pinto
Maise Gerbasi Morelli

Alexandre Uchoa Zancanella
Amanda Saraiva Klabin
Ana Silvia Neves Cômodo
Anderson Petersmann da Silva
Cássio Drummond M. de Almeida
Cristovão A. Gonçalves
Daniela de Queiroz Pinheiro
Daniela Jorge Quemeilo
Danilo Cavalheiro Gomes
Deborah Valcaraza Evangelista
Eduardo Augusto Alckmin Jacob
Eduardo Cossa
Emison Alves da Silva
Fernanda Yamakado Nara
Gilson Shibata

Ivani Calamia Daminello
José Henrique Oliveira Gomes
Juan Alberto Haquin Pasquier
Marcelo Pacheco Machado
Marcio Fernando Ap. Amorozini
Marco Antonio Theodoro Nascimento
Marcos Detiilo
Patrícia Helena Azevedo Lima
Paula Antunes Franco
Priscilla Costa Halasi
Ricardo Gil Braz
Rodney Alves da Silva
Adriano Martins Pinheiro
Alexandre Luciano de Campos
Ana Beatriz Martucci Nogueira

Bruno Mônaco Martins
Carolina Cury Ricciardi
Carolina Santa Rosa Sayegh
Daniel Choi
Daniele Cristina Cavalheiro da Silva
Guilherme Setoguti Julio Pereira
Maria Izabel Penteadó
Michele Myia Monteiro Rodrigues
Rita de Cássia Domingues Casanova
Thiago Amaral da Silva
Thiago Kalfman Lionei
Viviane Siqueira Rodrigues

Sandro Bento Silva
José Roberto Camasmie Assad
Gustavo Pacifico
Bruno Corrêa Burini
Adriano Pugliesi Leite
Marcos Gomes da Costa
Marcelo Botelho Pupo

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 26ª Vara Cível
do Foro Central da Comarca de São Paulo

11-26- OFICIO CÍVEL SP-15/960/2008 17:30 00000789-1/2

Autos nº 583.00.2008.158923-0

(nº ordem 1065/08)

Ordinário

ADA PELLEGRINI GRINOVER, por seu advogado e bastante procurador, nos autos epigrafados, em que contende com **ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA GIDI**, em curso perante esse MM. Juízo e respectivo Cartório, em atenção ao r. despacho de fls. 280, vem, tempestivamente, apresentar **RÉPLICA** à contestação de fls. 63/113, consubstanciada nos termos que seguem:

I) DA ALEGADA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL:

1. Em sua contestação, o Réu alega que a petição inicial seria inepta, por suposta incongruência lógica entre os fatos narrados e os pedidos ao fim formulados, "com a conseqüente

ausência de causa de pedir" (fls. 75). No entanto, uma singela leitura da inicial evidencia de plano a inconsistência de tal alegação.

2. É de se notar que **a Autora expôs com clareza e objetividade os fatos que integram a causa de pedir** da demanda indenizatória, qual seja, a publicação de obra de autoria exclusiva do Réu, contendo assertivas ofensivas à honra da Demandante.

3. Nesse sentido, veja-se: "Recentemente o Réu, Antonio Gidi, publicou, pela Editora Forense, obra de sua autoria exclusiva, intitulada 'Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil' (Rio de Janeiro, Forense, 2008). Na referida publicação, o Réu faz afirmações altamente ofensivas à honra alheia, e notadamente à da Autora" (fls. 3/4).

4. A demonstrar tais alegações, foram **transcritos os trechos da obra do Réu que fizeram referências à Autora** (como se infere das fls. 4, 5, 6, 7 e 9 destes autos) e que, por seu conteúdo ofensivo, atingiram a integridade moral da Autora. Assim, incorreta a afirmação do Réu de que a Autora "cita quatro afirmações de conduta que, segundo afirma, foram atribuídas pelo réu em seu livro, mas nenhuma delas, [sic] está ali grafada" (fls. 71).

5. Delineado tal quadro fático, a Autora partiu para a fundamentação jurídica do pedido. Embora seguramente demonstrada a ocorrência do dano moral, a Autora invocou entendimentos doutrinário e jurisprudencial acerca da responsabilidade objetiva do sujeito causador do dano. Ademais, restou amplamente fundamentada a quantificação do montante apontado a título de indenização, levando-se em conta os fatores: circunstâncias, gravidade, e sujeitos ativo e passivo do dano.

6. Não obstante, o Réu procura convencer - talvez a si próprio - de que "deve, obrigatoriamente, a exordial, para efeitos de análise de

admissibilidade, ao menos alegar (pois a comprovação será realizada com a análise das provas) o fato danoso que, de maneira direta e objetiva poderia ter acarretado a lesão à moral da autora. Todavia, tal alegação não é realizada pela Autora em sua petição inicial" (fls. 72). São referências que, na verdade, dizem respeito ao mérito (procedência do dano moral arguido pela Autora) e que serão tratadas no momento pertinente.

7. Muito embora tenha demonstrado compreender os precisos termos da inicial, bem como tenha exercido com largueza e até mesmo com alento o contraditório, o Réu chega ao absurdo de postular a extinção do feito sem resolução do mérito, sustentando suposta incoerência entre os fatos narrados e os pedidos formulados pela Autora.

8. Até mesmo a síntese feita pelo Réu em sua contestação, às fls. 63/64, deixa clara a exata compreensão do vínculo existente entre a causa de pedir e os pedidos da Autora. Quando o Réu faz alusão à suposta inépcia da inicial, expõe argumentos que não passam de referências ao mérito da demanda, dos quais a Autora tratará de afastar nesta réplica e durante a instrução processual.

9. Como já reconhecido pela jurisprudência da Corte Superior: "Suficiente a exposição dos fatos, claro o fito do autor, evidenciando que a parte ré, bem compreendendo a demanda, sem prejuízo e com amplitude, exercitou a defesa, estabelecendo-se o contraditório, a petição inicial não deve ser reconhecida como inepta" (STJ, RESP 170.202/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, J. 9.6.1998, DJ 24.10.1998, p. 29, RSTJ 110/96) (grifamos).

10. Em paralelo, às fls. 73, argumenta-se que a Autora teria reconhecido "que o Réu não imputou tal conduta objetivamente a autora, pois reproduz a frase e ressalta que seu sujeito é indeterminado. Tanto isso é verdade, que a Autora interpôs 'pedido de explicações' contra o Réu, para que aclarasse qual teria sido

o seu objetivo, ao se utilizar a frase hipotética". A esse respeito, vale tecer as seguintes considerações.

284

11. Como é sabido, na esfera penal, a imputação (pública ou privada) deve observar a perfeita subsunção dos fatos ao tipo penal. Daí o Pedido de Explicações, nos crimes contra a honra, com os cuidados necessários a evitar eventual crime de denúncia caluniosa.

12. Por outro lado, a medida referida no item precedente presta-se a eventualmente evitar a ação penal, na medida em que proporciona ao demandado a possibilidade de afirmar não ter agido com *animus calunniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*. Constitui o instituto, portanto, um instrumento necessário, de um lado, para orientar a parte que se sente ferida na honra no ajuizamento de sua futura ação penal e, do outro, para dar oportunidade ao apontado ofensor para evitar a referida ação penal, caso as explicações sejam aceitas.

13. Esse instrumento é precípua do direito e processo penal e não guarda relação com a esfera civil, onde a tipicidade da conduta não é elemento integrante da acusação. De fato, o pedido de explicações é medida preparatória à persecução penal e não se vincula à caracterização do ilícito civil que já restou demonstrado.

14. Ademais, o Réu nem ao menos se deu ao trabalho de responder ao Pedido de Explicações. O prazo de 48 (quarenta e oito) horas para apresentar a resposta por escrito é fixado pelo art. 25, *caput*, da Lei n. 5.250/67, aplicável por analogia (art. 3º do CPP) - a despeito de não se tratar de prazo peremptório, na medida em que as explicações podem vir mesmo depois de vencido o prazo, conforme entendimento tranqüilo da Justiça penal.

285

15. Conforme regra da parte final do art. 144 do Código Penal, "Aquele que se recusa a dá-las [as explicações] ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, **responde pela ofensa**" (grifamos). E tanto isso é verdade que, como se demonstrará oportunamente mediante a juntada de documento, **a queixa-crime em face do Réu já foi apresentada**. Com efeito, para o juízo civil, é possível parafrasear a última parte do art. 144 do Código Penal, afirmando: *as explicações constituem ônus daquele a quem foram pedidas e quem se recusa a dá-las responde pela ofensa.*

16. Portanto, resta evidente a correlação lógica entre a causa de pedir e o pedido formulado na inicial da demanda, de maneira que a preliminar de inépcia arguida pelo Réu deve ser **afastada**, uma vez inexistentes quaisquer dos vícios descritos pelo art. 295, caput e parágrafo único, do CPC.

17. Nesse contexto, é válido transcrever o seguinte paradigma: "É **apta** a ser conhecida e submetida ao crivo do Poder Judiciário **a petição inicial que, mesmo de forma sucinta, descreve objetivamente os fatos e articula, de forma clara, o direito subjetivo pleiteado**" (STJ, EDcl no RESP 670.824/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, J. 17.12.2007, DJ 10.03.2008 p. 1; grifamos).

II) DAS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE PENSAMENTO DO RÉU QUE NÃO FORAM VIOLADAS PELA AUTORA - DO EXERCÍCIO ABUSIVO DE REFERIDOS DIREITOS PELO RÉU:

18. De maneira leviana, o Réu ressalva que, por meio da presente demanda, a Autora empreenderia "espantosa tentativa de utilizar o Judiciário para intimidar este professor e calar sobre pesquisa que realiza sobre o tema há mais de quinze anos" (fls. 64).

286

19. No entanto, o Réu parece olvidar o fato, que ele próprio se encarregou de provar, consistente em que a Autora sempre o encorajou para o debate científico aberto, sério e polido, aconselhando-o sempre a primar pelo merecido respeito aos estudiosos que se debruçaram sobre o tema que o Réu procurava enfrentar.

20. Nesse sentido, as mensagens eletrônicas trocadas entre a Autora e o Réu cujo teor foi juntado às fls. 119/203 revelam que, por diversas vezes, a fim de suavizar a carga ofensiva de textos escritos pelo Réu, a Autora sugeriu substanciais alterações em trechos que continham críticas incisivas e inadequadas (sob o ponto de vista ético-científico), a determinado entendimento doutrinário.

21. Por outro lado, a Autora nunca pretendeu calar alguém ou foi intolerante com idéias contrárias às suas, e nunca cerceou a liberdade de manifestação de pensamento.

22. Para ilustrar, na página nº 8 do site de pesquisa Google, digitando-se como verbete de interesse o nome da Autora, consta crítica científica a suas idéias (expressadas no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos), subscrita por diversos membros do Ministério Público de Minas Gerais (**doc. 01**); críticas que a Autora aceitou tranqüilamente, uma vez que feitas no plano das idéias e não ofensivamente dirigidas a sua pessoa.

23. Da mesma forma, é de amplo conhecimento que a Autora escreveu diversos livros em colaboração com outros autores, empreitada essa que exige o respeito pela opinião científica alheia e abertura para mudar a própria: por exemplo, *Teoria Geral do Processo*, com Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco; *As nulidades no processo penal* e *Recursos no processo penal*, com Antonio Magalhães Gomes Filho e

Antonio Scarance Fernandes; *Juizados Especiais Criminais*, com os autores por último citados e Luiz Flávio Gomes.

287

24. Não bastasse, a Autora presidiu diversas Comissões para a preparação de anteprojetos de lei (vários deles transformados em lei) para cujo êxito é essencial a acolhida de idéias, mesmo quando contrárias a posições próprias, para um trabalho de equipe (Lei da Ação Civil Pública; Código de Defesa do Consumidor; Lei dos Juizados Especiais Criminais; Projeto de nova lei de interceptações telefônicas; reforma processual penal; dentre outros).

25. Com efeito, a Autora sempre aceitou, de maneira cortês, posições científicas contrárias às suas, inclusive entre os seus orientados do Mestrado e Doutorado perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que foram inteiramente livres para manifestá-las em dissertações e teses.

26. A Autora sempre respeitou a liberdade de manifestação de pensamento, na teoria e na prática. Mas, é de se reconhecer que essa liberdade implica também a responsabilidade por eventuais excessos cometidos. Não há liberdade sem responsabilidade, conforme se verifica pelo teor do art. 5º, inc. V, da Constituição Federal.

27. Nesse contexto, são preciosas as palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA: "A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição *veda o anonimato*. **A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas** a que corre o *direito*, também fundamental individual, *de resposta*. O art. 5º, V, o consigna nos termos seguintes: *é assegurando o direito de resposta*,

proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"¹ (grifamos).

288

28. Assim, como todo direito fundamental, as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento encontram limites na esfera moral alheia, a fim de se evitar abusos como os realizados pelo Réu.

29. Com efeito, "As Constituições Brasileiras consagraram, sucessivamente, a *livre comunicação do pensamento*, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e na forma que a lei preceituar"² e "Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a conseqüente responsabilidade civil e penal de seus autores"³ (grifamos).

30. No caso concreto, se se tratasse de simples embate de idéias, como agora sustenta o Réu em sua contestação, a postura aberta da Autora, que sempre foi seu apanágio, jamais a levaria ao Judiciário. Mas o livro do Réu, nos trechos destacados na inicial, constituem, sim, ofensas pessoais. Diversamente do que afirma a contestação (fls. 68) há, sim, "pessoalização da crítica". E os trechos destacados, com seus ataques pessoais, atingem a "esfera privada" da Autora, como jurista que é, e não a "esfera pública" da Autora (fls. 69).

31. Ainda, como se extrai das cópias das mensagens eletrônicas juntadas pelo Réu, a Autora nunca pretendeu boicotar as opiniões do Réu, mesmo que eventualmente feitas de forma divergente das idéias por ela expressadas, não havendo sentido algum em se cogitar de cerceamento à liberdade de expressão e de pensamento.

¹ Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 29ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 245.

² Cf. José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 207.

32. Da mesma forma, é desarrazoada a afirmação do Réu de que a insurgência da Autora contra afirmações ofensivas à sua honra constituiria "censura" ou "intimidação" (fls. 68). É cômodo para o Réu falar o que bem entendia poderia falar e, agora, buscar abrigo no argumento de que estaria sendo "censurado"... A Autora tão-somente se remete às vias adequadas para a tutela do bem jurídico (honra) que restou lesado pela conduta do Réu.

33. Em outra passagem, equivocava-se o Réu ao presumir que, por meio desta demanda, a Autora pretenderia que prevalecesse tal ou qual opinião científica. Na verdade, não cabe aqui atribuir a correção de dado entendimento ou a autoria de certo pensamento pioneiro. Pretende-se, sim, reconhecer que **o Réu extrapolou os limites da crítica científica e saudável, invadindo ilicitamente a esfera moral da Autora**, devendo, por isso, ser condenado ao devido ressarcimento e às demais medidas cominatórias tendentes à preservação dos direitos invocados pela Autora.

34. Disse também o Réu que a Autora se recusou a compor sua banca de doutorado "somente porque ele planejava publicar um artigo discordando das teorias dela" (fls. 97). Mas vale frisar que, na defesa de uma tese de doutorado, é evidente que o examinador está em posição dominante, vez que é ele quem argüi, e o doutorando em posição de defesa, dado que é argüido.

35. Em outras palavras, se as idéias expostas na tese colidem com as do examinador, a argüição poderá ser mais veemente e poderá colocar o argüido em posição desconfortável, inclusive perante os outros membros da comissão examinadora. Nenhum doutorando, em sã consciência, deseja ter em sua banca um examinador com idéias opostas às suas. O Réu apresentou como tese as idéias que a Autora, já quando da elaboração da

³ Cf. Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1998, pp. 63/64.

primeira proposta de Código Modelo, havia considerado "americanizadas" - segundo trecho de seu livro transcrito na inicial.

36. Foi essa a única razão pela qual a Autora preferiu declinar o convite para integrar a banca, em exclusivo benefício do Réu; o que, aliás, não é o verdadeiro objeto da presente controvérsia. Aliás, a contestação tenta distorcer os fatos, alegando que a Autora teria declinado o convite para evitar o embate de idéias. Mas tal afirmação é ilógica. Repita-se que a Autora nunca se esquivou do debate polido de idéias, como fica evidente por força das mensagens eletrônicas trocadas entre as partes.

37. O Réu chega ao absurdo de sustentar que a ofensa à honra da Autora cederia 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 Réu, mas no próprio interesse coletivo" (fls. 70).

38. Embora tenha aclamado a doutrina de ROBERT ALEXY a respeito do sopesamento dos direitos fundamentais, o Réu ignora os degraus lógicos e imprescindíveis para a ponderação entre os princípios constitucionais em conflito.

39. É certo que a regra da proporcionalidade comporta três dimensões teóricas: (i) a análise da adequação da medida restritiva de direitos alheios ("aptidão para fomentar os objetivos visados"⁴); (ii) a análise da necessidade (cotejamento com outras medidas "que sejam capazes de promover o mesmo objetivo com a mesma intensidade, mas que restrinjam menos os direitos dos cidadãos"⁵); (iii) e a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito ("sopesamento entre a intensidade da

⁴ Cf. Luís Virgílio Afonso da Silva, *O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais n° 798, abril/2002, p. 37.

⁵ *Op. cit.*, p. 38.

restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva" ⁶).

40. Nessa linha, fica claro que o exercício do direito fundamental do Réu de expressar livremente seu pensamento esbarrou nos segundo e terceiro degraus da regra da proporcionalidade. As afirmações contidas na obra subscrita pelo Réu colidiram com direitos fundamentais da Autora, embora fosse lícito ao Réu promover o debate científico de outra maneira que não ofendesse a honra alheia. Ademais, a intensidade da ofensa mostrou-se de proporção tamanha que deslegitimou a realização do direito do Réu.

41. Ainda sobre o tema, confirmam-se as sábias ponderações de HUMBERTO BERGMANN ÁVILA:

"O exame da proporcionalidade investiga a relação entre a medida adotada, a finalidade a ser atingida e o grau de restrição causado nos direitos fundamentais atingidos. O exame da proibição de excesso analisa a existência de invasão no núcleo essencial de um princípio fundamental.

(...) No exame da proporcionalidade, investiga-se a norma que institui a intervenção ou exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição será promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos. É por esse motivo que, nesse exame, vem à tona a restrição maior ou menor aos princípios fundamentais" ⁷.

42. Por todas essas razões, torna-se infundada a alegação do Réu de restrição às liberdades de expressão e de pensamento, sendo correto afirmar que o direito fundamental atingido foi a honra da Autora.

⁶ *Op. cit.*, p. 40.

⁷ Cf. Humberto Bergmann Ávila, *Conteúdo, Limites e Intensidade dos Controles de Razoabilidade, de Proporcionalidade e de Excessividade das Leis*, Revista de Direito Administrativo nº 236, pp. 383/384.

III) DA EFETIVA OCORRÊNCIA DE DANO MORAL:

292

43. Não obstante tenha o Réu tentado negar sua responsabilidade pela prática dos atos que deram causa aos danos morais experimentados pela Autora, vale repetir que se aplica à hipótese a teoria da responsabilidade objetiva (positivada nos arts. 187⁸ e 927⁹ do Código Civil).

44. Extrai-se dos textos legais que o ordenamento adotou, com relação aos atos praticados em abuso de direito, **critérios estritamente objetivos** à aferição da responsabilidade do causador do dano, **desviando-se da corrente voluntarista** que exigia demonstração de elemento subjetivo (culpa ou dolo).

45. Considerando que a conduta do Réu extrapolou os limites do exercício regular dos direitos de expressão e de manifestação de pensamento, a Autora foi vítima de abuso de direito por parte do Réu.

46. Nesse contexto, a doutrina assenta que: "O ato ilícito descrito no CC 187 enseja a reparação dos danos que causou, pelo **regime da responsabilidade objetiva, desnecessária a demonstração da conduta do agente** (dolo ou culpa), de sorte que são requisitos necessários para que haja o dever de indenizar: a) o ato; b) o dano; c) o nexo de causalidade entre o ato e o dano"¹⁰ (grifamos). Destacam-se, também, as lições de CARLOS ROBERTO GONÇALVES que, escorado nas idéias de AGUIAR DIAS, ALVINO LIMA e SÍLVIO RODRIGUES, preceitua: "Prevalece na doutrina, hoje, o entendimento de que **o abuso de direito prescinde da idéia de culpa**"¹¹ (grifamos).

47. Ademais, em se tratando de abuso de direito que ensejou danos morais na esfera jurídica da Autora, é de se

⁸ "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

⁹ "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

¹⁰ Cf. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 488.

¹¹ Cf. Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade Civil*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 57.

reconhecer que, com base em entendimento de CARLOS ALBERTO BITTAR, a averiguação do fator "vontade" para a causa do dano é totalmente dispensável:

093

"(...) ocorrido o fato gerador e identificadas as situações dos envolvidos, segue-se a constatação do alcance do dano produzido, caracterizando-se o de cunho moral pela simples violação da esfera jurídica, afetiva ou moral, do lesado.

É que as lesões morais derivam imediata e diretamente do fato lesivo, muitas vezes deixando marcas indeléveis na mente e no físico da vítima, mas outras sob impressões internas, **imperceptíveis às demais pessoas, mesmo íntimas**. São, de resto, as de maior amargor e de mais desagradáveis efeitos para o lesado, que assim pode, a qualquer tempo, reagir juridicamente.

Satisfaz-se, pois, a ordem jurídica com a simples causação, NÃO CABENDO PERQUIRIR DA INTENÇÃO DO AGENTE, análise, aliás, nem sempre necessária no próprio sistema de determinação da responsabilidade. De fato, como já assinalamos, **há situações em que se prescinde dessa investigação, ou seja, aquelas em que se reconhece a objetividade da conduta lesiva como elemento bastante**.

O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge *ex facto*, ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações já apontadas. Nesse sentido é que se fala em '*damnum in re ipsa*'"¹² (grifamos).

48. Não bastasse, **a inicial demonstrou cabalmente que a intenção do Réu não pode ter sido outra a não ser atingir a honra da Autora**. E mais, mesmo considerando a orientação doutrinária e jurisprudencial de que o dano moral dispensa comprovação, na seqüência, a Autora ratificará a ocorrência de lesão à sua integridade moral derivada dos atos do Réu, bem como revelará mais detalhadamente a escala atingida pelas ofensas que lhe foram produzidas.

¹² Cf. Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por Danos Morais*, pp. 202/204.

294

49. A propósito, seguem julgados de casos análogos ao presente, em que as ofensas pessoais caracterizam danos morais à vítima:

"Dano Moral. Configuração. Publicação de crítica literária, através da qual foi desqualificada a obra do autor. **Texto que extrapola o direito de informar e de livre manifestação do pensamento, uma vez que lança ataques pessoais ao escritor**, classificando-o como 'frei charlatão' e 'pajé', além de qualificar a obra como sendo 'baboseira pura'. **Dano moral configurado**" (TJRS, Apelação Cível nº 70008840068, 9ª Câmara Cível, J. 28/12/2005).

"DANO MORAL. CORRESPONDÊNCIAS OFENSIVAS. PUBLICAÇÃO DE LIVRO DISTRIBUÍDO GRATUITAMENTE. IMAGEM DENEGRIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. 1 - **A publicação de livro, mesmo que de circulação restrita e distribuição gratuita, associado a diversas correspondências que imputam fatos criminosos ao autor, emolduram a figura do dano moral passível de indenização.** 2 - **A indenização pelo dano moral puro tem a finalidade de reparar tanto quanto possível o dano infligido à vítima, bem como o de servir de elemento pedagógico e inibidor ao autor do ato ilícito, prevenindo eventos futuros**" (TJRS, Apelação Cível nº 70001502533, 10ª Câmara Cível, J. 09/05/2002).

"Ação de indenização. Dano moral. As **sérias ofensas à autora publicadas pela ré em seu livro, a quem imputa o roubo** de folhas da obra, denomina de Pessoa inconfiável, irresponsável e movida pela má-fé, **enseja a indenização por dano moral**. Apelação desprovida. Unânime" (TJRS, Apelação Cível nº 598014710, 7ª Câmara Cível, J. 02/09/1998) (grifamos).

III. A) DAS OFENSAS EMPREENDIDAS À AUTORA COM A ADOÇÃO DA EXPRESSÃO "ANTEPROJETOS DERIVADOS":

295

50. Utilizando a nomenclatura "anteprojeto original" e "anteprojetos derivados", o Réu sugere em sua obra que esses últimos seriam derivados diretos do primeiro, de maneira que a idéia neles contida não passaria de plágio. Infere-se, também, da obra do Réu que o anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (por ele chamado de "Código Modelo Ibero-Americano"), redigido pela Autora em conjunto com Kazuo Watanabe e o Réu, teria por base velada o que ele batizou de "anteprojeto original".

51. Todavia, em "Resposta a um convite" publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito Processual (fls. 27/37) a Autora demonstrou não ser verdade que os anteprojetos denominados pelo Réu de "derivados" tenham se "inspirado" no denominado "anteprojeto original".

52. Por outro lado, entre as alegadas "inovações propostas pelo Réu", somente são originais, as arroladas nos n.ºs 2 (o que foi descartado pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos), 3, 4, 5, 6, 9, 12, 14 e 15. As demais idéias já se encontravam no Projeto de lei levado ao Congresso Nacional pelo Deputado Flávio Bierrenbach, do PMDB paulista, acompanhado de uma justificativa assinada pelos próprios autores do anteprojeto. A propósito, o projeto de lei tomou, no Congresso Nacional, o n.º 3.034/84.

53. Salienta-se, para ilustrar, o controle judicial da representatividade adequada e a ação coletiva passiva. Essa segunda permanece indiretamente prevista pelo art. 5º, parágrafo 2º, da Lei que resultou do projeto mencionado (Lei n.º 7.347/85), facultando ao Poder Público e a outras associações legitimadas habilitar-se como "litisconsortes de qualquer das

partes": o que significa que o grupo, categoria ou classe de pessoas pode figurar em qualquer dos pólos da demanda.

296
C

54. Seja como for, tratava-se de idéias esparsas trazidas pelo Réu ao conhecimento dos membros da Comissão encarregada da primeira proposta do Código Modelo (a Autora e Kazuo Watanabe) e, quando acolhidas, passaram a integrar a primeira proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. A Autora nunca negou isso, salientando-o no seu artigo "Resposta a um convite", conforme admite a própria contestação (fls. 81).

55. Mas daí a dizer que o Anteprojeto do Réu é "original" vai uma distância enorme: esse Anteprojeto foi elaborado e publicado muito tempo após a redação da primeira proposta do Código Modelo, como se vê pelo histórico objetivo contido no artigo "Resposta a um convite", da Autora. E tratar o Código Modelo e o subsequente Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos como "derivados" é certamente ofensivo, independentemente de acusação direta de plágio.

56. Às fls. 79, o Réu afirma que, "em diversas passagens de seu livro, o Réu diz expressamente que, em uma próxima versão do seu anteprojeto, ele adotará as idéias dos anteprojetos derivados" e se "a autora considerasse que as expressões 'adotar' ou inspirar' fossem indicativas de plágio, estaria se auto-incriminando". Uma coisa é dizer que, eventualmente, no futuro, determinadas idéias alheias poderiam ser adotadas pelo Réu; outra bem diferente é insinuar que toda a suposta "originalidade" de seu anteprojeto foi incorporada pelos demais, lançando mão de eufemismos que camuflam a verdadeira mensagem que o Réu pretendia transmitir: de que a Autora (e outros processualistas de renome) teria plagiado suas idéias.

57. Na qualidade de coordenador dos trabalhos tendentes à elaboração do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos no âmbito dos programas de pós-graduação da

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Aluísio Gonçalves de Castro Mendes também publicou no site da Editora Forense, em direito de resposta, suntuoso trabalho no qual endossa "a mensagem veiculada pela estimada Professora Ada Pellegrini Grinover, em resposta ao convite formulado, prestando, também, a minha solidariedade aos professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e a todos os que participaram da elaboração do Código Modelo Ibero-americano de Direito Processual e do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos formulado pela USP" (doc. 02), mostrando que a Autora não foi a única a ter a honra ofendida pelas afirmações agressivas e lesivas do Réu.

III. B) DAS OFENSAS À AUTORA DECORRENTES DAS REFERÊNCIAS A "ERRO TIPOGRÁFICO" E "DESONESTIDADE INTELECTUAL":

58. Ainda em sua obra, não cabe razão ao Réu quando afirma que "Devido a um 'erro tipográfico' involuntário e recorrente, o nosso nome tem sido sistematicamente excluído da autoria do Código Modelo Ibero-Americano. Em várias publicações somente constam os nomes dos autores da Exposição de Motivos, mas se omitem os nomes dos relatores do Código propriamente dito". As publicações do Código Modelo Ibero-Americano contemplam como redatores da Exposição de Motivos aqueles que realmente a redigiram: a Autora (Presidente da Comissão), Roberto Berizonce (Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual) e Angel Landoni Sosa (Autor da redação final).

59. Mas, como ressaltado em "Resposta a um convite", no corpo da Exposição de Motivos, todos os nomes dos redatores são mencionados, inclusive o do Réu, por três vezes: a) como idealizador de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América; b) como co-autor da primeira proposta, com Kazuo Watanabe e a Autora; e c) como membro da comissão revisora (fls. 41/42).

60. Diversamente do que se afirma na contestação (fls. 82 e 84), o inconformismo do Réu, em relação a seu nome

298
não constar entre os redatores do Código Modelo, sempre se cingiu exclusivamente à Exposição de Motivos, conforme provam os e-mails trocados entre as partes (**doc. 03 /04**). Note-se que o Réu insistia em suposto "erro tipográfico", não obstante tenham constado corretamente das publicações mencionadas por ele os nomes dos redatores (a Autora, Berizonce e Sosa).

61. Embora negada pelo Réu, a insistência evidentemente se devia à intenção de ver seu nome no rodapé da Exposição de Motivos na qualidade de redator, uma vez que, como ressaltado pela Autora, "na própria Exposição de Motivos se narra toda a história do nascimento e da evolução do Código Modelo" (**doc. 04**).

62. Ora, se a Exposição de Motivos do Código faz remissão expressa, e em três oportunidades, ao nome do Réu, por que persistir na alteração de publicações? Por certo, o Réu pretendia incluir seu nome dentre os redatores da Exposição de Motivos.

63. Em determinada ocasião, o Réu remeteu mensagem eletrônica aos membros da Comissão de Revisão e aos então Presidentes do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual se rebelando contra supostas publicações equivocadas em que subscreviam a Exposição de Motivos a Autora, Berizonce e Sosa. Foram destinatários de referida mensagem aclamados processualistas de diversas localidades: Argentina (Berizonce), Colômbia (Jairo Parra Quijano e Ramiro Bejarano), Costa Rica (Sergio Artavia), Peru (Aníbal Quiroga Leon), Espanha (José Luiz Vazquez Sotelo), Uruguai (Angel Landoni Sosa) e Brasil (Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Kazuo Watanabe e Petrônio Calmon Filho).

64. Segundo o Réu, uma das edições equivocadas se devia a um erro "tipográfico" no documento eletrônico enviado pela Autora. Mas essa afirmação é imprópria. Tratando-se da Exposição de Motivos do Código Modelo, por óbvio que os

subscritores seriam os três acima mencionados e, portanto, a verdade é que não havia qualquer erro tipográfico (fls. 193/194).

65. Em outra mensagem eletrônica enviada pelo Réu, ele sugere que (**doc. 03**): 1) a Exposição de Motivos e o Código sejam mantidos em um único arquivo; 2) que os nomes dos relatores e dos membros da Comissão Revisora sejam mencionados na primeira página; e 3) que não haja autoria separada para a Exposição de Motivos, uma vez que a multiplicidade de autores estaria muito confusa.

66. Com isso, novamente fica claro que o real propósito do Réu era ter seu nome incluído dentre os redatores da Exposição de Motivos, chegando até mesmo a sugerir um modelo de impressão no qual seu nome precedesse tanto a exposição quanto o código em si (**doc. 03**). Sem dúvida, isso faria aparentar a sua participação em ambos os textos (o que não ocorreu, como já ressaltado).

67. Essa intenção fica clara do trecho da contestação em que alega "Até mesmo o fato de a Exposição de Motivos não ter sido redigida também pelo Réu é discutível. Desde o início do projeto, ficou acertado que a Exposição de Motivos deveria ser assinada pelos três co-relatores (Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi)" (fls. 85), embora tenha confessado em mensagens eletrônicas que não participou da elaboração da Exposição de Motivos.

68. A propósito, é bem verdade que o Réu remeteu uma sugestão de roteiro para a Exposição de Motivos (fls. 159/160), que, no entanto, a Autora não aprovou, por ser muito extenso e porque ela mesma já teria material para alinhar o esboço necessário. Assim, o Réu não participou da elaboração de referido trabalho.

69. De qualquer modo, o então Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, Roberto Berizonce, sempre pôs em relevo a tradição do Instituto de não citar os nomes dos redatores dos Códigos Modelos - o debatido nestes autos é o terceiro do Instituto, precedido pelos Códigos Modelo de Processo Civil e de Processo Penal. São eles apresentados ao público como obras do Instituto. Ademais, ressaltou-se que: "a Exposição de Motivos que o precede esclarece perfeitamente os antecedentes da proposta originária elaborada pelos Prof. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi" de modo que "nenhum dos membros do IIDP pode alegar individualmente direitos de autor sobre o Código Modelo" (**doc. 05**).

70. Por outro lado, os outros membros da Comissão Revisora não se sentiram minimamente ofendidos pela omissão, sendo que o único que apoiou o pleito do Réu foi Ramiro Bejarano Guzmán (um entre dez, todos citados na Exposição de Motivos), a quem o então Presidente Berizonce respondeu diretamente, reiterando que "é notório que todos os que efetuaram contribuição estão expressamente mencionados na exposição de motivos" (**doc. 06**).

71. Vale mencionar as mensagens enviadas pelo Professor peruano Aníbal Quiroga Leon a respeito da conduta do Réu que reputa "conflitiva" e "narcisista", ao que a Autora respondeu não entender o motivo pelo qual o Réu se sentia lesionado com o fato de constarem como redatores da Exposição de Motivos os nomes daqueles que realmente o foram (**doc. 07**).

72. Também manifestaram solidariedade à tristeza sofrida pela Autora, os Professores Gustavo Grandinett (Coordenador do Programa de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá - **doc. 08**) e Antonio Cabral da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (**doc. 09**), provando o que a essa altura é indiscutível: a grande repercussão das ofensas perpetradas pelo Réu.

73. A respeito disso, às fls. 182/184, o Réu juntou cópia de mensagem pela qual indagou à Autora: "A senhora poderia enviar-me uma cópia da proposta de Exposição de Motivos?", ao que a mesma respondeu: "Não. **A Exposição de Motivos é coisa do Instituto e não da Comissão.** Está com o Berizonce, sub censura minha", provando que sempre soube que a redação da Exposição de Motivos caberia à Autora, Berizonce e Sosa.

74. Em demonstração irretocável de que o Réu fez alusão à Autora quando redigiu o trecho relativo ao "erro tipográfico" (entre aspas propositalmente), veja-se mensagem eletrônica ora colacionada na qual o Réu é incisivo ao afirmar que o Código "é meu sim e eu não tenho vergonha de exigir reconhecimento. E é de todos os demais membros da Comissão Revisora. **Vergonha é tirar o reconhecimento de quem merece.** Já que a senhora perguntou eu também pergunto. **Por quê a senhora faz tanta questão de sistematicamente apagar o meu nome do Código Modelo,** já que muito do que está ali é meu? **O objetivo não seria o de publicizar o seu nome em detrimento do real autor da idéia e de muitas inovações nele constantes?** Qual é a sua?" (doc. 10).

75. Evidente que estas palavras, altamente ofensivas, demonstram o *animus necandi* do Réu e provocaram danos morais à Autora, que por causa delas recebeu mensagens de solidariedade dos poucos amigos a quem as transmitiu (conforme se provará na instrução).

76. Com efeito, meses depois, com a publicação da obra, o Réu revelou sua descabida insatisfação a respeito do que ele supôs ter sido "desonestidade intelectual" por quem, segundo ele, teria escondido deliberadamente a sua participação do Anteprojeto Ibero-Americano.

77. Já foi dito que **não se trata de frase impessoal ou hipotética.** Considere-se que:

- (i) meses antes, o Réu manifestara seu descontentamento perante processualistas nacionais e internacionais de escol a respeito de suposto "erro tipográfico" que teria se originado de arquivo eletrônico da Autora;
- (ii) o Réu sempre se queixou à Autora da omissão que ele entendia injusta, pedindo a ela que tomasse providências as quais, no entanto, a Autora entendeu muitas vezes inadequadas; e
- (iii) com a publicação da obra em destaque, o Réu apenas omitiu o que grande parte da comunidade jurídica já sabia, que aquele trecho dizia respeito à Autora.

78. Ademais, não há dúvida de que a "**desonestidade intelectual**" **foi imputada à Autora** já que, **aos editores das obras** que o Réu reputa incorretas **não poderia ser atribuída a prática de tal conduta** porque **estranha à sua atuação** profissional.

79. E mais, em páginas anteriores, o Réu narra que a Autora e Kazuo Watanabe consideraram seu projeto "americanizado" e incompatível com a realidade brasileira. Após, considera "desonestidade intelectual" o fato de certos estudiosos o ignorarem por serem receosos da "americanização do nosso direito".

80. Com isso, só se pode concluir que a "desonestidade intelectual" e, portanto, suposto crime de violação de direito autoral, foram atribuídos à Autora.

81. Por tudo isso, não é "construção artificial e mirabolante" o que, pelo teor das mensagens eletrônicas dirigidas a diversos juristas de renome, o Réu indubitavelmente imputou à Autora, ensejando dano à sua honra em proporções indescritíveis, dada a sua reputação perante a comunidade jurídica nacional e internacional.

82. E é contra-senso afirmar que a Autora teria orquestrado "campanha negativa" visto que, como demonstrado, foi o Réu quem tornou público (perante os membros do IIDB, inicialmente, e após, perante toda a comunidade jurídica com a publicação de seu livro) seu infundado descontentamento.

83. Com efeito, o livro repercutiu, e muito, no meio jurídico, independente da "campanha" supostamente orquestrada pela Autora. Ademais, o Réu programou diversas palestras para apresentar o seu livro, em várias capitais, divulgando o seu convite e criando expectativas. A simples divulgação do convite já provocou inúmeras mensagens de solidariedade à Autora e também ao Professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, coordenador de outro anteprojeto chamado "derivado", como se vê da amostragem apresentada (**doc. 11**)

84. É certo que algumas apresentações, como as da UERJ e da UNESA do Rio de Janeiro, foram canceladas (independentemente de intervenção da Autora) porque seus promotores foram alertados sobre o caráter provocatório e ofensivo do convite, em relação ao Anteprojeto (dito "derivado") coordenado pelo Professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes nas universidades do Rio (**doc. 12**).

85. Mas outras foram realizadas, como a do próprio Rio de Janeiro, na AMPERJ, onde o Réu foi notificado para o pedido de explicações, e o de Universidade de Vitória, onde o Réu foi citado para a presente demanda e, ao que se sabe, outra no Rio Grande do Sul.

86. A "campanha" da Autora foi mera consequência da celeuma provocada pelo convite do Réu (e o que veio a se tornar o conteúdo do livro), significando apenas exercício do direito de resposta e busca de reparação civil e punição pelos crimes contra a honra por ele praticados, tudo conforme o inc. V, do art. 5º da Constituição Federal.

III. C) DAS OFENSAS DECORRENTES DAS CRÍTICAS À METODOLOGIA EMPREGADA EM ARTIGO DA AUTORA:

87. Na seqüência de sua obra, no trecho transcrito às fls. 9, o Réu acusa a Autora de ter participado de encontro promovido pelo advogado Dr. Michael Socarras ("parceiro no mínimo suspeito", segundo o Réu), mediante o qual a Autora teria sido iniciada nos "mistérios das *class actions* norte americanas" e que teve como resultado a publicação de artigo acadêmico de cunho parcial.

88. Porém, o ambiente que envolveu a Autora foi estritamente acadêmico de encontros com a internacionalmente reconhecida especialista em *class actions* Linda Mullenix, de que o Réu omite o nome até na contestação. Para provar a natureza dos encontros, com todos os seus detalhes, nada melhor do que reproduzir o *statement* assinado por Linda Mullenix (**doc. 13**) que desmente todas as aleivosias lançadas pelo Réu contra a Autora em seu livro e, agora, confirmadas na contestação (fls. 95, "in fine" e 96).

89. Confirma a Professora Linda Mullenix que (adiante seguem trechos da versão traduzida por tradutor público juramentado):

"(...) Antes de nossa reunião, a Professora Pellegrini e eu trocamos materiais de leitura sobre os dispositivos, americano e brasileiro, sobre ação de classe [*class actions*]. Reunimo-nos durante dois dias na Cidade de Nova York, **juntamente com o Sr. Socarras e um tradutor. Não recebi qualquer instrução do Sr. Socarras sobre o que dizer nessa reunião,** a não ser para discutir meu conhecimento da regra americana sobre ação de classe, com a Professora Pellegrini, e responder quaisquer perguntas que ela pudesse ter sobre o processo americano de ação de classe. **O Sr. Socarras não fez quaisquer comentários,** nem participou do intercâmbio que a Professora

305

Pellegrini e eu tivemos durante o nosso encontro. Seu único objetivo foi de facilitar o trabalho do tradutor.

No decorrer de nossa reunião de dois dias, **a Professora Pellegrini e eu discutimos, extensamente e detalhadamente, as regras de ação de classe de cada país.** Discutimos uma série muito grande de tópicos e questões. Discuti com a Professora Ada Pellegrini os originais da regra americana sobre ação de classe, sua história através do século vinte, a promulgação da regra federal original em 1938, e sua subsequente alteração em 1966. Discutimos as alterações à regra, os tipos de casos litigados sob a regra, e as várias categorias de classe. Discutimos extensivamente e detalhadamente, todos os requisitos para proceder a uma ação de classe, e os vários impedimentos doutrinários para a instituição de uma ação de classe. Discutimos uma variedade de tipos de ação de classe, inclusive ações injuntivas e declaratórias, antitruste, de títulos, consumidor, discriminação no emprego, e ações de classe de agravo em massa. Discutimos os meios e mecanismos processuais para proceder a cada tipo de ação de classe.

Além de discutirmos os tipos de ações de classe, também discutimos os requisitos para proceder a uma ação de classe sob as diferentes categorias da regra. Discutimos os requisitos de ação de classe sobre numerosidade, comunidade, tipicidade e adequacidade. Discutimos ações de classe de opção e fundos limitados obrigatórios, e os requisitos de predominância e superioridade. Discutimos, extensamente, o conceito americano de devido processo de lei, e como o conceito de devido processo influencia a prática americana de ações de classe. Discutimos a importância da definição de classe, o requisito americano para procedência, e o requisito de devido processo para notificação suficiente.

Discutimos também os diferentes conceitos de procedência e res judicata na legislação ordinária americana e nos sistemas de legislação civil do Brasil.

Somente parte de nossas discussões se relacionou à ação de danos, de classe, americana, e aos requisitos de predominância e superioridade para certificar uma ação de danos, de classe, sob regra americana. Discuti com a Professora Pellegrini a provisão única, de opção, para

306

ações de danos, de classe, e as implicações de res judicata de tais ações. Discuti com a Professora Pellegrini vários casos em que os tribunais aplicaram esses critérios.

A Professora Pellegrini era excepcionalmente conhecedora da regra americana de ações de classe, na ocasião em que me reuni com ela. **Ela havia lido extensamente sobre a regra, e conhecia um grande número de casos em que os tribunais americanos haviam aplicado a regra. Ela fez perguntas extremamente excelentes sobre todos os aspectos do processo americano de ações de classe, cujas perguntas não se limitavam a determinados casos.** Fiquei profundamente impressionada e intimidada com o conhecimento e preparo da Professora Pellegrini. Gastamos uma boa parte do tempo tentando entender como os conceitos comparativos se relacionam, ou não, ao processo agregado. Discutimos como nossos dois sistemas legais têm um entendimento diferente de conceitos, tais como ações 'homogêneas'. De qualquer forma, **a Professora Pellegrini parecia mais interessada em saber sobre diferentes conceitos comparativos de procedência e res judicata.**

Li (em tradução para o Inglês) o artigo da Professora Pellegrini 'Uma Comparação entre a Ação de Classe Americana no Sistema Judiciário Americano, e a Ação de Classe Brasileira'. Acredito que **esse artigo é uma DISCUSSÃO NEUTRA E ACADÊMICA da regra americana de ações de classe**, bem como a contraparte brasileira. O artigo da Professora Pellegrino (sic) reflete muito da discussão que tivemos em nossa reunião, e **o artigo é uma análise PRECISA da regra americana.** Seu artigo discute muitos casos em que os tribunais americanos aplicaram a regra favoravelmente para sustentar ações de classe, ou desfavoravelmente para rejeitar. Sua análise é imparcial e não inclinada para qualquer sentido. O artigo não contém, nem reflete, qualquer preconceito. Como fazem os bons acadêmicos, a Professora Pellegrini revela também que reuniu-se comigo para trocar idéias sobre processos de ação de classe, e quem patrocinou a reunião. Datado de 29 de junho de 2008 (assinado por) Linda S. Mullenix Austin, Texas U.S.A." (grifamos - **doc. 13**).

307
da

90. Cumpre observar, ainda, que as palavras da Autora, relativas ao papel exercido pelo advogado Michael Socarras, que acompanhou os encontros entre a Autora e Linda Mullenix, são de mera cortesia, como era de dever em relação a quem propiciou os encontros acadêmicos e científicos entre a Autora e a Professora Linda Mullenix, que não se conheciam pessoalmente.

91. A contestação também repisa a afirmação, injuriosa, de que a Autora, naquela oportunidade, desconheceria o sistema norte-americano das *class actions* (fls. 95). Pura inverdade, pois a Autora, naquela oportunidade, já tinha apresentado - com Cândido Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior - o primeiro projeto de lei de processos coletivos ao Deputado Flávio Bierrenbach, que o levou ao Congresso Nacional no início de 1984. Como já mencionado, o projeto de lei tomou, no Congresso Nacional, o nº 3.034/84. E a ele foram incorporados vários institutos próprios das *class actions*, como a aferição pelo juiz da representatividade adequada, a *fluid recovery* para a execução coletiva dos danos individualmente sofridos, e a *defendant class action*.

92. O sistema norte-americano, ao longo de 1983, foi exaustivamente analisado pela Autora e os demais membros da comissão, que verificaram cuidadosamente o que dele poderia ser aproveitado para o projeto de lei brasileira.

93. Portanto, são descabidas e ofensivas todas as afirmações do Réu acerca da suposta visão principiante, parcial e tendenciosa em artigo subscrito pela Autora.

IV) DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS E DAS FINALIDADES DO PEDIDO DE REPARAÇÃO:

94. O Réu se insurge contra os pedidos formulados na inicial de maneira falaciosa, afirmando que "É impossível cumular

todas ou quase todas as formas de reparação. Esta cumulação caracteriza abuso de direito (CC, art. 187)" (fls. 101).

95. Como é cediço, o sistema processual admite cumulação de pedidos, impondo como limite para o exercício de tal faculdade processual o atendimento aos pressupostos descritos no § 1º do art. 292, do CPC.

96. Vê-se que, em sua contestação, o Réu não ousa negar (i) a compatibilidade dos pedidos; (ii) a competência do mesmo Juízo para o conhecimento dos pedidos; e (iii) a adequação do procedimento para o processamento de todos os pedidos cumulados. O Réu somente se aventura a dizer que o pedido reparatório não poderia ser cumulado com o pedido inibitório, o que é impensável!

97. O Código de Processo Civil contempla a possibilidade de **tutela inibitória de ato ilícito**, histórica e fundamentalmente, no art. 287 e, mais recentemente, no art. 461, permitindo, inclusive, a fixação de pena pecuniária em caso de descumprimento da decisão que a acolher. Para esse fim importa "o ilícito que pode ser praticado, prosseguir ou repetir-se. Não tem qualquer relevância o ato ilícito que já foi praticado e cuja repetição ou continuação não se teme" porque "a tutela que supõe um ilícito já praticado, mas tem por meta impedir a sua continuação ou repetição, é voltada para o futuro, tendo um fim nitidamente preventivo e não repressivo"¹³.

98. Por isso, mediante o pedido nº III (fls. 19), a Autora pretende **evitar a continuação do ilícito** praticado pelo Réu. De outro lado, os pedidos de nº I e II (fls. 18/19) visam **reparar os danos já suportados** pela Autora dos quais decorre a responsabilidade do Réu de retratação e publicação do conteúdo da sentença bem como de reparação patrimonial.

¹³ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 50/51.

99. Na linha do que sustenta YUSSEF SAID CAHALI:

309
C

"De um modo geral, a condenação com que se busca reparar o dano moral é representada, no principal, por uma quantia em dinheiro, a ser paga de imediato, sem prejuízo de outras cominações secundárias, nas hipóteses de ofensa à honra e à credibilidade da pessoa"¹⁴ (grifamos).

100. Ademais, é incorreto afirmar que a Autora teria se pautado na Lei de Imprensa (inaplicável ao caso) para a formulação do pedido de retratação, pois este não é privilégio exclusivo daquele diploma, podendo ser formulado em demandas que não são amparadas na Lei 5.250/67.

V) DA PROPORCIONAL QUANTIFICAÇÃO DO DANO:

101. Tal como afirmou o próprio Réu, a quantificação do dano moral deve obedecer a critérios que levam em conta, especialmente: "as condições pessoais de quem será indenizado, os padecimentos causados, as circunstâncias traumáticas da conduta do ofensor e as seqüelas que afetam a vítima e, finalmente (...) a idade da vítima"¹⁵ (grifamos).

102. Não obstante dispense comprovação, o dano suportado pela Autora restou amplamente demonstrado. Então, o montante indenizatório pleiteado pela Autora considerou: a idade da Autora (75 anos); os sérios aborrecimentos que os atos do Réu causaram, fazendo-a perder a tranqüilidade, o sossego e o sono que lhe são merecidos; e a repercussão de âmbito nacional e internacional dos atos cometidos pelo Réu.

103. Tudo isso, aliado ao intento reparatório, punitivo e desestimulante da indenização por danos morais e à indiscutível aptidão econômica do Réu permitiram a quantificação do dano sofrido pela Autora até o momento.

¹⁴ Cf. Yussef Said Cahali, *Dano Moral*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 704/705.

310

104. Ao contrário do sustentado pelo Réu na contestação, a viabilidade da indenização por danos morais não decorre apenas da necessária compensação à vítima. Conforme cediço na doutrina:

"a indenização pelo dano moral possui **cunho compensatório** antes do reparatório **somado** a relevante **aspecto punitivo que não pode ser marginalizado** (...). Inafastável contudo que a condenação pelo dano moral exerce igualmente **importante papel educativo, dissuatório ou pedagógico** no princípio geral do *neminem laedere*"¹⁵ (grifamos).

105. Se prevalecesse o entendimento do Réu - o que se admite apenas por amor ao debate - não se atentaria à finalidade precípua de desestímulo a eventuais novos atos tendentes a ferir a honra da Autora. O juiz nunca poderá reduzir o montante pleiteado pelo demandante **a ponto de esvaziar o sentido da condenação de cunho indenizatório** por danos morais.

106. Ademais, repetindo o que foi dito acima, segundo as lições YOUSSEF SAID CAHALI: "o fundamento da responsabilidade civil assenta no caráter **aflictivo** ou **sancionatório** da condenação, ao **AGREDIR OU DESFALCAR, COMO PENALIDADE, o patrimônio econômico do ofensor**"¹⁶ (grifamos).

107. Então, atentando-se sempre a ditames de proporcionalidade, e equilibrando-se os fundamentos teóricos da verba indenizatória (compensação, punição e desestímulo), as circunstâncias do caso e as condições econômicas do causador do dano, conclui-se que o valor pleiteado pela Autora, a título de indenização por danos morais, comporta acolhimento.

¹⁵ Cf. Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil - Responsabilidade Civil*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2005.

¹⁶ Cf. Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil - Responsabilidade Civil*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2005.

¹⁷ Cf. Yussef Said Cahali, *Dano Moral*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 265.

311

VI) CONCLUSÃO:

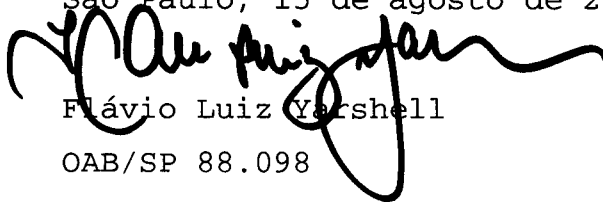
108. Ante todo o exposto, reiterando *in totum* os termos da inicial, requer-se seja a demanda julgada **procedente**, condenando-se o Réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor declinado na inicial.

109. No ensejo, com o objetivo de reforçar a prova já produzida e considerados os limites da controvérsia, requer-se a **produção das seguintes provas**: (i) depoimento pessoal do Réu, sob pena de confissão; (ii) oitiva de testemunhas, cujo rol virá a tempo; e (iii) juntada de novos documentos.

Termos em que,

P. Deferimento.

São Paulo, 15 de agosto de 2008.


Flávio Luiz Yarshell
OAB/SP 88.098

VSR/392/392.7/resposta - exceção de incompetência