

Therese Vanthel
Carlos Roberto F. Marcondes
Luís Cláudio Guimarães Pereira
Márcia Regina Mendes

Senora Bemio Silva
José Roberto Damasceno Assis
Gustavo Falcão
Adriano Douglas Leite
Marcelo Bezerra Pupo
Chirlean Garcia Viana

Assistente Jurídica/Funcionário
Amanda Bezerra Kashi
Ana Sylvia Neves Oliveira
Anderson Pezossimera de Souza
Carla Leticia Nogueira Santos
Cecilia Junqueira M. de Almeida
Cláudio A. Gonçalves
Daniela de Castro Pinheiro
Daniela Jorge Guimarães
Dora Cavallieri Moraes
Ediane Valcarlos Evangelista
Fláudio Costa
Eliodoro Gomes Galvão
Emerson Nogueira Silva
Fátima Imaculada Nery
Gisela Salsola

Ivan Galvão de Almeida
Luís Henrique Oliveira Gomes
João Alberto Corrêa Facciolari
Lucas Ricardo Viana Alderman
Márcia Patrícia Mendonça
Mário Francisco Ap. Amorim
Mário Amorim Theodoro Nasif Junior
Marcos Dell'É
Fábio Henrique Assis de Lima
Paula Antunes Ribeiro
Francine Costa Helleg
Francine Gilberg
Rodney Alves da Silva
Adriano Martins Pereira
Ana Beatriz Melissa Nogueira
Bianca Moura Mendes

Carolina Cury Ribeiro
Carolina Santa Rosa Raygh
Diana Lima
Helen e Cledna Cavalcante da Silva
Guilherme Scognetta da Pereira
José Luiz Baryera Nery
Kamilla Nóbrega e Silva
Marta Inezel Peresado
Mônica Mylls Monteiro Rodrigues
Rita de Cássia Durães Costa Guimarães
Sérgio Nogueira dos Anjos
Thiago Assis de Silva
Thaís Kallman Lorenz
Viviane Siqueira Rodrigues

488
41

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

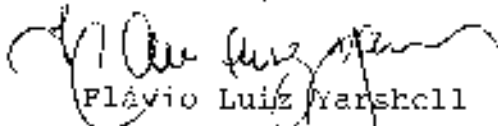
Autos nº 383.00.2008.158923-0
(nº ordem 1065/08)
Ordinário

CARTÃO DE NOTIFICAÇÃO DE SENTENÇA Nº 1065/08

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, inconformada com a r. sentença de fls. 485/486, dela ven. no prazo e forma legais, **APELAR**, conforme as razões anexas, requerendo seja o recurso recebido e processado, já devidamente preparado (guias de custas anexas), com a oportuna remessa dos autos à Superior Instância.

Termos em que,
P. deferimento.

São Paulo, 5 de novembro de 2008.


Flávio Luiz Varshell
OAB/SP 86.098

Apelante: Ada Pelleggrini Grinover

Apelado: Antonio Carlos de Oliveira Gidi

MM. Juízo a quo: 26ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo

Autos nº: 583.00.2008.158923-0

48/09
C

RAZÕES RECURSAIS

Ínclitos Juizadores,

1. Trata-se de demanda indenizatória movida pela ora Apelante em virtude da publicação de obra de autoria exclusiva do Apelado contendo afirmações ofensivas à honra da primeira.

2. O Apelado contestou às fls. 63/113 e a Apelante replicou às fls. 281/392. O Apelado apresentou nova manifestação às fls. 397/471 e a Apelante ofereceu Tréplica.

3. A despeito de a Apelante ter requerido expressamente a produção de prova oral, em julgamento antecipado da lide, o MM. Juízo a quo julgou improcedente a demanda, sob os fundamentos de que: (i) "a mera crítica literária" não poderia ensejar danos morais indenizáveis; e (ii) a conduta do Apelado estaria pautada na liberdade de expressão e de pensamento.

493
C

4. Contudo, como restará demonstrado, a r. sentença ora apelada deverá ser anulada, por violação ao contraditório, ou, eventualmente, reformada, para que a demanda seja julgada procedente, condenando-se o Apelado: (i) ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados pela Apelante; (ii) à retratação pública; e (iii) à abstenção de autorizar nova edição da obra em comento.

I. DA NULIDADE DA R. SENTENÇA, DO CERCEAMENTO DE DEFESA.

5. Com a devida vênia, ao julgar antecipadamente o feito, denotando a improcedência da demanda, a r. sentença encerra patente nulidade, bem como negativa de vigência aos arts. 332¹, 333, I², do CPC e art. 5^ª, LV³, da CF.

6. Com efeito, conforme se verifica da r. sentença apelada, a demanda foi julgada improcedente ao argumento de que: "mas 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 pressupostos para a reparação civil pecuniária, a despeito de 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" (fls. 486).

7. Contudo, havendo controvérsia fática a ensejar dilação probatória expressamente requerida na inicial, na réplica e na tréplica da Apelante, não era caso, com a devida vênia, de se julgar improcedente a demanda, sem que fosse dada

¹ "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".

² "O ônus da prova incumbe: 1 - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito".

³ "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

oportunidade à Apelante de demonstrar a ocorrência dos fatos com base nos quais formula seu pedido.

8. Tais fatos consistem na repercussão que as imputações feitas pelo Apelado tiveram e que, à toda evidência, estão diretamente ligadas à consumação do dano moral que se busca reparar.

9. Assim, é flagrante a violação ao contraditório imposta em desfavor da Apelante. Com efeito, o atual entendimento do E. STJ não vacila ao reconhecer **o cerceamento de defesa na hipótese de julgamento antecipado em razão da ausência de comprovação dos fatos constitutivos da pretensão:**

"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; T. EXSTIC 184/150).

"Nega vigência aos arts. 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 443177/SC, Rel. Min. HONORATO GOMES DE BARROS, J 10/02/04, DJ 25/02/04, p. 101).

*Processual civil. Recurso especial. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. Prequestionamento. Recenseamento fático probatório. Audiência preliminar. Apreciação das provas requeridas. Perícia. Necessidade. Cerceamento de defesa.

(...) - **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**

allegação é rejeitada, na sentença, sob o fundamento de não ter sido provada" (STJ, 3ª T., RESP 471322/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, J. 28/06/03, DJ 18/08/03, p. 205).

402
C

"CERCEAMENTO DE DEFESA. Endosso. Nota promissória vinculada a contrato. Suscitada de modo fundamentado a má-fé do endossatário de nota promissória vinculada a contrato de compra e venda, a respeito do qual se alega inadimplemento do vendedor, o juízo antecipado, que conclui pela improcedência da ação por falta de prova da má-fé, cerceia o direito de defesa do réu. Recurso conhecido e provido" (STJ, 4ª T., RESP 258757/RO, Rel. Min. RIV ROSSO DE AGUIAR, J. 03/10/00, DJ 27/11/00, p. 170; LEXSTJ 140/230) (grifamos).

10. Não é outro o entendimento desse E. Tribunal de Justiça, em casos análogos, nos quais registra e anulidade da sentença que, sem permitir à parte a dilação probatória, considera inexistente o pressuposto para a reparação por danos morais:

"Ação de indenização por danos morais. Julgamento antecipado da lide. R. sentença de improcedência. Arguição de cerceamento de defesa, ante o impedimento de produção da prova testemunhal pleiteada. SENTENÇA ANULADA, para propiciar ampla dilação probatória. Recurso do consumidor provido" (Apelação Cível nº 939.039-0/0, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. CAMPOS PETRONI, J. 14/10/2008).

"Indenização Cerceamento de defesa - Não tendo sido dada ao apelante a oportunidade de produzir a prova testemunhal requerida em sua petição inicial, se acolhe a preliminar acentuada em suas razões de recurso. Preliminar acolhida. Recurso provido" (Apelação Cível nº 134.441-1, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. LINCOLN PEINADO, J. 07/10/2008).

493
C

"Cerceamento de defesa Julgamento antecipado da lide
Ausência de intimação das partes para especificação de provas -
Pretensão do autor na sua produção - Prova deve ser ampla,
irrestrita e cabal para que o Julgador possa fundamentar sua
convicção Cerceamento caracterizado Sentença anulada -
Recurso provido" (Apelação Cível nº 129174290C, 17ª
Câmara de Direito Privado, Rel. Des. CARLOS LUIZ
BRANCO, J. 08/09/2008) (grifamos).

11. Nem se argumenta, com a devida vênia, com o princípio do livre convencimento. É que, tal como já assentou o E. STJ, "O princípio do livre convencimento do Juiz não pode atropelar o princípio do devido processo legal, de dignidade constitucional, sendo descabido o desprezo da pretensão de se produzir prova requerida, tida como necessária para a demonstração do fato constitutivo do direito postulado" (RSTJ 122/474) (grifamos).

12. Esse entendimento se aplica como luva ao caso em tela: antes de se ater aos limites do livre convencimento, a r. sentença, ao julgar improcedente a demanda sem dar oportunidade à Apelante de adequada dilação probatória, incorreu em flagrante cerceamento de defesa, tolhendo a Apelante das provas que demonstrariam, vez por todas, os fatos constitutivos de seu direito.

13. Por essa razão é que a Apelante, em sua inicial, expressamente requereu a produção de prova oral. Vale frisar que, através das provas requeridas, pretendia a Apelante, sem prejuízo dos demais elementos constantes dos autos, reforçar a demonstração da ofensa grave a sua honra, decorrente das afirmações descabidas do Apelado, que superam os limites da crítica literária ou doutrinária.

14. Ou seja, as provas requeridas pela Apelante versariam sobre o ponto fulcral da demanda que deveria ter sido

dirimido através dos meios de prova expressamente requeridos. Aqui, não é demais destacar que a questão posta nesses autos não é meramente de direito, havendo questões fáticas que deveriam ter ensejado dilação probatória.

15. Assim, ao surpreender a Apelante com a prolação de sentença, sem que lhe fosse dada oportunidade de produzir as provas necessárias, o MM. Juízo a quo encertou verdadeiro cerceamento de defesa e afrontou os princípios do contraditório e da ampla defesa esculpidos no art. 5º, LV, CF, na linha dos precedentes do E. STJ e desse E. Tribunal de Justiça acima colacionados.

16. Vê-se que o julgamento da lide no estado em que se encontrava foi precipitado, tanto que, antes disso, o MM. Juízo a quo nam mesmo cuidou de intimar as partes consultando-as sobre eventual possibilidade de conciliação.

17. Deste modo, a r. sentença apelada deve ser anulada, sob pena de negativa de vigência aos arts. 332, 333, I, do CPC, e art. 5º, LV, da CF, já invocados para fins de questionamento. Outrossim, diante do comando previsto no art. 515, §4º, do CPC (com redação dada pela Lei 11.276/06), não se descarta, caso esse E. Tribunal entenda viável, seja convertido o julgamento em diligência para produção da prova oral requerida pela Apelante, assim como não se descarta que esse E. Tribunal venha diretamente a reconhecer a procedência da demanda a partir dos elementos constantes dos autos, reiterando que o que não se afigura possível é o prematuro decreto de improcedência à míngua de oportunidade para prova.

II. EM CARÁTER EVENTUAL - DA REFORMA DA R. SENTENÇA APELADA.

18. Eventualmente, caso não se entenda pela anulação da r. sentença em razão do cerceamento de defesa, deverá a

nessa ser reformada para que os pedidos formulados pela Apelante sejam julgados procedentes.

19. Com efeito, equivocou-se a r. sentença apelada ao afirmar que as ofensas empreendidas pelo Apelado "não constituiriam ato-fato ilícito ou lampouco ofensa à honra ou a psique" da Apelante. Isso porque as afirmações contidas na obra do Apelado ultrapassaram o limite da seriedade e da polidez acadêmica e afrontam gravemente a integridade moral da Apelante.

20. A propósito, não é correto afirmar que o provimento invocado constituiria violação à liberdade de expressão e de pensamento; pelo contrário, a procedência da demanda ensejará a justa reparação pela ofensa à integridade moral da Apelante, por atos do Apelado que configuram exercício abusivo do direito de expressão e de livre manifestação de pensamento.

II. A) DAS OFENSAS À MORAL DA APELANTE QUE NÃO SE RESUMEM A MERA CRÍTICA LITERÁRIA, DOUTRINÁRIA OU DISCUSSÃO ACADÊMICA.

21. Tal como restou demonstrado na inicial, já na introdução de sua obra, a qual traz o título "O Anteprojeto Original e os Anteprojetos Derivados" o Apelado assevera:

"Quatro anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo foram publicados no Brasil nos últimos anos, listados abaixo, em ordem cronológica:

1º) O primeiro anteprojeto publicado foi o Código de Processo Civil Coletivo, de autoria de Antonio Gidi, iniciado em 1993 e terminado em 2002 (**Anteprojeto Original**).

2º) O segundo, foi o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, iniciado em 2003 e aprovado em 2005, que tiveram como relatores Ada Pellegrini

495
C

Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi (**Código Modelo Ibero-Americano**).

3º) O terceiro, foi o Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP, iniciado no fim de 2003 e terminado em 2006, liderado por Ada Pellegrini Grinover (**Anteprojeto USP**).

4º) O quarto, foi o Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/Unesa, iniciado em 2005 e terminado no mesmo ano, liderado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (**Anteprojeto UERJ/Unesa**) (doc. 02 da inicial, pp. 1/2 - grifamos).

22. A nomenclatura "anteprojeto original" e "anteprojetos derivados" é sim ofensiva na medida em que insinua que os "derivados" não seriam originais, sugerindo a idéia de plágio. Com efeito, infere-se do texto que o "Anteprojeto Original de Código de Processo Civil Coletivo", da autoria do Apelado, seria a base - não declarada para o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, por ele chamado de "Código Modelo Ibero-Americano", que teve como primeiros redatores a Apelante, KAZUO WATANABE e o Apelado.

23. Ademais, não é verdade que os três anteprojetos, que o Apelado denomina "derivados", tenham se "inspirado" (para usar um eufemismo) no denominado "anteprojeto original", como se demonstra pelo histórico de sua gênese e evolução, apontada pela Apelante com dados objetivos, no trabalho "Resposta a um convite", publicado no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual (www.direitoprocessual.org.br) (doc. 03 da inicial).

24. Assim, ao contrário do que pareceu à r. sentença recorrida, tratar o Código Modelo e o subsequente Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos como "derivados", no contexto da obra e da comunidade acadêmica, é certamente ofensivo ainda que não tenha havido expressa e direta acusação de plágio contra a Apelante.

497
C

25. A propósito, ALUISTO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, 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), 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 da réplica), mostrando que **a Apelante não foi a única a ter a honra ofendida pelas afirmações agressivas e lesivas do Apelado.**

26. Aludindo à Exposição de Motivos do Código Modelo para Ibero-América, afirma o Apelado, no Capítulo I do referido livro, 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**. Essa situação dá a entender que os autores da Exposição de Motivos (Roberto Borzone, Ada Pellegrini Grinover e Angel Landoni Sosa) são os mesmos redatores do Código Modelo Ibero-Americano (Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi), o que não é verdade" (doc. 04, p. 14, da inicial).

27. Essa afirmação, como já fora dito nos autos, é absolutamente equivocada. A Exposição de Motivos do Código Modelo é assinada somente por quem a redigiu: a Apelante (Presidente da Comissão), ROBERTO BERTAGNOL (Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual) e ANGEL LANDONI Sosa (autor da redação final). Mas, no corpo da Exposição de Motivos, todos os nomes dos redatores são mencionados, e o do Apelado 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 Apelante; e) como membro da comissão revisora (doc. 05 da inicial).

28. Seria como dizer que alguém pudesse acreditar que Francisco Campos, que assina sozinho a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, seria seu autor.

29. Como se não bastasse, embora aluda, ironicamente, a um "erro tipográfico" (aspas no texto) involuntário e recorrente, o Apelado explica depois, levando sua ofensa mais a fundo:

"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 descuido acadêmico mas, escondê-lo deliberadamente, desonestidade intelectual**" (doc. 06, p. 32, da inicial - grifados).

30. Ora, em páginas anteriores de seu livro, o Apelado narra que, ao apresentar seu projeto originário para a Apelante e para KAZUO WATANABE, estes o consideraram "americanizado", *in verbis*: "Como Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe acharam o nosso anteprojeto original demasiadamente americanizado, incompatível com a realidade brasileira, preferiram (...)" (doc. 07, p. 15, da inicial). Assim, a leitura conjugada das duas passagens indica afirmar o Apelado que aqueles que consideraram o Anteprojeto Original "americanizado", o *esconderam deliberadamente*, o que caracterizaria "desonestidade intelectual". E, quem considerou o Anteprojeto Originário "americanizado" foram, justamente, a Apelante e Kazuo WATANABE.

31. Ademais, fica claro que o inconformismo do Apelado, em relação a seu nome 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 (docs. 03 /04 da réplica). Note-se que o Apelado insistia em suposto "erro tipográfico", não obstante tenham constado corretamente das publicações mencionadas por ele os nomes dos redatores (a Apelante, BERZONCE e SOSA).

32. A insistência do Apelado 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 Apelada, "na própria Exposição de Motivos se narra toda a história do nascimento e da evolução do Código Modelo" (doc. 04 da réplica).

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

34. Em determinada ocasião, o Apelado 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 Apelante, BERZONCE e SOSA. Foram destinatários de referida mensagem aclamados processualistas de diversas localidades: **Argentina** (BERZONCE), **Colômbia** (JAIRO PARRA QUIROGA e RAMIRO BEJARANO), **Costa Rica** (SERGIO ARTAVIA), **Peru** (ANIBAL QUIROGA LEON), **Espanha** (JOSÉ LUIS VAZQUEZ SCOFFO), **Uruguai** (ANGEL LANDONI SOSA) e **Brasil** (ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, KAZUO WATANABE e PETRÔNIO CALMON FILHO).

35. Segundo o Apelado, uma das edições equivocadas se devia a um erro "tipográfico" no documento eletrônico enviado pela Apelante. 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).

36. Em outra mensagem eletrônica enviada pelo Apelado, ele sugere que (doc. 03 da réplica): 1) a Exposição de Motivos e o Código sejam nancidos 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.

37. Com isso, novamente fica claro que o real propósito do Apelado 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 da réplica). Sem dúvida, isso faria aparentar a sua participação em ambos os textos (o que não ocorreu, como já ressaltado).

38. Essa intenção se evidencia no 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. 8c), embora tenha confessado em mensagens eletrônicas que não participou da elaboração da Exposição de Motivos.

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

40. 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 processo esclareceu 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 da réplica).

41. 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 Apelado foi RAMIRO BEJASANO GIZMÁN (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 da réplica).

42. Vale mencionar as mensagens enviadas pelo Professor peruano ANIBAL QUIROGA LEON a respeito da conduta do Apelado que reputa "conflitiva" e "narcisista", ao que a Apelante respondeu não entender o motivo pelo qual o Apelado se sentia lesionado com o fato de constarem como redatores da Exposição de Motivos os nomes daqueles que realmente o foram (doc. 07 da réplica).

43. Também manifestaram solidariedade à tristeza sofrida pela Apelante, os Professores GUSTAVO GRANDINHO (Coordenador do Programa de Pós Graduação da Universidade Estácio de Sá - doc. 08 da réplica) e ANTONIO CAVAL da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (doc. 09 da réplica), provando o que a essa altura é indiscutível: a grande repercussão das ofensas perpetradas pelo Apelado.

44. A respeito disso, às fls. 182/184, o Apelado juntou cópia de mensagem pela qual indagou à Apelante: "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 Apelante, BERIZONCE e Sosa.

45. Em demonstração irretocável de que o Apelado fez alusão à Apelante quando redigiu o trecho relativo ao "erro tipográfico" (entre aspas propositalmente), veja-se mensagem eletrônica na qual o Apelado 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 da réplica).

46. Evidente que essas palavras, altamente ofensivas, demonstram o *animus necandi* do Apelado e provocaram danos morais à Apelante, que por causa delas recebeu mensagens de solidariedade dos poucos amigos a quem as transmitiu.

47. Com efeito, meses depois, com a publicação da obra, o Apelado revelou sua descabida insatisfação a respeito do que ele supôs ter sido "disonestidade intelectual" por quem, segundo ele, teria escondido deliberadamente a sua participação no Antoprojeto Ibero-Americano.

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

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

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

50. E mais, em páginas anteriores de sua obra, o Apelado narra que a Apelante e Kayo MATAMBE consideraram seu projeto "americanizado" e incompatível com a realidade brasileira. Após, considerou "desonestidade intelectual" o fato de certos estudiosos o ignorarem por serem receosos da "americanização do nosso direito".

51. Com isso, só se pode concluir que a "desonestidade intelectual" e, portanto, suposto crime de violação de direito autoral, foi atribuída à Apelante.

52. Por tudo isso, pelo teor das mensagens eletrônicas dirigidas a diversos juristas de renome, o Apelado indubitavelmente imputou à Apelante, ensejando dano à sua honra

em proporções indescrivíveis, dada a sua reputação perante a comunidade jurídica nacional e internacional.

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

54. Com efeito, o livro repercutiu, e muito, no meio jurídico, independente da "campanha" supostamente orquestrada pela Apelante. Ademais, o Apelado 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 Apelante e também ao Professor ALUIZIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, coordenador de outro anteprojeto chamado "derivado", como se vê da amostragem apresentada (doc. 11 da réplica).

55. É certo que algumas apresentações, como as da UERJ e da UNESA do Rio de Janeiro, foram canceladas (independentemente de intervenção da Apelante) porque seus promotores foram alertados sobre o caráter provocatório e ofensivo do convite, em relação ao Anteprojeto (dito "derivado") coordenado pelo Professor ALUIZIO GONCALVES DE CASTRO MENDES nas universidades do Rio (doc. 12 da réplica).

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

57. A "campanha" da Apelante foi mera consequência da calúnia provocada pelo convite do Apelado (e o que veio a se tornar o conteúdo do livro), significando apenas exercício de

direito de resposta e busca de reparação civil e punição pelos crimes contra a honra por ele praticados, tudo conforme o inciso V, do art. 5º da Constituição Federal.

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

59. Porém, o ambiente que envolveu a Apelante foi estritamente acadêmico de encontros com a internacionalmente reconhecida especialista em *class actions* LINDA MULLENIX, de que o Apelado 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 da réplica) que desmente todas as aleivosias lançadas pelo Apelado contra a Apelante em seu livro e confirmadas na contestação (ffs. 95, "in fine" e 96).

60. Atestou 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 qualquer

comentários, nem participou do intercâmbio que a Professora 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.

(...) 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 precedência 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 da réplica).

10/1
C

61. Cumpre observar, ainda, que as palavras da Apelante, relativas ao papel exercido pelo advogado MICHAEL SOCARAS, que acompanhou os encontros entre a Apelante e LINDA MULLENIX, são de mera cortesia, como era do dever em relação a quem propiciou os encontros acadêmicos e científicos entre a Apelante e a Professora LINDA MULLENIX, que não se conheciam pessoalmente.

62. A Apelante, 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 BIERRENEACK, 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*.

63. Também, o sistema norte-americano, ao longo de 1983, foi exaustivamente analisado pela Apelante e pelos demais membros da Comissão, que verificaram cuidadosamente o que dele poderia ser aproveitado para o projeto de lei brasileira. Portanto, são descabidas e ofensivas todas as afirmações do Apelo acerca da suposta visão principiante, parcial e tendenciosa em artigo assinado pela Apelante.

64. Por outro lado, ao contrário do que entende a r. sentença apelada, não se trata de "sensibilidade exacerbada". As imputações feitas pelo Recorrido, sempre com a devida vênia, precisam ser vistas no contexto da "sensibilidade" própria da vida acadêmica: os rigores próprios da atividade científica limitam o âmbito da crítica a aspectos objetivos e próprios da

matéria versada e não permitem que se ataque a honestidade intelectual do autor ou pesquisador. Ataques pessoais - por afetarem a credibilidade que o cientista ocupa perante a comunidade acadêmica e mesmo perante a sociedade para a qual dirige sua atividade - devem ser vistos com grande reserva.

65. Com o máximo respeito, a r. sentença sequer enfrentou as diferentes menções e imputações dirigidas à Apelante e constantes da obra do Apelado; o que demonstra que ela não dedicou a necessária atenção que o contexto merecia, em se tratando de afirmações que atingem tanto a esfera íntima quanto a esfera pública da moral da Apelante.

66. De outro lado, aos setenta e cinco (75) anos de idade, com atuação acadêmica desde a juventude, a Apelante nunca sofrera ofensa de tal natureza. Por isso, não se trata de ambição, de vaidade, de sensibilidade exacerbada, de susceptibilidade acentuada ou de emotividade exagerada, como aventado equivocadamente pela r. sentença (fls. 486).

II. B) DO EXERCÍCIO ABUSIVO DOS DIREITOS DE EXPRESSÃO E DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO PELO APELADO.

67. Também, não é o caso de imputar à Apelante o intuito de tolher o exercício dos direitos de expressão e de livre manifestação do pensamento pelo Apelado. Pelo contrário, a Apelante sempre encorajou o Apelado ao debate científico aberto, sério e polido, aconselhando-o sempre a primar pelo merecido respeito aos estudiosos que se debruçaram sobre o tema que o Apelado procurava enfrentar.

68. Nesse sentido, as mensagens eletrônicas de fls. 119/203 revelam que, por diversas vezes, a fim de suavizar a carga ofensiva de textos escritos pelo Apelado, a Apelante sugeriu substanciais alterações em trechos que continham

críticas incisivas e inadequadas (sob o ponto de vista ético-científico), a determinação entendimento doutrinário.

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

70. Para ilustrar, na página nº 8 do site de pesquisa Google, digitando-se como verbete de interesse o nome da Apelante, 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 da réplica); críticas que a Apelante aceitou tranqüilamente, uma vez que feitas no plano das idéias e não ofensivamente dirigidas à sua pessoa.

71. Da mesma forma, é de amplo conhecimento que a Apelante 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 ARAGÃO COSTA e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO; *As nulidades no processo penal e Recursos no processo penal*, com ANTONIO MARGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARAVAK FERNANDES; *Juízados Especiais Criminais*, com os autores por último citados e LUIZ FLÁVIO GOMES.

72. Não bastasse, a Apelante presidiu diversas Comissões para a preparação de anteprojeto 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).

73. Com efeito, a Apelante 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.

74. A Apelante 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, e neste ponto também se equivocou a r. sentença apelada.

75. 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).

76. 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 Apelado.

77. 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

¹ Cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 29ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 245.

preccituar⁵ e "Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores"⁶ (grifamos).

78. No caso concreto, se se tratasse de simples embate de idéias - e, como visto, não trata-se, como assenta a r. sentença apelada, a postura aberta da Apelante, que sempre foi seu apanágio, jamais a levaria ao Judiciário. Mas o livro do Apelado, nos trechos destacados na inicial, constituem, sim, ofensas pessoais. Diversamente do MM. Juízo a quo, há, sim, "violações aos justos melindres do brío, do decoro e da dignidade pessoal" na obra do Apelado.

79. Ainda, como se extrai das cópias das mensagens eletrônicas juntadas pelo Apelado à sua contestação, a Apelante nunca pretendeu boicotar as opiniões do Apelado, 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, como decidido no r. decisum ora hostilizado.

80. Da mesma forma, a insurgência da Apelante contra afirmações ofensivas à sua honra não constitui censura ou intimação. Seria cômodo para o Apelado falar o que bem entendia e buscar abrigo no argumento de que estaria sendo "censurado". A Apelante tão-somente se remete às vias adequadas para a tutela do bem jurídico (honra) que restou lesado pela conduta do Apelado.

81. Ademais, a Apelante não pretende prevaleça 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 Apelado

⁵ Cf. José Crestella Júnior, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 207.

⁶ Cf. Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1998, pp. 63/64.

extrapolou os limites da crítica científica e saudável, invadindo ilícitamente a esfera moral da Apelante, devendo, por isso, ser condenado ao devido ressarcimento e às demais medidas cominatórias tendentes à preservação dos direitos invocados pela Apelante.

82. Por isso, vem a calhar a doutrina de ROBERT ALEXY a respeito do sopesamento dos direitos fundamentais. As ofensas contidas na obra do Apelado encontraram barreiras nos degraus lógicos e imprescindíveis para a ponderação entre os princípios constitucionais ora em conflito.

83. Ora, é certo que a regra da proporcionalidade comporta três dimensões teóricas: (i) a análise de adequação da medida restritiva de direitos alheios ("aptidão para fomentar os objetivos visados"⁷); (ii) a análise de 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"⁸); (iii) e a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito ("sopesamento entre a intensidade da 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"⁹).

84. Nessa linha, fica claro que o exercício do direito fundamental do Apelado de expressar livremente seu pensamento esbarrou nos segundo e terceiro degraus da regra da proporcionalidade.

85. Isso porque, as afirmações contidas na obra subscrita pelo Apelado colidiram com direitos fundamentais da Apelante, embora fosse lícito ao Apelado promover o debate científico de outra maneira que não ofendesse a honra alheia.

⁷ Cf. Luis Virgílio Afonso da Silva. *O proporcional e o razoável*, Revista dos Tribunais n° 798, abril/2002, p. 37.

⁸ *Op. cit.*, p. 38.

⁹ *Op. cit.*, p. 40.

Ademais, a intensidade da ofensa mostrou-se de proporção tamanha que deslegitimou a realização do direito do Apelado.

86. 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"¹².

87. Por todas essas razões, ao contrário da r. sentença ora apelada, não se trata de restringir as liberdades de expressão e de pensamento do Apelado, sendo correto afirmar que o direito fundamental atingido foi a honra da Apelante.

II. C) DA EFETIVA OCORRÊNCIA DE DANOS MORAL.

88. Por outras razões, ainda, a r. sentença apelada merece reforma. No que tange à premissa de que os atos do Apelado "não constituíram ato-fato ilícito ou tampouco ofensa à honra ou a psique, donde a falta de pressuposto para a reparação civil pecuniária", tal constatação deve ser rechaçada uma vez que (a despeito da necessidade de se produzir oral em audiência) os documentos juntados pela Apelante, indicaram cabalmente a ocorrência dos danos, assim como demonstrado acima.

¹² Cf. Humberto Bergmann Ávila, *Conteúdo, limites e intensidade dos conceitos de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis*. Revista de Direito Administrativo nº 236, pp. 383/384.

89. Ora, o ordenamento adotou, com relação aos atos praticados em abuso de direito, **critérios estritamente objetivos** para a aferição da responsabilidade do causador do dano, desviando-se da corrente voluntarista que exigia demonstração de elemento subjetivo (culpa ou dolo).

90. Considerando que a conduta do Apelado extrapolou os limites do exercício regular dos direitos de expressão e de manifestação de pensamento, a Apelante foi vítima de abuso de direito por parte do Apelado. 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"¹¹ (grifamos).

91. Destacam-se, também, as lições de CARLOS ROBERTO GONÇALVES que, esborado nas idéias de AGUIAR DIAS, ALVINO LIMA e SILVIO RODRIGUES, preceitua: "Prevalece na Doutrina, hoje, o entendimento de que o **abuso de direito prescinde da idéia de culpa**"¹² (grifamos).

92. Ademais, em se tratando de abuso de direito que ensejou danos morais na esfera jurídica da Apelante, é de se reconhecer que, com base em entendimento de CARLOS ALBERTO BITTAR, a averiguação do fator "vontade" para a causa do dano é totalmente dispensável:

"(...) 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 indelévels na mente e no

¹¹ 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.

¹² Cf. Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 57.

575
C

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'*¹³ (grifamos).

93. Não bastasse, os elementos constantes dos autos indicam claramente a intenção do Apelado; tanto que, às fls. 403/404, o Apelado reconheceu que sua intenção seria verdadeiramente dirigir à Apelante os adjetivos "principiante", "tendenciosa" e "parcial".

94. E mais, mesmo considerando a orientação doutrinária e jurisprudencial de que o dano moral dispensa comprovação, a Apelante demonstrou a ocorrência de lesão à sua integridade moral derivada dos atos do Apelado. Mais poderia ter feito se dilação probatória lhe fosse facultada.

95. 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

¹³ Cf. Carlos Alberto Bittar. *Reparação civil por danos morais*, pp. 202/204.

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 'baboscira pura'. **Dano moral configurado**" (TJRS, Apelação Cível nº 70009840066, 9ª Câmara Cível, J. 29/12/2005).

516
C

"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 70001502633, 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 598514710, 7ª Câmara Cível, J. 02/09/1998) (grifamos).

II. D) DA PROPORCIONAL QUANTIFICAÇÃO DO DANO.

96. Ainda, caso ao invés de se anular a r. sentença, seja ela reformada para se julgar procedente a demanda, a quantificação do dano moral deverá obedecer a critérios que levam em conta, especialmente: "as condições pessoais de quem sofre

indenizado, os padecimentos causados, as circunstâncias traumáticas da conduta do ofensor e as seqüelas que afetam a vítima e, finalmente (...) a idade da vítima¹⁴ (grifamos). -517
C

97. Não obstante dispense comprovação, o dano suportado pela Apelante, como visto, restou demonstrado e seria ratificado pelas provas orais requeridas. Então, o montante indenizatório pleiteado pela Apelante considerou: a idade da Apelante (75 anos); os sérios aborrecimentos que os atos do Apelado lhe causaram, fazendo-a perder a tranquilidade, o sossego e o sono que lhe são merecidos; e a repercussão de âmbito nacional e internacional dos atos cometidos pelo Apelado.

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

99. 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 função compensatória 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, dissuasório ou pedagógico no princípio geral do *neminem laedere*"¹⁵ (grifamos).

100. Reduzir o montante apontado na inicial poderia esvaziar o sentido da condenação de cunho indenizatório por danos morais. Ademais, repetindo o que foi dito acima, segundo as lições YESSIR SAID CHAM: "o fundamento da responsabilidade civil assenta no

¹⁴ Cf. Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil – responsabilidade civil*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2005.

¹⁵ Cf. Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil – responsabilidade civil*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2005.

caráter afliitivo ou sancionatório da condenação, ao AGREDIR OU DESFALCAR, COMO PENALIDADE, o patrimônio econômico do ofensor⁶ (grifamos). 513
91

101. 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 Apelante, a título de indenização por danos morais, comportaria acolhimento pela r. sentença.

102. Por isso, o r. decisum apelado deverá ser reformado - caso não se entenda pela sua anulação -, para que seja acolhido o pedido de indenização formulado pela Apelante, no importe de R\$ 250.000,00, bem como seja determinado ao Réu que se abstenha de autorizar nova edição da obra em comento (no caso de não serem feitas alterações que eventualmente extirpem as ofensas nela contidas) e para que se retrate publicamente.

III. EM CARÁTER SUBSIDIÁRIO: DA VERBA HONORÁRIA FIXADA PELA R. SENTENÇA.

103. Embora convicta de que o apelo será conhecido e provido para os fins acima expostos, mas em atenção ao princípio da eventualidade, cumpre anotar o equívoco da r. sentença recorrida na fixação dos honorários advocatícios devidos pela Apelante aos patronos do Apelado, no montante de 20% do valor da causa, "diante da eloquência dos trabalhos profissionais desenvolvidos" (fls. 486).

104. Ora, como à causa foi conferido o valor de R\$250.000,00, tal porcentagem (20%) fixada em sentença corresponde a aproximadamente R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) que, *data venia*, se afigura desproporcional diante dos

⁶ Cf. Yussef Said Cahali, *Dano moral*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 265.

critérios legais que se aplicam ao caso e que, diga-se, não foram observados pelo MM. Juízo a quo. Não sendo aplicável o disposto no parágrafo 3º do art. 20 do CPC, o arbitramento, na forma do parágrafo 4º desse dispositivo legal, há que ser equitativo e, dessa forma, o valor acima não é razoável nem proporcional.

105. Ora, conforme entendimento do E. STJ, "Nas causas em que não haja condenação, os honorários advocatícios **devem ser fixados de forma equitativa pelo juiz, nos termos do § 4º do art. 20, CPC**"¹¹. No mesmo sentido: RE 505/82, RSTC 145/205 e 145/216.

106. Sob esse ângulo, dada venia, ao fixar os honorários em valor correspondente a 20% sobre o valor da causa, a r. sentença nega vigência ao art. 20, § 4º, do CPC, sendo certo que, conforme reconhecido pela jurisprudência do E. STJ, **o arbitramento dos honorários não deve necessariamente atrelar-se ao valor da causa**, devendo-se considerar o conteúdo econômico do valor dos honorários propriamente dito:

"O conceito de verba infima **não está necessariamente atrelado ao montante da causa**, havendo que se considerar a expressão econômica da soma arbitrada, individualmente, ainda que represente pequeno percentual se comparado ao da causa" (STJ, 2ª Seção, REsp 450.163/MT, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEGES DIAS, J. 09/04/2003, DJ 23.08.2004 p. 117) (grifamos).

107. Vale destacar também as preciosas lições de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BRAGA sobre o assunto:

"A existência de limites máximo e mínimo poderia **perar situações injustas**, pois há **demandas de valor excessivamente alto** ou muito

¹¹ STJ, 4ª T. Resp 226.030-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 7.10.99, detam provimento parcial ao recurso, ver. DJU 16.11.99, p. 216 (Cf. Theotonio Negrão, *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, 38ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 149, nota 32 ao art. 20).

baixo. Para a última hipótese, existe solução expressa: não está o juiz preso aos parâmetros legais, podendo valer-se da equidade (§ 4º). Nada há, todavia, para as **causas de valor altíssimo**, em relação às quais **o percentual de 10% proporcionaria ao advogado ganho muito acima do razoável**. Se honorários muito abaixo dos padrões normais não são compatíveis com a dignidade da função, **também valores exagerados acabam proporcionando verdadeiro enriquecimento sem causa**.

Nessa medida, parece razoável **possibilitar ao juiz a utilização da equidade toda vez que os percentuais previstos pelo legislador determinarem honorários insignificantes ou muito elevados**¹⁶.

108. Deste modo, além de ter a r. sentença adotado critério equivocado, para o caso dos autos, empregou o limite máximo para o arbitramento de honorários, fugindo por completo das regras de equidade e de razoabilidade que devem nortear a fixação da verba sucumbencial.

109. Neste mister, caberia ao MM. Julgador monocrático considerar "a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço" (§4º do art. 20 do CPC), o que não ocorreu in casu. Com efeito, com a devida vênia ao trabalho realizado pelos Doutos Patronos do Apelado, a quantia arbitrada a título de honorários mostra-se excessiva se **analisadas as circunstâncias do caso sub judice**, quais sejam:

- (i) a causa não apresentou elevado grau de complexidade;
- (ii) não ensejou incidentes que onerasses a atuação dos Ilustres Patronos do Apelado, tanto que **sequer foi realizada qualquer audiência (seja de conciliação, seja de instrução) pois o feito foi julgado antecipadamente**; e

¹⁶ Cf. José Roberto dos Santos Bedaque. *Código de processo civil interpretado* (coord. Antônio Carlos Marcato), São Paulo, Atlas, 2004, p. 107.

(iii) não demandou diligências complexas, não apresentando, por isso, maiores dificuldades para a prestação dos serviços.

110. Assim, sopesadas todas as circunstâncias do processo, de acordo com as alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 do CPC, aplicado por referência expressa que lhes faz o § 4º do mesmo artigo, de rigor, em caráter subsidiário e eventual, a redução da verba honorária arbitrada pelo MM. Juízo a quo, fixando-se os honorários, no máximo, em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sob pena, inclusive, de se negar vigência a esses dispositivos legais.

IV. CONCLUSÃO.

111. Ante o exposto, requer-se seja o presente recurso conhecido e provido para anular a r. sentença, converter-se o julgamento em diligência ou, eventual e diretamente, desde logo julgar procedente a demanda.

112. Em caráter subsidiário e sucessivo, deverá ser dado provimento à apelação para se reduzir a verba honorária fixada em sentença, para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É o que se espera como medida de Justiça.

Termos em que,

P. Deferimento.

São Paulo, 5 de novembro de 2008.


Flávio Luiz Varshell

OAB/SP 88.198