

Inspirações Do Common Law na responsabilidade civil brasileira: a aplicabilidade dos danos punitivos no ordenamento jurídico civil brasileiro

Common Law Inspirations In brazilian civil liability: the applicability of punitive damages in the brazilian civil legal system

Thiago Elias dos Santos Prado



RESUMO

Os danos punitivos são instituto presente no direito anglo-saxão que impõe ao ofensor de um direito, na esfera civil, uma pena, além de sua reparação. Em contraposição ao pensamento dominante na responsabilidade civil pátria, este estudo se volta a analisar, pelo método dialético, a possibilidade de inserção do instituto dos danos punitivos no ordenamento civil brasileiro, para uma realização mais efetiva dos escopos punitivo e repressivo da responsabilidade civil, hoje entendida apenas como uma decorrência da reparação.

Palavras-chave: responsabilidade civil. danos punitivos. pena civil. prevenção. reparação.

ABSTRACT

Punitive damages are an institute present in Anglo-Saxon law that imposes on the offender of a right, in the civil sphere, a penalty, besides its reparation. Contrary to the prevailing thought in the homeland civil liability, this study intends to analyze, through the dialectical method, the possibility of insertion of the punitive damages institute in the Brazilian civil law, for a more effective accomplishment of the punitive and repressive scopes of the civil liability, understood today only as a result of the repair.

Keywords: liability. punitive damages. civil penalty. prevention. repair.

INTRODUÇÃO

O dano importa a noção de prejuízo, uma perda a alguém¹, mas por vezes pode não se resumir a uma reparação do estado de coisas anterior, vindo a ser necessário que uma conduta precise ser mitigada no meio social, não constituindo um ilícito penal, mas uma conduta viciada em suas intenções que objetivam lesar outrem ou extrair-lhe vantagem que não deveria auferir. Nessas circunstâncias se insere a necessidade do tema ora perquirido, para verificar se é possível a aplicação de instituto consolidado nos países filiados ao Common Law denominado punitive damages, também Indenização Punitiva ou Dano Punitivo, do qual pode se verificar uma possibilidade de solucionar as incompletudes da mera reparação.

Assim, propõe-se responder à seguinte indagação: cabe aplicar o instituto dos punitive damages no ordenamento jurídico civil brasileiro? E nessa perspectiva, pretende-se analisar a aplicabilidade do punitive damages ao Direito Civil brasileiro, para tanto determinando a separação entre a dimensão punitiva do dano no seu exclusivo cunho indenizatório e o Dano Punitivo, quando inserido além da reparação do dano, descrevendo o funcionamento do Instituto quando inserido no sistema Common Law, onde surgiu e tratando especificamente das discussões que o instituto suscita quanto a sua inserção na ordem jurídica brasileira. Será utilizado o método dialético.

Tem-se na doutrina brasileira uma noção de responsabilidade civil atrelada à reparação consideravelmente arraigada, em que o ofensor de um direito deve reparar o dano cometido, para o restabelecimento do status quo ante, o “estado de coisas anterior”. Isto porque a doutrina

¹ “A palavra ‘dano’, que decorre do latim ‘damnum’, tem muitas acepções, significando, em suma, a presença de um prejuízo real, um mal, um detrimento, uma perda a alguém.” TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil: Volume Único*. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 372.

tem se pautado nos últimos tempos sobretudo no trabalho desenvolvido por José de Aguiar Dias, desembargador do antigo Estado da Guanabara e ministro do Tribunal Federal de Recursos, hoje Superior Tribunal de Justiça.

Em sua obra “Da Responsabilidade Civil”, cuja primeira edição data de 1944, o jurista discorre sobre temas da responsabilidade civil e encontrou grande aceitação entre os pesquisadores da área. No título VII, denominado “O Dano e sua Liquidação”, o autor discorre sobre temas relacionados à noção de dano, e em dado momento inicia a explanar que a noção de pena privada estava sendo vista com muita hostilidade na “doutrina contemporânea”² e cita como exemplo de pensador oposto à tendência geral uma monografia de Boris Starck, para quem, segundo Aguiar Dias, “Cada vez mais as questões de reparação e garantia independem das noções de prevenção ou repressão.”³

Aguiar Dias conclui, da análise que faz, que a legitimação da pena privada defendida por Starck decorre do encargo que a indenização acarreta para o patrimônio do ofensor⁴, e conclui que a prevenção e a reparação do ilícito conclui da reparação em si, sendo “corretivo moral enérgico”⁵ mesmo a quem possuir um grande patrimônio.

Esse pensamento penetrou com certa força na ordem jurídica brasileira, sendo a própria lei omissa sobre a possibilidade de uma punição ser imposta quem comete um ato ilícito dentro do direito civil. A ideia de que a história da pena privada “é a história do seu progressivo desaparecimento”⁶ inspira a doutrina desde o trabalho de Aguiar Dias, além de uma sucessão de receios por parte da jurisprudência em estabelecer punição dentro do direito civil, pela ideia de promover o enriquecimento sem causa e outras questões.

No entanto, estes são tempos de excessiva acumulação de riquezas e novas perspectivas em que se faz necessária a atuação da responsabilidade civil de um modo muito mais presente. A reparação dos danos causados pode não ser possível ou não ser efetiva, podendo até mesmo passar a fazer parte das estimativas de perdas na contabilidade de algum violador contumaz de determinado direito. Para Farias, Rosenvald e Braga Netto⁷, a pena civil é “sanção punitiva de finalidade preventiva de ilícitos sociais.” Para estes autores, é um fator que atribui efetividade ao direito civil, “sobremaneira na tutela de direitos de personalidade e conflitos me-taindividuais.”⁸

É nessa perspectiva que se pensa os danos punitivos. Se uma responsabilidade civil que não seja focada em reparar o dano esperando a inibição do ato ilícito, mas que efetivamente leve uma punição do ilícito ao ofensor é uma exigência, os punitive damages cumprem esse papel, impondo uma pena ao ofensor, eventualmente aliada à necessidade de restituição do status quo ante, se o caso permitir. E ao punir, os punitive damages levam à também inibir que ilícitos da mesma ordem sejam repetidos, tanto pelo ofensor como por outros que também estivessem sopesando as possibilidades de perda e lucro com o cometimento do ato. O instituto se adequa às necessidades de atualização da responsabilidade civil brasileira dos novos tempos, e interessa perquirir, ainda que de um modo não exaustivo, sobre as possibilidades de que o instituto ingres-

2 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 816.

3 _____. *op. cit. ibid.*

4 _____. *op. cit. p. 818.*

5 _____. *op. cit. p. 819.*

6 _____. *op. cit. ibid.*

7 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 381.

8 _____. *op. cit. ibid.*

se na ordem jurídica civil brasileira.

DANO

Antes de se falar diretamente sobre o dano, cumpre tecer alguns breves comentários acerca da responsabilidade civil como um todo, sendo o dano elemento que a compõe.

Há de se verificar que para a caracterização da responsabilidade se faz necessária a união de 3 elementos; a ação ou omissão voluntária, a relação de causalidade ou nexo causal, o dano e a culpa⁹. Pela união desses critérios, com o agente cuja ação eivada de culpa o torna responsável pelo dano, nasce a obrigação de tornar indene, de indenizar. Em crítica a Ricoeur, Rosenvald¹⁰ cita a afirmação de que a responsabilidade surge como uma obrigação de reparar danos que “são infringidos por nossa culpa e em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pena obrigação de suportar o castigo”¹¹ que o conceito porta uma ideia estrita de obrigação, sendo que uma tal definição pode abranger empregos diversos, para os quais o referencial da mera obrigação desapareceu¹².

Da conduta humana, pode-se dizer que é “causada por uma ação – conduta positiva -, ou omissão – conduta negativa -, seja ela voluntária, ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente.”¹³ Como se pode observar, a conduta que vem a ser tornar o dano pode derivar de uma ação ou da omissão. A ação é a regra dentro do sistema de responsabilidade civil, que conduz ao ato ilícito, ou seja, o ato do qual direta ou indiretamente expressa vontade e produz efeitos jurídicos contrários à ordem jurídica¹⁴. A omissão implica uma perspectiva de que se determinado ato fosse realizado, o dano não ocorreria.

Conforme Tartuce¹⁵ noção de culpa comporta dois sentidos: o amplo (*lato sensu*) e o estrito (*strictu sensu*). Pelo primeiro, se entende que a culpa engloba o dolo, em ação ou omissão dotada de vontade de lesar outrem. Pela segunda, se entende como o desrespeito a dever preexistente ou violação de direito subjetivo alheio, em desconsideração ao padrão de conduta. No entanto, essa distinção não possui maior importância em sede de responsabilização, importando que se saiba ter havido ou não culpa civil do agente na ação. Divide-se em 3 graus¹⁶: grave, leve e levíssima. Pela primeira, é a que ocorre de forma grosseira, que inclui a culpa consciente, em que o agente assume o risco da ocorrência do dano. A segunda compreende a inobservância do dever de conduta que se pode esperar do homem médio. A terceira depende da inobservância de conduta esperada de um perito ou pessoa muito atenta.

O nexo causal é o elemento que conecta a atitude do agente ao dano. É elemento indispensável e cuja importância é flagrante, pois sua comprovação é o fator que determina o dever de indenizar ou não.

Quanto ao dano, faz mister delimitar sua noção. Tendo em conta a noção consolidada

9 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 451.

10 ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 29.

11 RICOEUR, Paul apud _____. *op. cit. ibid.*

12 _____. *op. cit. p. 30.*

13 TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 229.

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 476.

15 TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 239

16 VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit. p. 481.*

em nossa doutrina, o dano encerra uma noção de prejuízo suportado pelo agente, conectado pelo nexo de causalidade ao ato ilícito cometido por outrem. Conforme Lemos¹⁷ “Dano é oriundo de relações. Estas podendo ser inicialmente humanas, ou de relações humanas, num aspecto maior da palavra. É causar prejuízo a outrem, é causar dor, abalo, retirar a pessoa ou o objeto do status quo anterior”. No entanto, nesse ponto é possível observar que falar-se em “prejuízo” se aparenta como expressão muito ligada à noção de oneração de patrimônio, e hoje a responsabilidade civil perpassa várias dimensões do ser que a mera restauração do status quo ante das coisas que lhe pertencem. Nessas circunstâncias, mais correto se faz mencionar o dano como citado por Venosa¹⁸, sendo uma lesão a um interesse, como quando nas situações que envolvem dano moral, onde existe mais um interesse a velar do que um patrimônio a restaurar.

De regra, a responsabilidade civil necessita da ocorrência de um dano para que se caracterize, devendo ser atual e certo, e por definição jurisprudencial¹⁹ a denominação deve abranger a vários interesses, a serem reclamados pelos legitimados.

Observa-se muitas vezes na doutrina pátria falar-se na noção de dano implicada estritamente na perspectiva da redução patrimonial e restabelecimento da situação anterior à ocorrência do dano. Raras são as vezes em que se dá pelos menos indicação de implicações relacionadas ao dano na esfera extracontratual. Mas a indenização pelo dano pode ter uma dimensão de simples reparação e outra de punição pelo ilícito civil culpável cometido pelo agente.

Nessa perspectiva, Farias, Rosenvald e Braga Netto²⁰ considera o atual “estado de coisas” como “neutro e asséptico”, em franca desconsideração ao desvalor dos comportamentos e alimentando conflitos coletivos, e precisa ser pensado de modo a não somente conter danos, mas comportamentos antijurídicos. Rosenvald²¹ afirma ser um “ativo papel do ordenamento jurídico” induzir comportamentos que primem por evitar condutas danosas, sendo a prevenção mais que uma característica da responsabilidade civil, mas um princípio.

Das construções jurídicas advindas do Common Law se tem a figura dos Danos Compensatórios e Danos Punitivos, respectivamente, Compensatory Damages e Punitive Damages.

Compensatory e Punitive Damages

É verificável na doutrina pátria e por consolidação legal que a perspectiva da indenização conduz, diretamente, à noção de reparar ou compensar o dano. Aliás, perspectiva dada e

17 LEMOS, Vinícius Silva. *Dano Punitivo: a necessidade da separação do dano punitivo e da punibilidade do dano moral*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro. v. 2, n. 26. jan./dez. 2014. p. 180.

18 VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit.* p. 493.

19 Pelo enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil, “a expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só danos individuais, materiais ou imateriais, mas também danos sociais difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para proporem ações coletivas.”

20 “Esse estado de coisas denota que o paradigma reparatório é axiologicamente neutro e asséptico. Desconsidera o desvalor dos comportamentos e contrários ao direito, alimenta a impunidade e a proliferação de conflitos coletivos, encorajando diversos atores a compartilhar as nefastas práticas desestabilizadoras do já esgarçado tecido social. Portanto, urge perceber que o direito civil não deve se limitar a conter danos, mas também (e principalmente) a conter comportamentos antijurídicos, inibindo ilícitos e dissuadindo o potencial ofensor a respeitar o *neminem laedere*.” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 375.

21 “Na sociedade dos riscos, um ativo papel do ordenamento jurídico consiste em induzir, de forma generalizada, comportamentos virtuosos, orientando potenciais ofensores a tomar medidas de segurança a evitar condutas danosas. (...) A tutela inibitória se propaga no direito civil com uma série de instrumentos que se permitem prevenir o ilícito antes mesmo que se produza, sinalizando o compromisso do direito com o desestímulo a comportamentos antijurídicos e, fundamentalmente, com a transformação social suscitada pela Constituição Federal.” ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 97-98.

garantida pela doutrina, que no trabalho de Aguiar Dias²² encontra seu principal delineamento, para quem a reparação do dano por si já resumia a também uma sanção ao agente que cometeu o ato ilícito.

Entretanto, é possível vislumbrar horizontes mais amplos para as consequências decorrentes de um ato ilícito, se não dizer-se que são necessários, visto que estipular uma reparação em sede de danos extrapatrimoniais pode ser dificultosa ou mesmo impossível, como se afirma em Higa²³: “a responsabilidade civil nunca retorna ninguém ao estado anterior quando se trata de lesão extrapatrimonial.” Compensar, reparar, portanto, são perspectivas que estão chegando a uma situação que não são exatamente de obsolescência, mas de insuficiência frente aos novos problemas com que a responsabilidade civil está se vendo ao se deparar com situações de dano cujo impacto não é determinável em quantia, ou que o prejuízo naquele caso concreto também é um prejuízo de toda a coletividade, e precisa de uma sanção que o direito penal não pode dar, e a mera reparação do caso concreto pouco ou nada representa para aquele agente, lhe permitindo continuar com aquela conduta e, de certa forma, estimulando que outros agentes também realizem o mesmo ilícito. Em contraposição a Aguiar Dias, Rosenvald²⁴ assevera que não há ressarcimento possível que possa recompor totalmente a perda causada pelo ilícito, por conta da série de eventos que o mesmo desencadeou que extrapolam a mera compensação, além de não ser capaz de operar de modo a compensar a ordem jurídica violada.

Convém, portanto, extrair do direito anglo-saxônico uma divisão entre simples reparação ao status quo ante e sanção ao agente pelo cometimento do ato ilícito.

Do primeiro, se diz Compensatory Damages, que implica a noção de compensar, restituir à condição anterior o dano causado, em sua exata dimensão, podendo ser gerais (general) ao envolver perdas, conforme Kionka²⁵, “não diretamente estipuláveis em dólares”, e especiais (Special) quando o prejuízo for pecuniariamente aferível.

Do segundo, se diz Punitive Damages, foco deste estudo, em que do ato ilícito se faz necessário mais que a simples reparação, necessitando de uma atitude sancionatória que puna o agente e o desestimule de realizar novamente aquela ação. Conforme Kionka²⁶ “(...) when D’s misconduct is sufficiently serious, to punish D and deter D and others from similar conduct in the future.” Apesar das referências históricas à punição civil, o instituto dotado dos contornos havidos na era moderna remontam a 1763, em sede dos casos Wilkes v. Woods e Huckle v. Money, em que pessoas foram mantidas em cárcere pela Reino Inglês sem justificativa, o que deu início aos

22 “Para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e a repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano.” DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 819.

23 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 244.

24 “Ocorre que nenhum ressarcimento, por mais que se assuma compensativo, pode eliminar a perda produzida pelo ilícito. A responsabilidade não é capaz de em um passe de mágica a retornar um passado ideal e repor o lesado à situação anterior ao ilícito. A série de eventos desencadeada pelo ilícito é irreversível, e o ressarcimento, quando muito, realizará uma alocação subjetiva de uma parte da riqueza monetária que transitará do ofensor ao ofendido. Nesse sentido, o ressarcimento opera uma parcial compensação de caráter intersubjetivo. (...) Pode-se dizer que a tutela ressarcitória intervém para reparar consequências e efeitos de comportamentos ilícitos, mas não se afirma como instrumento de recomposição da ordem jurídica violada. O pagamento de uma quantia à vítima poderá reconstituir um valor material, mas não preordena a tutelar o fundamento ético do ordenamento jurídico.” ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 104.

25 No original, em inglês: “(...) not directly measured in dollars.” KIONKA, Edward J. *Torts*. 4. ed. Saint Paul: Thompson/West, 2006. p. 326.

26 Tradução livre: “(...) quando a má conduta de ‘D’ é suficientemente séria para punir ‘D’ e impedir ‘D’ e outros de conduta similar no futuro.” KIONKA, Edward J. *op. cit.* p. 330.

trabalhos de discussão sobre uma punição em sede de responsabilização civil. Um capítulo será dedicado à exploração dos pressupostos dos punitive damages mais adiante.

Interessa, ao momento, colocar uma discussão introdutória do instituto, e fazer algumas necessárias delimitações que permitirão não confundi-lo com uma decorrência do ato de reparar ou retirar-lhe a condição de instituto autônomo.

O INSTITUTO DOS DANOS PUNITIVOS

O instituto dos danos punitivos é polêmico e passou um bom tempo oculto pela cisão operada entre o direito civil e penal. O entendimento que se desenhava era que as funções punitivas haviam passado para o campo do direito penal, enquanto o ato lesava norma de ordem pública, e com isso o campo civil ficava adstrito à reparação dos danos, como resposta social ao vilipêndio de um interesse privado²⁷. Essa perspectiva é dominante no civil law e não é algo tão surpreendente, posto ser tendência conhecida do direito de influência romanística compartimentalizar mais rigidamente os ramos do Direito, e com a responsabilidade civil não ocorreria de modo diverso.

Em verdade, no civil law essa noção de um direito civil que também pune costuma ser tratado como pena civil, assunto que precisa de melhor apreciação. Não se fala de reviver a aplicação de penas civis, o que se verifica como a aberração que os opositores dos punitive damages os consideram, mas sim de uma nova abordagem da responsabilidade civil que estabelece um quantum ao ofensor que tem o condão pedagógico de evitar que a mesma conduta se repita. Do que se extrai de Caroline Vaz²⁸, direito penal e civil já são ramos bem demarcados há muito tempo, e a sua finalidade, no âmbito da responsabilidade civil, não deixa de ser a de compensação e reparação, mas com o acréscimo da finalidade de punição. A responsabilidade penal e a civil possuem fins ontológicos e jurídicos próximos, porém diversos.

Aqui cabe citar um exemplo muito conhecido. No caso *Liebeck vs. McDonald's* se pode observar que a conduta verificada na situação que causou as graves queimaduras na Sra. Stella Liebeck era recorrente da parte do ofensor, com setecentas queixas anteriores sobre o mesmo problema envolvendo queimaduras²⁹ e quinhentos mil dólares em acordos extrajudiciais com outras vítimas. A empresa que causou o dano parecia habituada a fazer estes acordos com as vítimas, mas não tomava qualquer medida para que as queimaduras cessassem. Para um grande grupo econômico como era e ainda o é, as reparações nada significavam e eventualmente, saíam mais barato do que mudar a embalagem de seu produto. O grande ponto de inflexão para a McDonald's foi a obrigatoriedade de pagar 2,7 milhões de dólares por permitir que ocorresse o dano. Em que pese atacarem o caso como “demanda frívola” ou o que o valha, os punitive damages forçaram a mudança por parte da McDonald's no sentido de evitar o dano, e isso certamente refletiu no modo como outras empresas do mesmo ramo também fossem avisadas de cuidar melhor das embalagens de seus produtos. Em nenhum momento a empresa recebeu

*27 “(...) com a evolução do estudo sobre o ato ilícito, passou-se gradativamente a considerar crime quando o ato ilícito praticado infringe uma norma de direito público e tal comportamento perturba a ordem social. A reação da sociedade é representada pela pena. No ilícito civil, o interesse lesado é o privado. Pode não ter sido atingida norma de ordem pública. Todavia, como a conduta do agente causou dano a alguma pessoa, o causador deverá repará-lo.” VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 37.*

*28 VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 83-84.*

*29 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 30-31.*

“pena”, mas foi sancionada em uma atitude que recorrentemente causava dano e até, de certa forma, normalizava a negligência com a integridade física do consumidor final desses produtos.

Sanções civis não são algo que destoe tanto dos ordenamentos jurídicos. Quando da litigância de má-fé, que no art. 81 do Código de Processo Civil brasileiro impõe multa aos que procederem dos modos listados no art. 80 do mesmo diploma, temos uma sanção que não vem a ser lei penal, o mesmo também ocorre com os atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 77, § 2º do Código de Processo Civil). Nesse mesmo espírito, convém pontuar que por definição, uma sentença condenatória “é aquela que tem por conteúdo a imposição do cumprimento de uma obrigação já violada, ou cuja violação se ameaça”³⁰. Assim, a sanção se destina ao necessário fim de confirmar comandos jurídicos³¹.

Assim colocado, cabe retomar mais detidamente a conceituação do instituto. Por uma simples análise das palavras que compõe seu nome e conforme Serpa³², se tem a noção de “punitive”, do inglês “punitivo”, aquilo que implica uma punição, e “damage”, que por simples tradução se refere à “dano”, mas no common law encerra uma definição jurídica específica, sendo toda consequência pecuniária decorrente de um ato ilícito, que se denomina tort.³³ Desse modo, já se desenha uma definição que aponta para uma punição pelo cometimento de um ato ilícito. Em uma primeira análise, dizer-se dessa forma parece ensejar a constatação de mero truísmo, mas pelo common law essa definição está amparada numa partição de muitas consequências pecuniárias (damages) que aquele sistema possui, como o compensatory citado acima, consequencial e outras possibilidades. Mas os punitive têm a função precípua de punir, não desejando compensar aquele que foi lesado pelo ilícito, mas quase que ocupando completamente os objetivos do direito da responsabilidade civil no common law (Tort Law) de justiça e promoção de políticas desejáveis (Justice and Promotion of Desired Policies) e dissuasão (Deterrence)³⁴.

Dessa forma, é possível indicar que “visa[m] punir o agente ofensor de determinado direito, aplicando-lhe uma indenização superior ao valor do dano (patrimonial ou extrapatrimonial), como forma de evitar que a ação danosa seja repetida pelo agente ou por qualquer outro indivíduo.”³⁵

Com essas bases, é possível concluir que os punitive damages são um valor, arbitrado ou não em sede de uma reparação, mas diferente dela, que significa uma sanção para aquele que cometeu o ilícito. Diferente da reparação, pois com ela não se confunde e muito menos dela se extrai sua referência, afinal na reparação se compensa o dano, e na dissuasão se impõe uma sanção para punir o agente e, pelo exemplo, evitar a ocorrência do mesmo fato pelo agente ou qualquer outro.

Cabe também realizar uma consideração sobre as funções dos punitive damages em si. Conforme identificados na dissertação de Pedro Ricardo e Serpa³⁶ são elas a de justiça pública

30 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1091.

31 FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito Civil Punitivo: do dano moral à causa geral de multa civil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 26.

32 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. *Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 24.*

33 “Para tanto, há que se frisar que, nos países do common law, a expressão damages serve para designar as consequências pecuniárias decorrentes do cometimento de um ato ilícito (tort), expressão esta que, poderíamos traduzir com as ressalvas já expostas, para nossa ‘indenização’”. SERPA, Pedro Ricardo e. *op. cit.* p. 24.

34 KIONKA, Edward J. *Torts*. 4. ed. Saint Paul: Thompson West, 2006. p. 131.

35 GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. *Punitive Damages no Direito Brasileiro*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 964, fev./2016. p. 2.

36 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. *Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 38 et. seq.*

(public justice), a função preventiva (deterrence), a função punitiva, a vingativa, a educativa e a compensatória.

Do primeiro, a justiça pública, se pode notar que a função indica o escopo do instituto de servir como forma de punir um ofensor onde o Direito Penal ou o Direito Administrativo não incidem. Contribui com a imposição do respeito à lei perante a população. É neste aspecto que o instituto se insere para punir ilícitos de cunho civil, pois nessa função conecta-se como consequência de caráter punitivo de um tort, sem constituir-se como um crime pois atua onde o Direito Penal não está presente. Nele, o direito violado deve ser restabelecido, sem contudo o Estado fazer parte desta iniciativa, devendo a parte lesada buscar este restabelecimento perante o Poder Judiciário. Conforme Kionka³⁷ "(...) conduct must have an element of outrage, similar to that which is a crime." Assim, a conduta que justifique sua aplicação precisa de elementos de um crime, mas se configura um ilícito civil (tort).

Da função preventiva, visa desestimular que o mesmo ato ilícito seja cometido novamente. Como pontuado anteriormente, essa função é a que tem a capacidade de dar quase toda a função preventiva do próprio tort law, de vez que a simples compensação pode não ter força para evitar o cometimento do ato no futuro, nem pelo mesmo agente, se este já está considerando economicamente a compensação quando empreendeu o ato³⁸.

Da função punitiva strictu sensu, pois objetiva punir o ofensor pelo ilícito. Ocorrerá a aplicação, no entanto, observada a reprovabilidade do ilícito, em intencionalidade ou desrespeito ao direito alheio³⁹, assim sendo necessário, pois o impacto da conduta pode não se refletir apenas no interesse do ofendido, mas lesar toda a sociedade, o que demanda uma sanção exemplar. Os punitive damages atuam exclusivamente na dimensão em que se afirma a reprovabilidade do ilícito, enquanto os compensatory damages atuam na reparação dos prejuízos causados pelo ilícito.

A função educativa é praticamente uma decorrência das duas últimas, e se dá quando o instituto, ao punir, reforça a existência de um dever e que sua observância é imperativa a todos. Destarte, os punitive damages incidem de maneira autônoma, porém, adicionalmente à compensação e apenas em condutas de alto grau de reprovabilidade perante o ordenamento jurídico.

Pela função vingativa, o instituto tem o condão de abrandar algum sentimento de vingança por parte do ofendido, pois nesse aspecto ele permite que este possa também se valer do Poder Judiciário para recompor o prejuízo causado pelo ato no seu âmago, em sua dimensão psicológica.

Uma aparente contradição pode surgir quando se fala de uma função compensatória para os punitive damages, mas logo é esclarecida quando se observa uma situação onde ocorre algum outro dano não abarcado pelos compensatory damages, como no caso das despesas com a própria litigância, no direito americano.⁴⁰ O instituto, nessa função, assumirá dimensão com-

³⁷ Tradução livre: "A conduta necessita de um elemento de ultraje, similar a um crime." KIONKA, Edward J. *Torts*. 4. ed. Saint Paul: Thompson West, 2006. p. 330.

³⁸ "Em razão de a indenização compensatória também exercer essa função preventiva (ainda que de maneira indireta), afirma-se que a defesa dos punitive damages como meio apto de prevenir o cometimento de novos ilícitos deve partir da resposta adequada à seguinte pergunta: por que (e em quais casos) a prevenção exercida pela condenação ao pagamento de indenização compensatória é insuficiente para atingir às exigências sociais quanto à prevenção?" SERPA, Pedro Ricardo e. op. cit. p. 43.

³⁹ - SERPA, Pedro Ricardo e. op. cit. p. 45-46.

⁴⁰ "Isso se dá porque, ao contrário do que ocorre nos países de tradição romano-germânica, nos Estados Unidos da América não vige o princípio da causalidade, que prescreve que aquele que "deu causa" ao processo (...) deve responder pelos custos despendidos durante a tramitação processual, os quais abarcarão, necessariamente, as custas e despesas processuais, além de

pensatória para a parte ofendida ou então como uma condenação à sucumbência no processo.

Determinadas as funções, interessa fazer consideração quanto aos requisitos que determinam a possibilidade de aplicação dos punitive damages. São requisitos objetivos a ocorrência do ilícito e que este acarrete prejuízo, e até esse ponto não se difere muito da responsabilização com fulcro compensatório. Aliás, esse aparenta ser um fator que muito confunde a jurisprudência brasileira ao aplicar o instituto, e acaba por retirar sua autonomia ao fixá-lo em sentença.

Os punitive damages necessitam também levar em consideração requisitos subjetivos, sobre os quais passa-se a discorrer.

Da Imputação do Elemento Subjetivo

É necessário que se dê especial destaque ao elemento subjetivo, pois é um dos grandes fatores de diferenciação do instituto da mera reparação do dano.

O elemento subjetivo é a inclinação, o “estado de espírito” (state of mind) do ofensor em descumprir o que impõe a lei ou desconsideração grosseira do direito alheio. Assim sendo, é necessário que na transgressão esteja presente a vontade do autor em transgredir, por meio de dolo, coação, malícia, fraude e afins. É a forma utilizada, pelo menos, no direito americano para concluir pela aplicação do instituto⁴¹ e também encontra condições de implementação no direito inglês, que conforme trabalho de Lord Devlin, o instituto deverá se submeter à avaliação de enquadramento com: a ocorrência de atos opressivos, arbitrários ou inconstitucionais perpetrados por funcionários do governo; condutas em que o réu tenha calculado que o lucro obtido com o ilícito excederia eventuais indenizações com que ele tivesse que arcar; e casos expressamente previstos em lei.⁴²

Nenhum critério, no entanto, existe na jurisprudência brasileira que aponte para a consideração do elemento subjetivo na inserção de uma dimensão punitiva⁴³ considerando-se apenas o grau de culpa do ofensor, a condição econômica do responsável pela lesão e o enriquecimento obtido com o fato ilícito. Uma omissão que tem sido motivo para o desvirtuamento do instituto, pois essa ausência conduz a uma interpretação confusa entre estipular uma reparação e estipular uma pena, pois mesmo que a função de dissuadir possa estar presente em ambas, é necessário separar a condenação atribuída para dissuadir uma conduta em sede de uma compensação, considerando-se critérios objetivos de responsabilização, de uma punição, considerando-se a conduta do agente ao realizar o ilícito.⁴⁴

honorários advocatícios devidos ao patrono da parte vencedora.” SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização Punitiva. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 54.

41 SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira de Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis, v. 37, n. 74, dez. 2016. p. 306.

42 HIGA, Flávio da Costa. Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 61.

43 “Ao acolher a função punitiva da indenização por danos morais, a jurisprudência (em especial o STJ) costuma utilizar três critérios para se chegar a um valor indenizatório: (1) o grau de culpa do ofensor; (2) a condição econômica do responsável pela lesão; e (3) o enriquecimento obtido com o fato ilícito.” SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. op. cit. p. 306.

44 “É preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); outra coisa é adotar-se a doutrina dos punitive damages que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente – a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo. No primeiro caso, o universo é amplíssimo, abarcando os regimes de responsabilidade resultantes de quaisquer dos critérios de imputação (subjetiva ou objetiva, seja esta pelo risco, pela segurança, pela confiança,

Fator Pedagógico-Punitivo e os Compensatory Damages

Aspecto necessário para demonstrar uma necessária distinção entre os punitive damages e o fator pedagógico-punitivo, sobretudo em sede de dano moral que pode assumir mais evidentemente essa função. Em que pese seja complicado afastar esse fator dos punitive damages, sendo que a própria jurisprudência americana já aparenta inclinar-se a permitir que seja o valor da punição baseada no montante da compensação⁴⁵, interessa demarcar novamente a fronteira entre os institutos pelas suas funções precípuas. Os punitive damages se destinam a punir, como função principal, e ao punir, realizar as funções elencadas anteriormente de modo acessório. Noutras funções, a punição é meramente acessória, além de vinculada à compensação, sem autonomia sobre a fixação de valores⁴⁶.

A função pedagógica, portanto, estará presente no instituto, mas decorre da sua função principal que é punir e não se confunde com a função pedagógica que se atribui em sede de reparação.

COMMON LAW

Conforme sucintamente demonstrado em momento anterior, o instituto tem sua origem no direito anglo-saxônico, apesar de que ao longo da história, a noção de punição aliada à reparação do dano pode ser encontrada em registros remotos da civilização⁴⁷. “Common Law” consagra-se como a palavra que designa o direito comum a toda Inglaterra, em oposição aos direitos locais⁴⁸. Em todo caso, o espaço para o desenvolvimento do instituto sempre esteve mais sedimentado no Common Law, considerando-se o fato de que a separação entre o ilícito penal e o civil não ocorreu tão visivelmente no Direito Anglo-Saxônico, posto que o direito inglês, berço do instituto, não fazia sequer distinção entre um ilícito civil e um ilícito penal, e ainda hoje a distinção permanece pouco clara naquele ordenamento jurídico⁴⁹. Previa, no entanto, uma quantia em pecúnia como resposta a uma má conduta (denominado wrongdoing)⁵⁰, do que se extrai uma

etc.). No segundo caso, (punitive damages) só poderá abranger a responsabilidade derivada da imputação subjetiva, sob pena de incontornável contradição: se o que é avaliado (para fixar o montante da indenização) é a maior ou menor gravidade da conduta do autor do dano e o maior ou menor grau de reprovação ético-jurídica à conduta, como fazê-la incidir às hipóteses de imputação objetiva, para a qual o exame da conduta do agente é despiciendo (examinando-se tão-só a ilicitude, o dano, a imputabilidade e o nexo causal)?” MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. Revista CEJ, Brasília, v. 9 n. 28, jan./mar. de 2005. p. 23-24.

45 SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira de Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis, v. 37, n. 74, p. 308, dez. 2016.

46 “O dano punitivo de forma geral tem como seu principal motivo de existência a ideia de punir, de se atingir de forma exemplar o ofensor. O intuito primordial é punir. Na forma das funções compensatórias e pedagógico-preventivas, a punição é de forma acessória, nunca de forma principal na corrida por reparação.” LEMOS, Vinícius Silva. Dano Punitivo: a necessidade da separação do dano punitivo e da punibilidade do dano moral. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro. v. 2, n. 26, p. 187, jan./dez. 2014.

47 “Embora haja referências históricas às punições civis lato sensu que remontem a vetustos excertos do Código de Hamurábi, do Código Hitita, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas, atravessem o Cristianismo por meio de documentos históricos de autoridade religiosa, como a Bíblia Sagrada, e ressurgam na Baixa Idade Média nas leis promulgadas pelo rei Eduardo I, como o Statue of Westminster e o Statue of Gloucester, a elaboração dos punitive damages na Era Moderna, com contornos semelhantes aos atuais, surge apenas na Inglaterra da segunda metade do século XVIII.” HIGA, Flávio da Costa. Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 49-50.

48 “Este direito, em 1066, não existia. A Assembleia dos Homens Livres, chamada de County Court ou Hundred Court, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem nenhuma pretensão de ser racional.” DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 359.

49 “English Law in its earliest stages did not differentiate between tort and crime; indeed, such terms are unknown.” (Tradução livre: O direito inglês, em seus estágios iniciais, não diferenciava ilícito e crime; de fato, tais termos são desconhecidos.) KIONKA, Edward J. Torts. 4. ed. Saint Paul: Thompson West, 2006. p. 131.

50 SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização Punitiva. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011.

remota referência aos punitive damages já nessa época.

No Direito Romano, a responsabilização civil e penal estavam classificadas na mesma categoria de ilícito, sendo o crimina o ato lesivo ao interesse público e o delicta o que ofendia interesse particular, e que era sancionado com pena pecuniária ou com o ressarcimento⁵¹. Mesmo no direito romano, portanto, se observa que apesar de se distinguir ilícitos entre os que concerniam ao interesse público e ao privado, a responsabilidade era apenas uma, e classificada como delito mesmo que a conduta lesasse apenas interesse privado.

Hoje, o arbitramento é dado por um júri, excepcionalmente por juiz singular, quando se conclua que o réu causou intencionalmente o dano ou quando a conduta reflita desprezo consciente, negligente, arbitrário ou opressivo pelo direito do lesado⁵². De grande importância no direito anglo-saxônico, o júri no common law e, sua forma original, conforme writ instituído em 1166 pelo rei Henrique II (chamado novel disseisin), dividem-se em grand jury (grande júri, em tradução livre), composto de 23 jurados de cada condado (county) que denunciam crimes mais graves, sem consideração a provas, naquele momento. O segundo Júri, dito petty jury (pequeno júri, em tradução livre), que se ocupava das provas produzidas, sem contudo admitir outras, e não ouviam testemunhas. Entre os séculos XV e XVI, o petty jury passou a ouvir testemunhas e julgar apenas pelo que havia sido provado⁵³. Na Inglaterra, o grand jury, não mais existe desde 1933 por força do Administration of Justice Act e o petty jury foi mantido sobretudo em matéria criminal, e no processo civil ainda é previsto, mas de fato já não se recorre a ele. Nos Estados Unidos, o grand jury subsiste em tribunais federais em cerca de vinte estados, e o petty jury ainda possui força⁵⁴.

Há dois casos que, na era moderna, marcam o surgimento dos punitive damages: o caso *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money*. Antes dos posicionamentos insculpidos nas decisões dos dois casos, o antecessor primitivo direto do instituto eram os amercements, surgidos após a invasão normanda e que substituíam as quantias fixadas em reparação ao wrongdoing, mas que obedeciam um critério de proporcionalidade ao ilícito cometido⁵⁵.

Nos dois casos temos a gênese do instituto, que se desenvolve alternando entre momentos de descrédito e redescoberta até sua atual configuração.

Pressupostos no Direito Inglês

Conforme exposto anteriormente, os punitive damages possuem alguns antecedentes remotos que, embora não fossem assim denominados, guardavam certa semelhança com o instituto moderno. Mas o instituto tem seu início com dois casos ocorridos no ano de 1763. Pela narrativa de Higa⁵⁶, um clima de insatisfação política com os ministérios do rei George III da Inglaterra era visível e crescente. Quando da assinatura do tratado de paz com a França em 1763,

Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 28.

51 CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 406.

52 SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. *Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira de Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis, v. 37, n. 74, p. 299, dez. 2016.

53 GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 214.

54 GILISSEN, John. *op. cit.* p. 214-215.

55 SERPA, *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. *Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p.29.*

56 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 54 et seq.

no contexto da Guerra dos Sete Anos, a insatisfação tornou-se expressa sobretudo quanto a 2 ministros, Greenville e Bute. Na edição nº 45 de 23 de abril de 1763 do periódico *The North Briton*, os dois foram acusados de servirem a propósitos de nepotismo e corrupção, além da insinuação de que as tratativas de paz teriam sido realizadas de modo desonesto, com a participação do rei.

O rei retaliou as acusações determinando que fosse expedido mandado de prisão para os responsáveis, porém sem indicar pessoas ou locais em específico. 49 pessoas foram presas, inclusive o parlamentar e crítico da monarquia, John Wilkes. Este, por sua vez, moveu ação contra o subsecretário Wood, protagonista da situação.

Apreciando o caso, Lord Chief Justice Pratt argumentou que investir representante de estado em poder de invadir domicílios, arrombar objetos e confiscar documentos, por mandado genérico, subvertia a liberdade individual, e defendeu perante os jurados que os *damages* poderiam ser maiores que o prejuízo, pois também serviam para punir o culpado, dissuadir condutas futuras e demonstrar repulsa pela conduta. O veredicto do júri foi favorável ao autor, pela importância de mil libras.

O tipógrafo da referida edição também foi alvo das prisões ordenadas pelo secretário Lord Halifax. William Huckle foi mantido por 6 horas detido em sua casa por um mensageiro do rei. Não foi maltratado nem houve prejuízos de grande monta, mas o que pesou para a fixação da indenização era o abuso de poder, que violava a Magna Carta. A condenação foi fixada em trezentas libras.

No primeiro caso, *Wilkes v. Wood*, além dos fundamentos do instituto moderno se tem o lançamento do grande fator de diferenciação dos *punitive damages*, que é a fixação do valor a título de punição de maneira autônoma do de reparação. O segundo caso, *Huckle v. Money*, é acrescido ao instituto também a reprovabilidade do ato, em complemento à função de demonstrar a repulsa pela conduta. O instituto nasceu, portanto, num contexto de abusos cometidos por agentes de estado e que visavam punir o ofensor e prevenir que a conduta se repetisse⁵⁷. Ainda na Inglaterra, o instituto recebeu contornos mais aperfeiçoados, através da submissão a critérios para a submissão de determinado caso ao instituto, chamados *categories test*, fixados no caso *Rookes v. Barnard*.

Rookes vs. Barnard⁵⁸ e as Categories Test

O caso em tela teve o condão de estabelecer critérios para a verificação da aplicação dos *punitive damages*. Pelo trabalho de Lord Devlin, se elaborou critérios para o escrutínio do enquadramento do caso ao instituto, a saber, ocorrência de atos opressivos, arbitrários ou inconstitucionais perpetrados por funcionários do governo; condutas em que o réu tenha calculado que o lucro obtido com o ilícito excederia eventuais indenizações com que ele tivesse que arcar; e casos previstos em lei⁵⁹. Agora, interessa colocar as circunstâncias em que o caso ocorreu.

Senhor Rookes era empregado, por vários anos da British Overseas Aircraft Company (BOAC) como projetista de aviões. Era membro de um sindicato, o Association of Engineering and Shipbuilding Draughtsmen (AESD), e certa vez quando Sr. Rookes o deixou, o sindicato

57 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 33.

58 INGLATERRA. Câmara dos Lordes. Voto do relator no caso Nº 1. United Kingdom House of Lords. Relator: Lord Reid. Julgado em 21 jan. 1964. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>. Acessado em: 06 ago. 2019.

59 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os "punitive damages" no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 61.

iniciou uma pressão contra a BOAC pela sua dispensa, o que ocorreu com seu afastamento e posterior rescisão de seu contrato de trabalho.

Sr. Rookes demandou o Sr. Barnard, diretor do sindicato, e outros dois membros pelo modo como induziram a empresa a proceder como o fez, demitindo-o. Em primeira instância, Sr. Barnard foi condenado ao pagamento de sete mil e quinhentas libras a título de reparação e de punição. Diante da reversão do julgamento, Sr. Rookes recorreu à Câmara dos Lordes, que deu provimento ao apelo, sendo determinado pelo voto condutor de Lord Devlin que fosse realizado novo julgamento estando os jurados submetidos às condições impostas por ele.

Tais condições estabeleceram critérios para balizar a aplicação do instituto, a Câmara dos Lordes ainda deu melhores contornos aos *categories tests* posteriormente.

A primeira categoria foi debatida no caso *Broome v. Cassel & Co. Ltd*⁶⁰ e aplicada pela interpretação dada pela Corte, segundo a qual por “servants of the government” designava todos os servidores públicos, e não somente os funcionários da realeza⁶¹. Em julgamento posterior, estipulou-se que as condutas adjetiváveis poderiam ser interpretadas de modo disjuntivo ou alternativo, sendo que o ato não precisaria ser cumulativamente opressivo, arbitrário e inconstitucional para encaixar-se como potencial para condenação punitiva⁶². A necessidade de haver lucro também foi mitigada pela corte, que conforme o voto de Lord Diplock, a vinculação ao ganho real com o ilícito poderia permitir ao infrator interpretar-se que é possível levar adiante um ilícito se, do seu cometimento, não derivou valores compensáveis, e a intenção do instituto é ensinar ao autor do ilícito que sua conduta não se pode compensar⁶³. A mera intenção de obter o lucro ilicitamente já compõe o requisito⁶⁴.

Também foi estabelecido como requisito que a condenação punitiva seria cabível se, e somente se (*if, but only if*) a soma dos jurados considerassem o montante fixado a título de reparação insuficiente para punir a conduta, demonstrar a reprovação do júri e dissuadir o réu a repeti-lo, o que interessa muito numa situação em que a punição se enquadra como um escopo da responsabilidade civil, ao lado da prevenção e reparação. Conforme Higa⁶⁵, acaba por remeter ao princípio da necessidade da pena, no campo civil, de modo a estabelecer que, se quem praticou o ato também sofreu perdas e arcou com indenizações civis e penalidades administrativas, já se deva considerá-lo punido, e não aplicar, portanto, os *punitive damages*. A Câmara dos Lordes chegou, portanto, a algumas ponderações a levar em consideração quando fosse

60 INGLATERRA. *Câmara dos Lordes. Voto do relator no Appeals Case 1027. United Kingdom House of Lords. Relator: Lord Hailsham of St. Marylebone L.C. Julgado em 23 fev. de 1972. Disponível em: <http://uniset.ca/other/rossminster/broome.html>. Acessado em: 06 ago. 2019.*

61 HIGA, Flávio da Costa. *op. cit.* p. 62.

62 _____. *op. cit.* p. 63.

63 “I have no similar doubts about the retention of the second category. It too may be a blunt instrument to prevent unjust enrichment by unlawful acts. But to restrict the damages recoverable to the actual gain made by the defendant if it exceeded the loss caused to the plaintiff, would leave a defendant contemplating an unlawful act with the certainty that he had nothing to lose to balance against the chance that the plaintiff might never sue him or, if he did, might fail in the hazards of litigation. It is only if there is a prospect that the damages may exceed the defendant’s gain that the social purpose of this category is achieved — to teach a wrong-doer that tort does not pay.” (Tradução livre: Não tenho dúvidas semelhantes sobre a retenção da segunda categoria. Também pode ser um instrumento contundente para impedir o enriquecimento sem causa por atos ilegais. Mas restringir os danos recuperáveis aos ganhos reais obtidos pelo réu, se excedesse a perda causada ao demandante, deixaria um réu contemplando um ato ilegal com a certeza de que ele não tinha nada a perder para equilibrar a chance de que o demandante nunca o processe ou, se o fizer, poderá perder com os riscos de um litígio. Somente se houver uma perspectiva de que os danos possam exceder o ganho do réu é que o objetivo social dessa categoria é alcançado - ensinar a um malfeitor que o ato ilícito não compensa.) INGLATERRA. *Câmara dos Lordes. Voto do relator no Appeals Case 1027. United Kingdom House of Lords. Relator: Lord Hailsham of St. Marylebone L.C. Julgado em 23 fev. de 1972. Disponível em: <http://uniset.ca/other/rossminster/broome.html>. Acessado em: 06 ago. 2019.*

64 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. 63.

65 _____. *op. cit.* p. 65.

postulada uma condenação em punitive damages, que são: somente a vítima do comportamento poderia vindicá-los; que o poder de concedê-los tinha tanto a dimensão de defender uma liberdade como de prejudicá-la, se arbitrado em um caso que já se possa entender o ilícito como punido pelas perdas tidas pelo ofensor; que a intenção das partes era essencial para o arbitramento dos punitive damages.

Estados Unidos

Em além-mar, o instituto chegou aos Estados Unidos em dois casos poucos anos após seu surgimento na Inglaterra. No primeiro, *Genay v. Norris* (1784), a Suprema Corte da Carolina do Sul estabeleceu o que denominou vindictive damages (danos vingativos) a uma vítima que foi intencionalmente envenenada por um médico, com que tinha uma desavença. Em 1791, no caso *Coryell v. Colbaugh*, o instituto aparece novamente em uma lide em que um cavalheiro negou-se a casar com uma dama da sociedade americana após tê-la engravidado⁶⁶.

Antes de se adentrar em características específicas do instituto nos Estados Unidos, cabe explicar que no país divide-se de modo bem delimitado o contract law e o tort law, sendo, respectivamente, o primeiro relativo à responsabilidade contratual e o segundo à responsabilidade extracontratual⁶⁷. No entanto, é admissível ao campo dos contratos a menos que a conduta do agente, que significa a quebra do pacto contratual, sejam abarcadas pelo tort law⁶⁸

Assim sendo, dentro do tort law estão contidos os compensatory e os punitive damages, que por sua vez são definidos pelo § 908 do Restatement (Second) of Torts como “indenização que não a compensatória ou nominal, concedida contra uma pessoa para puni-la por sua conduta ultrajante e dissuadi-la, e outras como ela, de praticarem condutas semelhantes no futuro”⁶⁹.

São 45 os estados da federação norte-americana que preveem a aplicação dos punitive damages, excluídos totalmente Nebraska, Michigan e o Estado Livre Associado de Porto Rico. Aceitam o instituto mediante previsão legal New Hampshire, Louisiana e Washington⁷⁰.

O instituto possui aplicação para os casos de negligência grosseira (gross negligence), responsabilidade objetiva (strict liability) e responsabilidade civil por quebra de contratos⁷¹. Tais indenizações são concedidas pelo Tribunal do Júri, conforme a 7ª Emenda da Constituição Federal americana permite⁷².

Procedimentalmente, alguns estados podem adotar a atribuição dos punitive damages em momento posterior à aferição da culpa do acusado no ato ilícito, podendo haver casos em que a indenização punitiva será verificada num terceiro momento, após os jurados decidirem se o réu violou regra de conduta observável pelo homem médio, o quantum a ser pago a título de compensação e então verificarem se a conduta do réu necessita ser repreendida pelos punitive

66 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr.* 2011. *Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 34-35.*

67 VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: Da reparação à punição e dissuasão.* 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 47.

68 _____. *op. cit.* p. 57.

69 Tradução extraída de: VAZ, Caroline. *op. cit.* p. 50.

70 _____. *op. cit.* p. 88-89.

71 _____. *op. cit.* p. 51.

72 “In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.” (Tradução livre: Nos termos do direito comum, em que o valor em controvérsia deve exceder vinte dólares, o direito de julgamento pelo júri será preservado, e nenhum fato julgado por um júri será reexaminado em qualquer Tribunal dos Estados Unidos, de acordo com às regras do direito comum.) ESTADOS UNIDOS. *Constituição dos Estados Unidos.* Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acessado em: 15 Ago. 2019.

damages⁷³.

O quantum fixado pelos jurados, também, difere em destinação, a depender do Estado. Em boa parte deles, no entanto, os valores são destinados integralmente à vítima, em observância à noção de “private attorney general”, ou seja, para incentivar as vítimas a levar seus casos à justiça e auxiliá-la, assim, a punir aqueles que realizam condutas ultrajantes de maneira contumaz e proteger o interesse público⁷⁴.

Em boa parte dos estados são impostas limitações monetárias para o arbitramento dos valores. São eles determinados em “tetos” (caps) para os valores nominais arbitrados pelo júri e correlações (ratio) vinculadas aos valores fixados a título de compensação⁷⁵. São cerca de 25 os estados que estabelecem um limite em dólares para a condenação em punitive damages, outros possuem ratio determinada pelo valor da reparação do dano, mas boa parte deles assumem uma combinação de ambos⁷⁶.

INSERÇÃO NO BRASIL

Passando a abordar a inserção do instituto no direito civil pátrio, é necessário relembrar as particularidades da ordem jurídica nacional e as críticas suscitadas ao instituto que sustentam ser incompatível com a ordem jurídica brasileira.

A ordem jurídica brasileira é filiada ao civil law, e a jurisprudência possui um papel menos significativo que a lei⁷⁷, que é o centro do direito nos países filiados ao direito romanístico como o Brasil. O common law é, sobretudo, jurisprudencial, tendo por obrigação ao juiz decidir conforme os precedentes judiciais, realizando assim o chamado princípio do stare decisis⁷⁸. O direito romanístico exacerba o elemento legislativo, enquanto o direito anglo-saxônico se pauta mais pelos usos e costumes, e pela jurisdição⁷⁹. A função punitiva para a responsabilidade civil acaba não encontrando o mesmo respaldo nos países de tradição romano-germânica, sendo em grande parte por força das revoluções liberais do século XVIII e pela ruptura entre o Direito Público e o Direito Privado, que culminou numa rígida separação entre matérias civis e penais, inclusive quanto a sanções.⁸⁰

Mas apesar da incompatibilidade dos dois grandes ramos do direito no ocidente, seus institutos podem não ser totalmente incompatíveis entre si, realizando-se a devida observação e adaptação. É o que se aventa quanto aos punitive damages. Conforme Rosenthal⁸¹ a responsabilidade civil não pode manter-se neutra aos valores juridicamente relevantes de um dado momento histórico e social, e com isso todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos merecem destaque, para balancear interesses combinando as funções basilares da responsabilidade civil: a punição, a precaução e a compensação. A negação da relevância das sanções civis de caráter punitivo significa excluir pela base a aptidão de normas de direito privado de explicitarem

73 VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: Da reparação à punição e dissuasão*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 59-60.

74 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 89.

75 HIGA, Flávio da Costa. *op. cit.* p. 101-102.

76 _____, *op. cit.* p. 115-116.

77 MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 32. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 406.

78 GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 211.

79 REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 142.

80 FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito Civil Punitivo: do dano moral punitivo à causa geral de multa civil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 49.

81 ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

uma função preventiva, de desestímulo à prática de condutas ilícitas⁸².

Essa perspectiva conduz a um isolamento do direito civil à exclusiva esfera das relações particulares, impedindo que possa exercer também a mediação de conflitos num âmbito que vá além do conflito individual. Mesmo que a jurisprudência pátria tenha atribuído, sobretudo em sede de dano moral, alguma perspectiva punitiva vinculada à reparação, não possui formato sancionatório autônomo, como os punitive damages assumem⁸³. Conforme Silva e Walker⁸⁴, a jurisprudência brasileira tende a considerar o fator pedagógico-punitivo como uma categoria para modulação do elemento compensatório.

Conforme Vaz⁸⁵, são argumentos que embasam o rechaço do instituto dos punitive damages no Brasil: que os punitive damages são sanções penais, em contraposição ao instituto da responsabilidade civil, que visa o ressarcimento ou compensação do dano; que o instituto representa o enriquecimento sem causa, pela extrapolação do prejuízo sofrido; que o instituto representa a mercantilização da justiça e das relações existenciais, transformando numa espécie de “loteria” o acesso à tutela jurisdicional; configurariam um bis in idem já que condenações que perpassam a esfera penal e a civil, como lesões corporais, poderiam conduzir à imposição de duas condenações; que a expressão “indenização” citada no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988 afasta a condenação a título de danos morais que seja superior ao prejuízo causado. A cada uma delas, cabe uma abordagem mais detalhada.

Do primeiro, já foi tratado em outro momento que, sendo categorias devidamente delimitadas a responsabilidade civil e penal. Cabe também pontuar, que a responsabilização penal implica a restrição de direitos e liberdade, conquanto a responsabilização civil continuará buscando a compensação do dano causado pelo ilícito, mas acrescentando-se a função de punir.⁸⁶ Do mesmo modo, a “mercantilização da justiça” que os detratores do instituto se referem tem aparência de se tratar de uma generalização ausente de acuro quanto à observação de contexto, pois como também visto anteriormente, a consideração pelo precedente e o dimensionamento da condenação no caso concreto dado por um júri não tem como acontecer no Brasil. Assim, recai sobre o bom senso do julgador, com os instrumentos fornecidos pela teoria geral do Direito e a legislação pátria, fazer a correta estipulação de valores que podem representar uma punição civil para quem realizou o ato ilícito e não provocar desvirtuamentos no instituto.⁸⁷ Sobre a possibilidade do bis in idem, cabe recordar o que dispõe o art. 935 do Código Civil⁸⁸, que preza pela independência das responsabilizações, mas permite que aquilo que transite em julgado na esfera penal tenha efeitos reflexos na esfera cível quanto à existência do fato. E nenhum momento se aventa que tais condenações em diferentes esferas possam configurar bis in idem⁸⁹. No entanto, pode acarretar o dever do magistrado civil reduzir o quantum arbitrado ou do júri criminal reduzir a pena⁹⁰.

82 _____, *op. cit.* p. 45.

83 FEIJÓ, Arthur Nogueira. *op. cit.* p. 46.

84 SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. *Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira de Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis*, v. 37, n. 74, p. 308, dez. 2016.

85 VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 83.

86 VAZ Caroline. *op. cit.* p. 83.

87 _____, *op. cit.* p. 85.

88 “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.” BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acessado em: 28 ago. 2019.

89 VAZ, Caroline. *op. cit.* p. 87.

90 ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.

Sobre as outras hipóteses levantadas pelos que se opõe ao instituto, cabe discuti-las mais detidamente, uma vez que compõem os principais e mais fortes argumentos contra os punitive damages no direito civil pátrio.

Adequação à Lei

Em primeira observação, diz o texto do art. 944 do Código Civil de 2002: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Tem nessa assertiva um dimensionamento específico para tratar a noção de responsabilização pela restituição do estado de coisas anterior ao dano, vislumbrando-se também a culpa levíssima em sede de observar-se a extensão do dano⁹¹. No parágrafo único do referido artigo é possível vislumbrar uma noção de proporcionalidade entre o grau de culpa do ofensor e a reparação devida, quando o dispositivo afirma: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” é no aspecto proporcionalidade que será necessário focar daqui por diante.

Por disposição do art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, vislumbra-se a proteção de contra a ameaça de direito, que também pode ser pensado de maneira a clamar ao Poder Judiciário uma postura proativa fulcrada na proteção do direito antes que possa ser violado pelo dano⁹². Os punitive damages contribuem com isso, pois conforme já demonstrado em outro momento, sua função preventiva se volta em, com a punição, sancionar o ofensor e demonstrar, pelo exemplo, que aquela conduta atenta contra a ordem jurídica. Não somente é constitucional como pode contribuir com preceitos insculpidos na Carta Magna.

Dos que alegam a inconstitucionalidade do instituto por força do art. 5º, X da Constituição Federal de 1988, contemplam uma visão que, de plano, veta a possibilidade fixação de danos extrapolando o prejuízo causado. Evidentemente, mais uma vez se tem por premissa que as funções punitiva e dissuasória decorreriam da reparação ou compensação, o que não é o caso.

Trata-se de uma expansão de funções da responsabilidade civil, que os punitive damages contribuem para realizar no aspecto da prevenção e da punição. Assim, vem ao encontro da proteção de valores materialmente fundamentais, e auxiliam na sua proteção efetiva⁹³.

Superada a questão da constitucionalidade, cabe verificar a questão pelo modo como adentrar à ordem jurídica brasileira. Sabendo-se que se trata de uma punição, o princípio da legalidade não pode ser ignorado, pelo que já enunciou Beccaria no século XVIII⁹⁴, e sendo a observância de tal princípio fundamental para um estado democrático⁹⁵. Também é necessário recordar que o conceito descrito no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988 refere-se a toda medida caracterizável a uma conduta culpável⁹⁶, nisso incluindo-se, portanto, os

277.

91 TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil: volume único*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 270.

92 FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito Civil Punitivo: do dano moral punitivo à causa de multa civil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 42. 93 VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 88.

94 “A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode, com justiça, infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e no momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra um crime de um cidadão.” BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015. p. 25.

95 FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito Civil Punitivo: do dano moral punitivo à causa de multa civil*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 106.

96 “O conceito de crime do art. 5º, XXXIX, da CF/88 envolve não só aquele fato como tal definido na lei penal, mas também as

punitive damages.

O instituto, por mais que não seja infenso à ordem jurídica que se possa fixar uma indenização de cunho punitivo através de decisões, interessa que haja um trabalho legislativo voltado para sua inserção na ordem jurídica pátria, e para Venosa⁹⁷, essa é a única maneira de se enxergar o sentido de punição privada na responsabilidade civil.

Pelo extinto Projeto de Lei nº 6.960/2002, se pretendia, dentre outras modificações, a inserção de mais um parágrafo no art. 944 do Código Civil, que dizia: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.”⁹⁸. Através deste projeto, se tinha um primeiro indício de se desejar que houvesse uma condenação capaz de ter uma dimensão dissuasiva ao lesante. O Projeto, que trazia várias outras modificações no Código Civil, foi arquivado em janeiro de 2007, conforme consta da página da Câmara dos Deputados⁹⁹. Ainda em 2007 deu-se nova proposição, desta vez como Projeto de Lei do Senado nº 413/2007, de autoria do senador Renato Casagrande, que previa também a inserção de mais um parágrafo ao art. 944 do Código Civil, mas com a seguinte redação: “A indenização atenderá as funções compensatória, preventiva e punitiva”.¹⁰⁰ Neste projeto, existe um avanço em relação ao anterior por inserir funções preventiva e punitiva não só ao dano moral, mas às indenizações em geral¹⁰¹. O projeto foi arquivado ao final da legislatura, em dezembro de 2014¹⁰². Em todas as ocasiões, os projetos se encontravam em tramitação quando aqueles que a propuseram terminaram seus mandatos, o que não faz com que se tenha perdido de vista a possibilidade de que a legislação consolide o instituto na ordem jurídica brasileira.

A Aplicação “Restrita”

Esta subdivisão tem por finalidade expor um aspecto já indiretamente abordado em outros momentos, que é a questão da aplicação dita “restrita” do instituto realizada pela jurisprudência brasileira. Trata-se de algo bastante peculiar, pois aparenta-se como um dos grandes causadores de desvirtuamento e confusão, até mesmo para a doutrina, que ao debruçar-se sobre o tema, acaba considerando esta aplicação “restrita”. De antemão, como instituto autônomo voltado para a punição, aplicá-lo com as “restrições” postas pela jurisprudência demonstra-se uma afirmação proveniente de um raciocínio que supõe algo possível que exista incompleto, mesmo sendo empiricamente demonstrável sua impossibilidade.

Isto porque as restrições impostas pela jurisprudência têm, primeiramente, atrelado a condenação à compensação, e disso se tem observado valores ínfimos mantidos ou estipulados que por indício de desconhecimento do instituto por parte do julgador, foram arbitrados respei-

contravenções e as infrações disciplinares. Pena refere-se a toda e qualquer medida estatal caracterizável como reação a uma conduta culpável.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 635.

97 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 479.

98 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.960 de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9F78BF4E332D6D62B445E5552A4D90B6.proposicoesWebExterno1?codteor=50233&filenome=Tramitacao-PL+6960/2002. Acessado em: 31 Ago. 2019.

99 BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados: Fevereiro de 2007. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01FEV2007SUP_A.pdf#page=142. Acessado em 31 ago. 2019.

100 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 413, de 2007. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4698452&ts=1559277655124&disposition=inline>. Acessado em: 01 set. 2019.

101 VAZ, Caroline. Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 81

102 BRASIL. Senado Federal. Diário do Senado Federal: dezembro de 2014. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/81887>. Acessado em: 01 set. 2019.

tando-se a vedação ao enriquecimento sem causa¹⁰³.

Louvável que considerem, mas essa redução e “adequação” de um modo bruto dada pelo julgador praticamente tornam inócua a aplicação do instituto, que tendo o escopo de punir, deve ser expressiva e para punir e dissuadir o ofensor. Igualmente, confusões conceituais incitam que uma figura deformada surja nas sentenças denominando-se como punitive damages, mas que apenas permeia-o e confunde o instituto com a função punitivo-pedagógica em sede de dano moral¹⁰⁴.

Em vista disso, há urgência, impulsionada por certo espanto, que o estudo sobre o instituto e sua adequação ao ordenamento jurídico pátrio receba um adequado tratamento, que não o faça ser refutado por algumas rápidas linhas a submeter de um grande instrumento para a efetivação do caráter preventivo e punitivo para a responsabilidade civil ao incompleto raciocínio silogístico que conduz a uma incompleta conclusão pela existência de enriquecimento sem causa.

E em referência ao enriquecimento sem causa, interessa também analisá-lo com cautela.

Do Enriquecimento sem Causa

Como visto, o enriquecimento sem causa permeia o entendimento quando se decide pela não aplicação ou pela aplicação “parcial” do instituto. O aspecto realmente é bastante polêmico, mas nesse ponto existe um aspecto que também parece, de certa forma, ainda obscuro quanto à separação entre a figura do “private attorney general” e o instituto dos punitive damages.

Pela figura citada, o valor da condenação acaba sendo destinado à vítima, pois o conceito legitima o agraciamento da vítima como forma de recompensá-la¹⁰⁵, além do estímulo a quem necessita para procurar o Poder Judiciário e punir aqueles que deixarem de observar o que determina o ordenamento jurídico.

No entanto, para a ordem jurídica brasileira, um “promotor público privado”¹⁰⁶ se demonstra algo muito difícil de se conceber. Além das diferenças histórico-culturais entre o Brasil e os países do common law¹⁰⁷, além de que tais funções já pertencem às atribuições do Ministério Público, através da Ação Civil Pública (art. 129, III, Constituição Federal de 1988) e que este órgão é, por princípio insculpido na Constituição Federal, uno (art. 127, § 1º Constituição Federal de 1988) e como tal todos os seus membros compõem apenas um órgão¹⁰⁸. No entanto, o private attorney general é instituto à parte dos punitive damages, que auxilia em sua instrumentalização

103 “(...) o julgador entende por aplicável o instituto da indenização punitiva, utilizando-se, inclusive, de critérios punitivos para quantificá-la, mas, quando da atribuição de valor, acaba por calcular uma indenização tão ínfima que chega até a descaracterizar os punitive damages, cujo meio para a eficácia da punição é justamente o de fazer “doer no bolso” do agente ofensor. (...) essa aplicação restrita pelo Poder Judiciário brasileiro não contribui para a eficácia dos punitive damages. Mais que isso, esse tipo de utilização configura uma verdadeira inaplicabilidade do instituto, por esvaziar sua principal característica: condenar o ofensor a uma indenização maior que o dano causado à vítima em valor suficiente e adequado para que o leve a nunca mais repetir sua conduta.

A principal causa desse esvaziamento dá-se em função de a maioria dos julgadores utilizarem a vedação do enriquecimento sem causa como principal fator impeditivo da aplicação da indenização punitiva no país, representando 81% dos fundamentos. Os demais fundamentos, pouco expressivos em termos de números, são o princípio da legalidade das penas (5%), a ausência de previsão legal que autorize a aplicação do instituto (9%) e a limitação imposta pelo art. 944 do CC/2002 (6%).” GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive Damages no Direito Brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 964, fev./2016. p. 8.

104 SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira de Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis, v. 37, n. 74, p. 313, dez. 2016.

105 HIGA, Flávio da Costa. Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 351.

106 _____ . op. cit. ibid.

107 _____ . op. cit. p. 352.

108 FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 531.

dentro do direito anglo-saxônico. E destinando-se à vítima o montante da condenação, no Brasil, infundiria com mais força o temor do enriquecimento sem causa, e ainda mais consolidaria a tendência de se minorar o quantum fixado a título de condenação, limitando a eficiência da medida¹⁰⁹. A afirmação, no entanto, precisa que o efeito referido seja demonstrado para que possa ser tratado como mais que uma potencialidade de influxo¹¹⁰.

No Brasil, a experiência das ações civis públicas por ilícitos ambientais mostra um caminho a ser trilhado, em que o valor pago pela ocorrência dos danos é revertida às instituições que protegem ou promovem o desenvolvimento de atividades relacionadas ao bem jurídico atingido¹¹¹. Com os punitive damages não seria diferente, uma vez que sendo punição, trata-se de uma dimensão concernente a toda coletividade, dentro da guarda das relações entre partes. A função dissuasória e pedagógica estaria cumprida, destinando-se ao Estado o valor arrecadado a título de punição, tal como ocorre com as sanções pecuniárias na esfera penal. De plano, se eliminaria a litigância frívola¹¹², e afastaria os temores do enriquecimento sem causa, uma vez que, destinando-se ao Estado, o julgador não se constrangeria em arbitrar o valor da punição temendo fazer da litigância um modo de enriquecer uma das partes¹¹³.

Quanto à destinação, ainda cabe uma explicação mais detalhada. Conforme Serpa¹¹⁴, são duas as destinações mais aceitas pela doutrina para os valores de uma condenação aos punitive damages. Pela primeira, fala-se em destiná-la a uma instituição beneficente local, com aplicação analógica do art. 883, parágrafo único do Código Civil¹¹⁵. Pela Segunda, fala-se em destinar o numerário a um fundo específico para a reconstituição do patrimônio social.

Pela primeira, cabe pontuar que se tratam de entidades privadas, em todo caso. Por esse motivo, torna-se complicado verificar se os valores foram realmente destinados para o fim perseguido pela entidade, pois não estão ligadas à administração pública.

Aparenta-se, pois, que a criação de um fundo nos moldes do fundo criado para a proteção dos direitos difusos constante do art. 13 da Lei nº 7.347 de 24-07-1985 apresenta-se como opção mais viável, pois o verifica-se a possibilidade de impugnar administrativa ou judicialmente uma destinação equivocada¹¹⁶.

Em crítica a esse posicionamento, Higa¹¹⁷ afirma que um “abandono puro e simples do caráter privado da sanção” poderia produzir uma situação em que associações de defesa preferem contornar a lei para firmar acordo com os infratores, em nome do recebimento de determinada quantia. Este posicionamento pode ter seu valor na justificação na medida em que se deve cuidar para que, sendo os valores atribuídos a uma entidade, esta não possa começar

109 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 291.

110 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 376.

111 VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 85.

112 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 292.

113 _____. *op. cit.* p. 294.

114 _____. *op. cit.* p. 295.

115 “Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.” BRASIL. Lei nº 10406 de 10-01-2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acessado em: 08 set. 2019.

116 SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011. p. 297.

117 HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016. p. 378.

a transacionar sobre o numerário com o ofensor. No entanto, “caráter privado” para a sanção não aparenta ser exatamente algo que chegou a existir no common law, pois como já tratado, sua origem se deu em uma resposta à arbitrariedade estatal, e mesmo quando a relação ocorria entre pessoas, a separação entre direito civil e direito penal era inexistente, com os writs¹¹⁸ respondendo casuisticamente às pretensões levadas ao conhecimento do Rei. Nesse contexto, os punitive damages surgem num contexto em que direito público e privado se misturam, e o instituto carrega essa junção como característica.

A destinação a um fundo específico não tem o condão de mudar seu “caráter”, pois o próprio instituto contempla que o Estado participe de uma punição que envolva a coletividade, mesmo que seja uma punição na esfera privada.

De todo o exposto, cabe neste momento passar-se à exposição do que se concluiu das abordagens sobre o instituto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumpra agora determinar as conclusões extraídas de toda a exposição, e determinar alguns critérios balizadores da aplicação do instituto dos danos punitivos na civilística brasileira.

Verificou-se que a doutrina pátria tem uma perspectiva ainda muito centrada na perspectiva da reparação, de uma maneira que praticamente elide as outras funções que a responsabilidade civil deve ter, de um modo que gera perigo de obsolescência e ineficácia à responsabilidade civil. Os punitive damages têm o condão de avivar as funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil, indo além da reparação punindo efetivamente o ofensor que cometeu o ato ilícito.

Se tem em mente tratar-se de um instituto desenvolvido em ordens jurídicas filiadas ao ramo do common law, para o qual os limites entre direito público e direito privado são mal demarcados, e que isso influencia a construção do instituto. Trazê-lo para um ordenamento filiado ao ramo romano-germânico implica adaptações, que precisam ser realizadas com bastante critério.

A ordem jurídica brasileira tem tentado inserir referido instituto, mas falha gravemente em fazê-lo em aparente falta de observância de aspectos basilares do instituto que não devem ser ignorados, como a sua autonomia em relação à compensação e aplicação de um modo que retira a capacidade dos punitive damages de efetivamente punir. Mesmo que em situações como a levantada no caso *Rookes v. Barnard* seja necessário verificar se apenas o ofensor não acaba sendo um exagero por conta das perdas que este já sofreu por seu ilícito, a punição em sede de danos punitivos não pode deixar de ser relevante, em valor que ainda permita ao ofensor considerar economicamente viável a violação do direito pela indenização que terá que pagar. O valor correspondente à uma punição deve ser suficiente para punir e prevenir, impondo pena ao ofensor e dissuadi-lo da intenção de voltar a cometer o ilícito, além de servir como exemplo a outros que também queiram realizar aquele ilícito.

*118 Para uma melhor conceituação do que são os writs, cabe mencionara a explicação dada pelo Doutor John Gilissen: “O direito desenvolveu-se na Inglaterra desde o séc. XIII, com base nesta lista de writs, isto é, das ações judiciais sob forma de ordens do rei. Em caso de litígio, era (e continua a ser) essencial encontrar o writ aplicável ao caso concreto; o processo é assim aqui mais importante que as regras do direito positivo: remedies precede rights. O common law elaborou-se com base num número limitado de formas processuais e não sobre regras relativas ao fundo do direito. É por isso que a estrutura do common law é fundamentalmente diferente da dos direitos dos países do continente europeu.” GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 211.*

Nesse ponto, deve-se remeter ao fato de que, mesmo ainda sendo uma perspectiva em ascensão, são muitas as vozes doutrinárias que observam a responsabilidade civil não mais com a reparação em primeiro plano, com a punição e a prevenção dela derivando como consequência. Já a algum tempo é algo bastante complicado conceber que em um contexto de globalização e empreendimentos gigantescos, alguns com capitais que excedem toda a riqueza produzida em alguns países, possa sentir receio de infringir normas postas por um ordenamento jurídico unicamente pelo medo de pagar algumas indenizações. O caso *Liebeck v. McDonalds* é uma evidência disso. Portanto, é nesse momento que se faz necessário falar um importante critério para a aplicação do instituto.

A consideração do elemento subjetivo, ou seja, a vontade do ofensor em cometer o ilícito se impõe como critério que demarca a responsabilização que indica quem deve reparar o dano, e a responsabilização que determina uma punição ao ofensor. Esse elemento deve permanecer em destaque sempre que se for aplicar o instituto, sob pena de desvirtuamento do instituto e que seja aplicada ao ofensor uma medida que se revela inócua, na prática.

O mais evidente dos medos dos que aplicam o instituto reside em um aspecto que ronda os punitive damages como um fantasma, que não raras são as vezes que é invocado por quem se lança contra o instituto. Trata-se do enriquecimento sem causa, cujo perigo, em tese, pode ser anulado dentro do direito civil pátrio pelos mecanismos que ele mesmo já conferiu, como quando permite a existência de um fundo específico para destinação das indenizações pagas em sede de Ação Civil Pública. Não é necessário que, com os punitive damages, sejam também trazido o “promotor público privado” (private attorney general) do direito anglo-saxônico, uma vez que são institutos diferentes e que este serve às necessidades de aplicação dos danos punitivos dentro das ordens jurídicas do direito anglo-saxônico. No direito civil pátrio, considerando-se as especificidades da ordem jurídica brasileira, a melhor destinação das verbas a título de danos punitivos é a criação de um fundo específico para a reparação dos abalos que aquele ilícito tenha causado em toda a coletividade.

No entanto, mesmo que o instituto possa ser implementado casuisticamente e se consolidar pela jurisprudência e pela doutrina, se está realizando a aplicação de uma pena, e mesmo que contida no direito civil, não deve conflitar com o princípio da legalidade. Para isso, o trabalho legislativo é imprescindível. Em vários momentos se pensou em inseri-lo no ordenamento jurídico civil brasileiro, e apenas não adentrou por força de situações alheias a qualquer objeção suscitada em sede de discussão, sendo os projetos de lei arquivados por conta do término do mandato de seus respectivos propositores. Assim sendo, o ingresso definitivo do instituto na ordem jurídica brasileira pelo caminho legislativo não é algo que deve descartado, mas tratado como o caminho ideal para a adoção do instituto no Brasil.

Com os danos punitivos, se pode contemplar uma inspiração trazida dos países do Direito Comum, um eco distante provindo de antigas épocas e costumes outros que no Brasil tem o poder de contribuir para a atualização e ampliação do alcance da responsabilidade civil, que repara, previne e pune ilícitos realizando a efetiva proteção contra ameaça de direitos mediante uma postura proativa do Poder Judiciário, possibilitada pelos punitive damages. Seu ingresso na ordem jurídica brasileira supre várias necessidades que os novos tempos impõem à responsabilidade civil, e com ela contribui para a eficiência de suas normas.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015. 127 p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.960 de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9F78BF4E332D6D62B445E5552A4D90B6.pr oposicoesWebExterno1?codteor=50233&filename=Tramitacao-PL+6960/2002. Acessado em; 31 Ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados: Fevereiro de 2007. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01FEV2007SUP_A.pdf#page=142. Acessado em 31 ago. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 413, de 2007. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4698452&ts=1559277655124&disposition=inline>. Acessado em: 01 set. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Diário do Senado Federal: dezembro de 2014. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/81887>. Acessado em; 01 set. 2019.

CHAMOUN, Ebert. Instituições de Direito Romano. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. 531 p.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 687 p.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 994 p.

ESTADOS UNIDOS. Constituição dos Estados Unidos. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acessado em: 15 Ago. 2019.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 672 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 967 p.

FEIJÓ, Arthur Nogueira. Direito Civil Punitivo: do dano moral à causa geral de multa civil. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2019. 227 p.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. Punitive Damages no Direito Brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 964, p. 1-14, fev. 2016.

GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. 813 p.

HIGA, Flávio da Costa. Responsabilidade Civil Punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 515 p.

INGLATERRA. Câmara dos Lordes. Voto do relator no caso Nº 1. United Kingdom House of Lords. Relator: Lord Reid. Julgado em 21 jan. 1964. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>. Acessado em: 06 ago. 2019.

INGLATERRA. Câmara dos Lordes. Voto do relator no Appeals Case 1027. United Kingdom House of

Lords. Relator: Lord Hailsham of St. Marylebone L.C. Julgado em 23 fev. de 1972. Disponível em: <http://uniset.ca/other/rossminster/broome.html>. Acessado em: 06 ago. 2019.

KIONKA, Edward J. Torts. 4. ed. Saint Paul: Thompson/West, 2006. 452 p.

LEMOS, Vinícius Silva. Dano Punitivo: a necessidade da separação do dano punitivo e da punibilidade do dano moral. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro. v. 2, n. 26, p. 179-201. jan./dez. 2014.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. Revista CEJ, Brasília, v. 9 n. 28, p. 15-32, jan./mar. de 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486 p.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 32. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 688 p.

REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 391 p.

ROSEVALD, Nelson. As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 292 p.

SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização Punitiva. Orientadores: Antonio Junqueira de Azevedo; Alcides Tomasetti Jr. 2011. 386 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, São Paulo, 2011.

SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira de Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis, v. 37, n. 74, p. 295-326, dez. 2016.

TARTUCE, Flávio. Manual de Responsabilidade Civil: Volume Único. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2018. 1625 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1244 p.

VAZ, Caroline. Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 175 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. 848 p.