



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
PROGRAMA DE MESTRADO

MARK PICKERSGILL WALKER

**O MODELO JURÍDICO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NOS ORDENAMENTOS
JURÍDICOS DA INGLATERRA E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

FLORIANÓPOLIS
2016

MARK PICKERSGILL WALKER

**O MODELO JURÍDICO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NOS ORDENAMENTOS
JURÍDICOS DA INGLATERRA E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito, Estado e Sociedade, sob a orientação do Professor Doutor Rafael Peteffi da Silva.

**FLORIANÓPOLIS
2016**

Walker, Mark Pickersgill

O modelo jurídico dos *punitive damages* nos ordenamentos jurídicos da Inglaterra e dos Estados Unidos da América / Mark Pickersgill Walker ; orientador, Rafael Peteffi da Silva - Florianópolis, SC, 2016.

208 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Responsabilidade civil. 3. Direito comparado. 4. *Punitive damages*. I. Silva, Rafael Peteffi da. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. O modelo jurídico dos *punitive damages* nos ordenamentos jurídicos da Inglaterra e dos Estados Unidos da América.

AGRADECIMENTOS

À Joana – reconhecida pelo orientador como integral e indispensável à elaboração e finalização desse trabalho antes de 2017 –, pelo apoio e companheirismo, tanto no decorrer do desenvolvimento deste (e paciência na correção...), quanto nos demais aspectos. A colocação do orientador só não foi perfeitamente adequada pois insuficiente – a indispensabilidade definitivamente não se restringe só à elaboração do presente.

À minha família, em especial: à minha mãe, por todo o cuidado, preocupação (exagerada), e carinho; ao meu pai, pelo suporte (*lato sensu*) e também pelas inúmeras discussões de cunho jurídico, filosófico, político, ~~ou por puro prazer de pegar no pé~~. Igualmente, ao Seu Carlos, à Dona Icléa, e à Carla, pais e irmã adotivos, por me acolherem com afeto, e por proverem um lar quando eu precisava apenas de uma casa.

Aos amigos próximos (ou distantes, mas ainda assim próximos), por razões que tomariam mais páginas do que o presente trabalho: Alice, Bruno, Bryan, Fábio, Fred, Gabriela Paulo, Ismael, Joseane, Koerich, Picinin, Pierri, Stefano. Ao Tibor, particularmente, por aturar minha passivo-agressividade enquanto *roommate* no decorrer deste curso de mestrado. Ainda aos companheiros nessa trajetória, particularmente: à Boschi (comparsa silente na realização de acidentes *elásticos*), ao José Augusto (pela assiduidade compartilhada no Berinjela e *insights* oportunos), e ao Zatelli (pelas mesmas razões recém expostas e por prover o material necessário para exposição de seminário em área completamente desconhecida).

Ao orientador, prof. Rafael Peteffi, por despertar, já na graduação, o embrião do interesse pela pesquisa, por me colocar em contato com o tema que hoje é meu tema de pesquisa em sede de doutorado, pela orientação atenciosa do presente trabalho (ainda relevando os atrasos incorridos por um procrastinador patológico), e pela amizade nessa trajetória.

Aos demais professores da Universidade Federal de Santa Catarina que de alguma forma contribuíram para esta etapa da formação acadêmica, em especial: aos profs. Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender, Alexandre Moraes da Rosa, e às profs. Jeanine Nicolazzi Philippi e Vera Regina Pereira de Andrade, por ampliarem horizontes para além do senso comum.

Também aos professores: Guilherme Reinig, José Isaac Pilati, e Luis Renato Ferreira da Silva, pela correção minuciosa e por todos os imprescindíveis aportes críticos quando da defesa desse trabalho.

A deus, por ter me feito um ateuísta.

Or le langage encratique (celui qui se produit et se répand sous la protection du pouvoir) est statutairement un langage de répétition ; toutes les institutions officielles de langage sont des machines ressassantes : l'école, le sport, la publicité, l'œuvre de masse, la chanson, l'information, redisent toujours la même structure, le même sens, souvent les mêmes mots : le stéréotype est un fait politique, la figure majeure de l'idéologie.

– **Roland Barthes**, *Le plaisir du texte*

La primera condición para cambiar la realidad consiste en conocerla.

– **Eduardo Galeano**, *Las venas abiertas de América Latina*

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina a ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A presente dissertação pretende, essencialmente, contribuir à discussão doutrinária no que diz respeito ao instituto da indenização punitiva, conhecido, em sua origem, como *punitive damages*. Para esse fim, o estudo divide-se em duas partes. A primeira inicialmente esclarece as raízes históricas e razões de surgimento do instituto, e a seguir busca delinear o modelo jurídico inglês de aplicação dessa indenização, revelando suas particularidades. Já a segunda parte enfoca o ordenamento jurídico estadunidense, também buscando revelar o modelo jurídico desse país, apresentando seu retrospecto histórico, funções, características de aplicação, e as discussões jurisprudenciais que o envolvem, travadas pela Suprema Corte. Ao final de cada capítulo, tecem-se algumas considerações sobre cada modelo. Por intermédio dessa pesquisa, almeja-se desconstruir eventuais concepções sobre este controverso instituto jurídico

Palavras-chave: *Punitive damages*. Indenização punitiva. Direito de danos. Responsabilidade civil. Direito comparado.

ABSTRACT

This dissertation essentially intends to contribute with the current legal discussion regarding the doctrine of punitive damages. For this purpose, the present study is divided into two main parts. In the first half, one initially clarifies the historical roots of the doctrine and the reasons for its development, followed by an investigation of the English normative framework concerning this doctrine. In the second part, attention is given to the United States, also seeking to construe its legal framework: presenting its historical background, functions and rationales, rules and fact-finders, and the Supreme Court discussion on its constitutionality. At the closure of each chapter, one takes into consideration the presented framework and briefly comments on each model. Through this research, one aims to strike down the recurring misconceptions of this controversial legal doctrine.

Keywords: Punitive damages. Exemplary damages. Tort law. Comparative law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 INGLATERRA	21
1.1 Raízes históricas	23
1.2 Razões de desenvolvimento.....	25
1.3 Hipóteses de aplicação.....	33
1.3.1 Ação opressiva, arbitrária, ou inconstitucional praticada por agentes públicos	39
1.3.2 Conduta calculada pelo réu para obter lucro para si que excede a indenização eventualmente concedida ao autor.....	43
1.3.3 Estatutos que autorizam a indenização punitiva.....	48
1.4 <i>Aggravated damages</i>	50
1.4.1 Breve histórico	52
1.4.2 Natureza e condições de uma indenização agravada.....	53
1.4.3 Hipóteses de aplicação	55
1.4.4 Discussões posteriores e conclusão	58
1.5 A condição da <i>cause of action</i> e as consequências de sua revogação	59
1.5.1 Negligência	61
1.5.2 Inadimplemento contratual.....	62
1.6 Demais limitações e fatores relevantes para a determinação e quantificação da indenização punitiva.....	63
1.7 Análise crítica do instituto	72
1.7.1 A confusão de funções entre o direito penal e o direito civil	72
1.7.2 Críticas ao escopo das categorias de <i>Rookes</i>	74
1.7.2.1 Ação opressiva, arbitrária, ou inconstitucional praticada por agentes públicos	75
1.7.2.2 Conduta calculada pelo réu para obter lucro para si que excede a indenização eventualmente concedida ao autor	76
1.7.2.3 Escopo mais amplo?	78
1.7.3 Enriquecimento sem causa	79
1.7.4 A utilização de júris	80
1.7.5 Montantes indenizatórios excessivos	82
1.7.5.1 Casos de prisão ilegal ou litigância de má-fé envolvendo a polícia	82
1.7.5.2 Casos de difamação	83
1.7.5.3 Casos envolvendo locação de imóveis.....	84

1.7.6 Múltiplos réus	85
1.7.7 Múltiplos autores	86
1.7.8 Responsabilidade por fato de terceiro	87
1.7.9 Possibilidade de seguro contra uma indenização exemplar	88
1.8 Considerações sobre o modelo jurídico inglês e aportes doutrinários brasileiros	89
2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	95
2.1 Retrospecto histórico – as três eras da indenização punitiva.....	98
2.1.1 O primeiro momento – punição por insulto e humilhação (c. 1750-1880).....	98
2.1.2 O segundo período – punição por abuso de poder (c. 1880-1950)	102
2.1.3 O terceiro momento – a atração da dissuasão eficiente (c. 1950-2000).....	107
2.1.4 Conclusões acerca do retrospecto histórico	113
2.2 Funções da indenização punitiva	114
2.2.1 Função punitiva.....	116
2.2.1.1 Reivindicação do interesse privado – a função vingativa	118
2.2.1.2 Reivindicação do interesse público – a problemática da indenização pela “totalidade do dano”	121
2.2.1.3 Discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca da função punitiva.....	123
2.2.2 Função dissuasória	126
2.2.2.1 Dissuasão específica (<i>specific deterrence</i>)	128
2.2.2.2 Dissuasão geral (<i>general deterrence</i>)	131
2.2.3 Função educativa	134
2.2.4 Função compensatória	137
2.2.5 Função de policiamento	140
2.3 Fatores relevantes para a imposição de uma indenização punitiva	141
2.3.1 Pré-requisito de admissibilidade	141
2.3.2 Requisito de conduta – padrão de culpabilidade.....	143
2.3.2.1 Dolo.....	144
2.3.2.2 Culpa grave	144
2.3.3 Requisito probatório.....	147
2.3.4 Determinação do <i>quantum</i> indenizatório	148
2.3.4.1 Condição econômica do réu	151
2.3.4.2 Proporcionalidade entre a indenização punitiva e a indenização compensatória.....	152

2.3.4.3 <i>Split-recovery</i> – indenização compartilhada ou repartida	154
2.3.4.4 <i>Caps on damages</i> – limites indenizatórios pré-estabelecidos.....	156
2.4 Discussões sobre a constitucionalidade do instituto	157
2.4.1 À espera do caso apropriado e a inaplicabilidade da cláusula de vedação a multas excessivas.....	159
2.4.2 O foco no devido processo legal e a relutância da Suprema Corte em reformar indenizações punitivas.....	161
2.4.3 O devido processo legal utilizado para reformar indenizações punitivas	167
2.4.4 O retorno da Suprema Corte à relutância	175
2.4.5 A aplicação das balizas pelas cortes inferiores em revisões judiciais	180
2.5 Considerações sobre o modelo jurídico estadunidense, sua diferenciação do modelo jurídico inglês, e aportes doutrinários brasileiros.....	181
CONCLUSÃO	189
REFERÊNCIAS	195
a) Bibliografia.....	195
b) Legislação.....	204
c) Jurisprudência.....	204

INTRODUÇÃO

Os *punitive damages* (como costumeiramente chamados nos Estados Unidos), ou também *exemplary damages* (como intitulados na Inglaterra), dizem respeito a um instituto jurídico, cerne da presente pesquisa, desenvolvido historicamente no âmbito da *common law*. Seus antecedentes históricos mais remotos jazem em um período anterior à sistematização que separou de maneira clara o direito penal do direito civil, extirpando o instituto da pena privada deste último: assentam-se, assim, em indenizações múltiplas e demais ações civis que se preocupavam com a vingança privada.

Na tradição jurídica da *common law*, em que o júri tem primada importância, e em que o direito se revela principalmente pela prática judiciária e pelos precedentes, durante muito tempo o próprio conceito de “dano” ficou a critério exclusivo do júri. Por decorrência disso, a ciência jurídica dessa tradição volta suas atenções quase que exclusivamente aos demais elementos da responsabilidade civil (sobre os quais os juízes exerciam algum controle), notadamente a causalidade. Já em matéria de indenização, dá-se especial atenção à conduta do agente causador do dano¹.

A indenização punitiva, nesse contexto, surge e desenvolve-se enquanto um instituto de caráter tradicionalmente extracompensatório, com intuito manifesto de punir o lesante e dissuadir condutas similares no futuro. Simultaneamente, contudo, ela busca indenizar determinados danos não ressarcíveis naquela tradição jurídica, e integrar elementos da conduta do lesante à própria reparação.

Após seu surgimento, todavia, o instituto é pouco desenvolvido e relegado a um papel residual no direito civil inglês: em 1964, no *leading case* do país em matéria de *punitive damages*, a Câmara dos Lordes, preocupada com a subversão da estrutura indenitária da *tort law*, busca conter a “anomalia” representada pela indenização de caráter extracompensatório às hipóteses em que sua aplicação já fosse jurisprudencialmente pacífica.

Neste mesmo julgado, delimita-se também a fronteira entre os *exemplary damages* e um segundo instituto jurídico, intitulado de *aggravated damages*, que, possuindo caráter compensatório, resguarda a maior parte dos interesses anteriormente tutelados pela indenização exemplar:

¹ DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis & Deakin's Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 122-123, 940, *passim*. V. também item 1.8, págs. 89-91, notas 278 e 281, para uma consideração mais detalhada sobre essa particularidade.

como determinados danos intangíveis – por sua natureza não tradicionalmente reparáveis no sistema jurídico inglês; ou os casos em que a análise da conduta do causador do dano revelavam um dolo ou culpa grave especialmente repreensíveis, assim capazes de “agravar” o dano sofrido pelo lesado.

Do outro lado do Atlântico, os Estados Unidos prontamente recebem o instituto (vinte e um anos após seu surgimento na Inglaterra), mas não buscam sistematizá-lo ou de alguma outra forma mais drástica restringi-lo. Sem fronteiras expressas, o instituto se desenvolve em solo estadunidense, abarcando novas áreas e hipóteses de aplicação. Em sua feição contemporânea, a indenização punitiva pode ser pleiteada em basicamente qualquer ação de responsabilidade civil em que seja possível comprovar determinados elementos subjetivos (em regra também o dolo ou culpa especialmente graves) a marcarem a conduta do lesante – o que é identificado como o “padrão de culpabilidade” do instituto.

Ressalta-se que, nesse ordenamento, além de buscar a punição e a dissuasão do lesante, o instituto também cumpre uma série de funções secundárias, dentre elas uma função compensatória. A aplicabilidade desta função é similar àquela cumprida pela indenização agravada no direito inglês.

Por suas (muitas) peculiaridades, a indenização punitiva, além de constituir um dos pontos mais controversos da responsabilidade civil dos países da *common law*, é também um dos pontos mais incompreendidos. Evidencia-se isso pela quantidade de publicações científicas que se indagam sobre o instituto ou buscam, de alguma forma, “desmitificá-lo”².

Acredita-se que parte dessa compreensão equivocada é, em alguma medida, proposital. O instituto figura no centro de uma das maiores discussões juspolíticas nos Estados Unidos, envolvendo propostas de reforma à responsabilidade civil intentadas, eminentemente, por grupos representativos de interesses empresariais; e a caracterização dessa indenização como uma ferramenta arbitrária que produz resultados exagerados, fora de qualquer controle, serve aos interesses reformistas.

² A exemplo de: “*Punitive damages: divergence in search of a rationale*” (por Bruce Chapman e Michael Trebilcock, em 1989), “*Myth and reality in punitive damages*” (por Stephen Daniels e Joanne Martin, em 1991), “*What did punitive damages do? Why misunderstanding the history of punitive damages matters today*” (por Anthony J. Sebok, em 2003), “*Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality*” (por Robert S. Peck, em 2003), “*Punitive damages: from myth to theory*” (por Anthony J. Sebok, em 2007), “*How should punitive damages work?*” (por Dan Markel, em 2009).

Logo, não causa estranhamento que a doutrina e a jurisprudência brasileira – que, regra geral, são influenciadas e tomam contato com a indenização punitiva por intermédio da experiência dos Estados Unidos – enfrentem dificuldades na tentativa de conceituar devidamente esse tipo de indenização. Muitas aceções e críticas nacionais embasam-se nesta caricata representação da indenização punitiva como um mecanismo que permite, quase que exclusivamente, indenizações vultosas, que incentiva a “loteria jurídica” (“*litigation lottery*”, similar à “indústria do dano moral”), e que está a anos-luz da reparação integral.

Afirmar que se trata de um instrumento jurídico mal compreendido não significa, por óbvio, defender que o instituto seja perfeitamente adequado. Restará claro, a partir da presente análise, que mesmo os países que o aplicam há séculos ainda possuem contundentes críticas à sua utilização, e inúmeras complexidades não resolvidas.

Diante do exposto decorre a necessidade, aqui intentada, de demonstrar o estado da arte e traçar adequadamente os modelos jurídicos estrangeiros. Pelas razões até o momento apresentadas, e pela necessidade de delimitar-se claramente o escopo da análise, enfocam-se no presente trabalho os dois principais países da tradição da *common law*: a Inglaterra (berço do instituto e cujo desenvolvimento histórico é dissimilar de todos os demais da tradição jurídica da *common law*) e os Estados Unidos (por quão arraigada a indenização punitiva é nesse sistema jurídico, e pela constatada influência que ele exerce nos demais ordenamentos). A estrutura do trabalho é, dessa forma, concebida em dois momentos.

O primeiro capítulo é centrado no modelo jurídico inglês. Inicialmente, apresenta-se um ponto comum aos ordenamentos da *common law*, esclarecendo de forma breve as raízes históricas e razões de desenvolvimento da indenização punitiva. A seguir, analisam-se suas hipóteses de aplicação nesse país, com atenção às restritas categorias estipuladas pelo aludido *leading case* inglês. Trata-se também dos *aggravated damages*, por sua estreita correlação com o instituto em análise, e buscando evidenciar sua zona de fronteira. Exploram-se então as demais limitações, e os fatores relevantes para a determinação de uma indenização exemplar e sua quantificação. Encerra-se o capítulo com uma apresentação das críticas que os doutrinadores ingleses fazem ao instituto, seguida de breves considerações nossas sobre esse modelo.

O segundo capítulo, por sua vez, trata da experiência estadunidense. Faz-se um retrospecto histórico dessa experiência, dividido em três momentos (cada momento identificado a uma característica específica na aplicação da indenização punitiva naquele período). Discorre-se, então,

sobre as funções que o instituto contemporaneamente cumpre naquele ordenamento – um aspecto que recebe ampla atenção doutrinária nos Estados Unidos. A seguir, a exemplo da análise inglesa, cuida-se das questões mais procedimentais e apresentam-se os fatores relevantes para a determinação e quantificação de uma indenização punitiva (atendo-se detidamente ao padrão de culpabilidade). Por fim, cuida-se da discussão da Suprema Corte daquele país sobre a constitucionalidade do instituto, e sua tentativa de restringir o escopo de aplicação do instituto, mais uma vez seguida de breves considerações nossas sobre o modelo em comento.

Busca-se, destarte, especialmente pelo delineamento desses modelos estrangeiros, contribuir para a ainda incipiente bibliografia nacional acerca de uma questão que, pelo que se verificou em coletas estatísticas prévias, parece crescer exponencialmente em sua aplicação jurisprudencial. Mister destacar ainda que, delimitado esse escopo de análise, as possíveis conexões da indenização punitiva com o direito brasileiro não serão prioridade. Outrossim, não se abordará expressamente a discussão corrente quanto à possibilidade de recepção do instituto pelo ordenamento pátrio, e os eventuais argumentos a favor – ou em contrário – dessa recepção, seja ela por via jurisprudencial ou de *lege ferenda*.

Contudo, e com base no anteriormente exposto, o objetivo principal do presente estudo, na esteira dos inúmeros autores estrangeiros supramencionados, é de desmitificar o instituto ora em análise. Este objetivo, no fim das contas, resgata uma possível conexão da análise realizada com o direito brasileiro, já que, na busca por desconstruir o argumento de que o instituto fomentaria uma “loteria jurídica”, sugere-se que tal argumento não serve como suporte da tese de incompatibilidade da indenização punitiva com o ordenamento jurídico brasileiro. Como ressaltado, não se busca, portanto, defender ou rejeitar a indenização punitiva em nosso ordenamento, mas tão somente investigar um (ou alguns) dos argumentos envolvidos nessa discussão mais ampla.

1 INGLATERRA

Nos países de tradição romanística, leciona Miguel Reale, como é o caso do Brasil, prima-se pelo processo legislativo, atribuindo-se valor meramente secundário às demais fontes do direito. Hoje em dia tais países recebem mais comumente a denominação de civilistas, mas o sentido empregado é o mesmo: ressaltar a exacerbação da lei codificada como fonte primária do direito³. René David identifica que essa “família de direitos” agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano, e cujas regras jurídicas são concebidas como regras de conduta⁴.

Em contraponto, os países de tradição anglo-americana ou anglo-saxônica, inseridos na esfera da *common law*, têm “seu Direito revelado muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos”⁵. A consolidação do direito se dá, portanto, através dos precedentes judiciais. A *common law* foi formada pelos juízes, e suas regras são menos abstratas e mais casuísticas – buscase dar solução para um processo, não formular uma regra geral de conduta para o futuro⁶.

É justamente no âmbito da *common law* que se desenvolve historicamente o instituto jurídico cerne da presente pesquisa: os *punitive damages*, chamados aqui de indenização punitiva⁷. Inicialmente concebido

³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 141-143.

⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 17-18. A determinação dessas regras é apontada como a tarefa essencial da ciência do direito, motivo pelo qual, para o autor, a doutrina pouco se interessa pela aplicação prática deste.

⁵ REALE, 2002, p. 142.

⁶ DAVID, 1996, p. 19.

⁷ “*Damages*” traduz-se para o português como indenização, e não como “danos” tendo em vista sua definição: “soma pleiteada ou outorgada a alguém a título de compensação por perda ou injúria” (GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West Group, 2009, p. 445). No original: “[m]oney claimed by, or ordered to be paid to, a person as compensation for loss or injury”.

Dano, por sua vez, é somente o vocábulo “*damage*” no singular: “prejuízo ou lesão à pessoa ou propriedade” (GARNER, 2009, p. 445). No original: “[l]oss or injury to person or property”.

na Inglaterra, o instituto é por séculos pouco desenvolvido em sua terra natal, mas ganha primada importância nos Estados Unidos, onde é recepcionado a partir de 1791⁸. E é através da força de “exportação” do sistema estadunidense⁹ que o instituto vem a influenciar o direito romano-germânico.

Em um possível resgate à figura das *delicta* do Direito Romano¹⁰, e a um período em que não se havia bem delineada a separação hodierna entre sanções cíveis e penais, o instituto visa a conferir uma indenização superior à mera reparação do dano em casos em que o ofensor tenha agido com uma conduta particularmente gravosa. Subverte portanto a lógica da responsabilidade civil¹¹ – e da *tort law*¹² – que se preocupa com devolver o lesado ao seu *status quo ante*, focando-se, ao invés, em um juízo moral valorativo da conduta do lesante, que busca assumidamente punir.

Destarte, visando até mesmo tornar mais costumeira a utilização do termo em língua portuguesa, sempre que possível intitular-se-á o instituto como “indenização punitiva”, evitando também a avessa tradução como *danos punitivos*, conforme também destacado por MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. *Revista CEJ*, Brasília, nº 28, p. 15-32, mar. 2005, p. 16.

⁸ WALTHER, David L.; PLEIN, Thomas A. Punitive damages: a critical analysis: *Kink v. Combs. Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 49, p. 369-386, 1965, p. 371.

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004, p. 45.

¹⁰ MARTINS-COSTA, PARGENDLER, 2005, p. 17-18.

¹¹ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 15-18; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34-76; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 451-461; MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71-72.

¹² Prosser e Keeton asseveram que a ideia de punição ou de desencorajar demais ofensas usualmente não é buscada pela *tort law*, e que a indenização punitiva consiste em um aspecto anômalo, em que as ideias do direito penal invadiram o campo civil (KEETON, William Page; DOBBS, Dan B.; OWEN, David G. (Eds.). *Prosser and Keeton on the Law of Torts*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1984. 1984, p. 9). Destacando o propósito reparatório da *tort law* também SALES, James B.; COLE JR., Kenneth B. Punitive damages: A relic that has outlived its origins. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 37, n. 5, p. 1117-1172, out. 1984, p. 1118.

A falta de estudos mais aprofundados sobre determinado instituto jurídico estrangeiro acaba ocasionando aplicações “originais”, que resultam em equívocos e utilizações capazes até de desvirtuar a essência de uma teoria¹³. Por decorrência disso, busca-se, doravante, apreender e delinear os modelos jurídicos¹⁴ inglês e estadunidense da indenização punitiva.

1.1 Raízes históricas

A origem remota do ideário do instituto pode ser rastreada para tão longe quanto a Antiguidade Clássica¹⁵. O Código de Hamurabi, de 2000 a.C. previa indenizações múltiplas: sua seção oito especificava que o furto de algum animal de um templo ou palácio deveria ser ressarcido em um valor equivalente a trinta vezes o do animal, ou, caso este fosse furtado de algum homem livre, a dez vezes. Prenúncios similares da moderna indenização punitiva podem ser sentidos através dos séculos: a Bíblia contém exemplos do Código Hebreu da Lei Mosaica; o Código Hitita de 1400 a.C. também adota a compensação majorada; o Direito Romano invoca indenizações múltiplas a partir da Lei das XII Tábuas, de aproximadamente 450 a.C.; o Código Hindu de Manu com referências similares data

¹³ Como apontado por Peteffi da Silva acerca do instituto da perda de uma chance (PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 199).

¹⁴ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999. É, para o autor, papel da doutrina, por meio do estudo de direito comparado, a formação de modelos jurídicos prospectivos (*Id.*, p. 107).

¹⁵ Opina David G. Owen que, uma vez que se reconheça que indenizações múltiplas são apenas uma forma estatutária da indenização punitiva, a profundidade da fundação histórica do instituto se torna impressionante (OWEN, Punitive damages in products liability litigation. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 74, n. 7, p. 1257-1371, jun. 1976.1976, p. 1262).

de 200 a.C.; e demais provisões de indenizações aumentadas são encontradas pelos códigos e escritos da Grécia Antiga¹⁶, onde, no tempo de Platão, porém, já se distinguia a compensação da punição¹⁷.

Chega-se a apontar a necessidade romana de indenizações múltiplas como forma de conter as elites ricas; essas indenizações tendo sido utilizadas inicialmente para mediar relações sociais entre plebeus e patrícios, e punir aqueles que machucassem ou matassem escravos. Sistemas jurídicos romanos mais tardios também previam tais indenizações: aos credores era conferida uma indenização quádrupla contra devedores que não pagassem suas dívidas no período de um ano¹⁸.

Relacionada ao conceito de indenização punitiva, a Inglaterra no século XVII possuía estatutariamente uma ação intitulada *qui tam*¹⁹, em que um indivíduo que agisse como informante para a acusação em algum caso de interesse público poderia receber uma parte da penalidade imposta pelo julgado como recompensa por seus esforços²⁰. Tais ações subsistiram na Inglaterra até meados da década de 50 do século passado²¹ e, embora tenham caído em desuso lá, persistem nos Estados Unidos²².

Provisões sobre indenizações múltiplas – em dobro, triplo ou quádruplo – foram também comuns na legislação medieval inglesa. Desde

¹⁶ BELLI SR., Melvin M. Punitive Damages: their history, their use and their Worth in present-day society. *University of Missouri-Kansas City Law Review*, Kansas City, v. 49, n. 1, p. 1-23, 1980, p. 9; AUSNESS, Richard C. Retribution and deterrence: the role of Punitive Damages in products liability litigation. *Kentucky Law Journal*, Lexington, v. 74, n. 1, p. 1-125, 1986, p. 3; RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers. *American University Law Review*, Washington, v. 42, n. 4, p. 1269-1333, 1993, p. 1285-1286; OWEN, David G. A Punitive Damages overview: functions, problems and reform. *Villanova Law Review*, Radnor Township, v. 39, p. 363-413, 1994, p. 368.

¹⁷ WALTHER, PLEIN, 1965, p. 369.

¹⁸ SCHLUETER, Linda L.; REDDEN, Kenneth R. Punitive damages. 3. ed. Londres: Butterworth Legal Publishers, 1985, p. 5; RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1286.

¹⁹ Cujo termo é uma contração da expressão latina “*qui tam pro domino rege quam pro si ipso in hac parte sequitur*” que significa, aproximadamente, “aquele que propõe uma ação em nome do rei e de si próprio”.

²⁰ BELLI SR., 1980, p. 2-3.

²¹ BELLI SR., 1980, p. 3.

²² Sendo matéria regulada pela lei federal conhecida como “*Lincoln Law*”, promulgada em 1863, tendo sofrido sucessivas revisões, hoje abarcando questões modernas envolvendo os casos de *whistleblowing*. (ESTADOS UNIDOS. 31 U.S. Code § 3729-3733, 12 Stat. 696, de 2 de março de 1863. *False Claims Act*.)

pelo menos 1236 o Estatuto de Merton declarava que um herdeiro que se casasse sem o consentimento de seu Senhor lhe deveria o dobro do valor do casamento. O primeiro Estatuto de Westminster, datado de 1275, previa que ofensas contra pessoas religiosas dariam azo a indenizações em dobro. Por fim, o Estatuto de Gloucester, promulgado em 1278, autorizava uma indenização em triplo em casos de ações de despejo²³.

A indenização punitiva pode ainda ter prefigurado na instituição inglesa do século XIII chamada *amercements*, que era uma sanção monetária geral usada para penalizar tanto ilícitos criminais como civis, e paga diretamente ao tesouro real²⁴.

1.2 Razões de desenvolvimento

Na jurisprudência da *common law* o desenvolvimento da indenização punitiva, aparentemente, se deu em conjunto com o desenvolvimento do tribunal do júri, embora sua trajetória seja um tanto obscura²⁵. Nesse contexto, a consagração da indenização punitiva como um instituto autônomo foi bastante tardia²⁶.

As primeiras cortes inglesas não precisavam encarar o prospecto de aferir indenizações, uma vez que a maioria das ações visavam recuperar uma propriedade específica que havia sido privada do autor. Mais tarde, no século XIII, os júris, sem ter qualquer experiência prévia ou exemplos a seguir, começaram a conferir ocasionais indenizações pecuniárias que variavam do “ridiculamente excessivo ao grosseiramente inadequado”²⁷.

²³ AUSNESS, 1986, p. 3.

²⁴ POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. *The history of English law before the time of Edward I*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1898. 2 v., p. 537; MASSEY, Calvin R. The excessive fines clause and punitive damages: some lessons from history. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 40, n. 6, p. 1233-1276, nov. 1987, p. 1259; RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1269.

²⁵ WALTHER, PLEIN, 1965, p. 369. Martins-Costa e Pargendler também fazem menção à ideia que “o direito do júri de conceder indenizações exemplares em alguns casos é considerado tão antigo quanto o direito de ser julgado pelo júri” (MARTINS-COSTA, PARGENDLER, 2005, p. 18). No original: “*the right of a jury in certain cases to award exemplary damages has been said to be as old as the right of trial by jury itself*”.

²⁶ BELLI SR., 1980, p. 3.

²⁷ PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*. 5. ed. Boston: Little, Brown and Co., 1956; BELLI SR., 1980. Sedgwick também desenvolve a

Outra preocupação corrente dizia respeito às numerosas reclamações de corrupção e parcialidade dos jurados: litigantes abastados viam como adequado (ou até prudente) contribuir de maneira bastante generosa com as despesas dos jurados²⁸.

Em vez de desenvolver propriamente um direito de danos, as cortes inglesas preferiram lidar com o problema no que julgaram sua raiz: o júri. O *writ of attaint*²⁹ é utilizado para coibir o júri de decidir um caso perversamente, de conferir um veredito errôneo³⁰.

À medida que o caráter do júri lentamente muda, a lógica da ação de *attaint* se torna menos aparente. No decorrer da idade média cresce o

teoria que o instituto da indenização punitiva teria surgido conjuntamente e decorrente do advento da prática de conferir ao júri a responsabilidade sobre a quantificação da indenização, e que indenizações que poderiam ser considerados punitivas já eram dadas por júris sem qualquer instrução antes de um estabelecimento mais concreto e sistemático da doutrina (SEDGWICK, Theodore. *A treatise on the measure of damages*: or, an inquiry into the principles which govern the amount of pecuniary compensation awarded by courts of justice. 9. ed. New York: Baker, Voorhis & Co., 1912. 4 v. 1912, §348, p. 501 *et. seq.*).

²⁸ PLUCKNETT, 1956, p. 131.

²⁹ *Writ* é “uma ordem escrita da corte, em nome do Estado ou de autoridade legal competente, comandando o endereçado a fazer ou deixar de fazer algo”. O instrumento possui uma história longa, originando-se na fórmula anglo-saxônica que o Rei utilizava para comunicar sua vontade ao povo e às cortes (GARNER, 2009, p. 1747). No original: “*A court's written order, in the name of a state or other competent legal authority, commanding the addressee to do or refrain from doing some specified act*”.

O *attaint*, especificamente, consistia em convocar um novo júri, e o procedimento realizado não era uma mera reconsideração dos fatos em disputa, mas também um julgamento criminal do primeiro júri por perjúrio – o que fazia sentido em um período em que cada jurado posicionava-se a partir do seu próprio conhecimento sobre os fatos concernentes ao caso (PLUCKNETT, 1956, p. 131). Se os jurados proferissem um veredito que, considerando seus conhecimentos sobre o caso, fosse demonstradamente falso, haveria cometido perjúrio, cuja severa punição consistia em: “[*a*]ll of the first jury shall be committed to the King's prison, their possessions seized into the King's hands, their habitations and houses shall be pulled down, their woodland shall be felled, their meadows shall be plowed up and they themselves forever thenceforward be esteemed in the eye of the law infamous” (BELLI SR., 1980, p. 3).

³⁰ PLUCKNETT, 1956, p. 131-133; WALTHER, PLEIN, 1965, p. 371; BELLI SR., 1980, p. 3.

costume de auxiliar o júri, apresentando-lhe evidências durante o julgamento. Gradualmente, insere-se e amplia-se a possibilidade de oitiva de testemunhas, para além dos depoimentos dos diretamente envolvidos. Como resultado, o júri fala cada vez menos de seu próprio conhecimento e se torna, ao invés, um juiz da evidência apresentada diante de si. A situação em torno da ação de *attaint* então se torna muito diferente. Um júri pode retornar um veredito errôneo como resultado de evidência inadequada ou imprecisa, ou como má-compreensão da verdadeira importância da evidência aduzida; mas tal erro de julgamento certamente não é razão suficiente para a severa penalidade prevista na velha ação de *attaint*. Não é mais uma questão de perjúrio deliberado – como era considerado naquele sistema o julgamento dolosamente injusto baseado na falsidade do jurado sobre seu conhecimento prévio –, mas sim de um erro mais ou menos escusável de julgamento. Naturalmente, a ação de *attaint* cai em desuso³¹.

Deixando de lado o *attaint*, no século XVI as cortes preservam os vereditos do júri, a não ser em casos em que houvesse informação precisa e calculável sobre a quantificação do dano³². A partir de então as cortes começaram a fazer novos julgamentos em casos de vereditos considerados inapropriados, pois parecia óbvio que alguns controles do júri eram necessários. É atrelado a esse princípio seminal, de garantir novos julgamentos em casos de indenizações impróprias, que se germina a doutrina da indenização punitiva³³.

Começa-se a refletir sobre como regulamentar os casos em que seria possível impor novos julgamentos. A lei medieval sobre o assunto se mostra pouco promissora: as únicas bases antigas pelas quais isso se admitia era na hipótese de condutas incautas do próprio júri, como se embriagar antes de dar o veredito – e mesmo nesses casos o veredito não era necessariamente afastado, a corte podendo, nos séculos XV e XVI, apenas ajustar o montante concedido a título indenizatório, sem ordenar um novo julgamento ou nova investigação sobre os danos³⁴.

³¹ PLUCKNETT, 1956, p. 132-133.

³² BELLI SR., 1980, p. 3. Nesses casos, a própria corte que estivesse julgando a causa revisava o montante concedido pelo júri (PLUCKNETT, 1956, p. 135).

³³ WALTHER, PLEIN, 1965, p. 369-371; BELLI SR., 1980, p. 3.

³⁴ PLUCKNETT, 1956, p. 135.

O arbítrio que os jurados podiam exercer variava com a forma de ação. Assim, em uma ação por danos emergentes³⁵ de 1615 em que o montante indenizatório, por acordo prévio, havia sido fixado em certo valor, o júri achou por bem conferir apenas metade da soma devida. O juiz do caso, o célebre Edward Coke, declarou que poderia haver diversas razões que, por equidade, os jurados tenham baseado suas decisões, e que no processo de tomada de decisão os jurados faziam o papel de chanceleres³⁶, dotados de uma discricção incontrolável. Afirmou, porém, que caso fosse uma ação de débito o autor teria recebido a indenização integral³⁷.

Embora ainda houvesse um longo tempo até que o júri perdesse seu poder arbitrário sobre a indenização, e conquanto um precedente da *Commonwealth* carregasse pouco peso após a Restauração, em 1655 ocorre o caso *Wood v. Gunston*. A *Upper Bench* permite uma moção por um novo julgamento em caso de calúnia em que o júri havia concedido uma indenização desarrazoadamente alta. A Corte de Apelação é a primeira a afastar um veredito ao considerá-lo excessivo³⁸.

Porém, as cortes eram conservadoras e não aceitaram de pronto este novo poder de afastarem-se vereditos; revela-se que havia uma ansiedade em encontrar uma justificativa para sustentar as indenizações proferidas. Essa busca por um meio de se justificar a manutenção dos vereditos excessivos, argumenta-se, pode ter levado ao surgimento da indenização punitiva³⁹.

³⁵ No contexto da *common law* intitulada como *action on the case* ou *trespass on the case* e entendida como “uma ação buscando a indenização não do resultado imediato de um ato danoso mas ao invés de suas consequências posteriores” (GARNER, 2009, p. 1643).

³⁶ No ordenamento jurídico inglês, o cargo de “chanceler” era originalmente vinculado à Coroa: seus portadores eram em regra os principais conselheiros do Rei sobre questões políticas, podendo formular *writs* (v. nota 29, acima) além de possuírem poderes conectados aos direitos feudais do monarca (PLUCKNETT, 1956, 163-164). Após a desvinculação da função, alguns chanceleres conseguiram angariar poder o suficiente para se tornarem uma ameaça à própria Coroa (*Id.*, p. 695).

³⁷ PLUCKNETT, 1956, p. 135.

³⁸ PLUCKNETT, 1956, p. 135; WALTHER, PLEIN, 1965, p. 370.

³⁹ WALTHER, PLEIN, 1965, p. 369-370; AUSNESS, 1986, p. 3.

Outra hipótese sugere que ela pode ter sido concebida enquanto uma “justa compensação” por danos intangíveis⁴⁰, como sentimentos feridos, dignidade maculada, e demais embaraços – nos primórdios da *common law* esses danos não eram reconhecidos como fatores a se considerar na quantificação da indenização compensatória. Outra teoria proposta como base para a doutrina da indenização punitiva funda-se no fato de que também nesta fase inicial da *common law* o direito penal tinha suas atenções mais voltadas para, e punia mais severamente, infrações envolvendo propriedades do que envolvendo violações de direitos pessoais, e, decorrência disso, as cortes civis teriam tomado para si a tarefa de punir atos ilícitos envolvendo tais direitos, visando a atingir um equilíbrio. Qualquer que seja a razão, ou a combinação dessas razões, a doutrina desenvolveu-se na *common law*, sendo pela primeira vez nomeada na Inglaterra em 1763⁴¹.

O surgimento expresso da indenização punitiva se dá de maneira discreta, sua importância sendo ofuscada pelas questões legais e morais dos casos em que foi suscitada. De forma irônica, um dos primeiros casos a conceder uma indenização a título punitivo é mais celebrado como sendo a base da quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos, do que como base de aplicação da indenização punitiva⁴².

⁴⁰ “Danos intangíveis” é uma tradução livre da expressão “*intangible injuries*”, e diz respeito ao conjunto de todos os danos que não são considerados “concretos” (não concreto no sentido de não possuir uma manifestação física, existindo apenas conceitualmente). Geralmente se referem a lesões à reputação, privacidade, e sofrimentos emocionais (“*emotional distress*”). Esses danos não são, em regra, reparáveis pelo mecanismo compensatório tradicional, nem na Inglaterra, nem nos Estados Unidos (INGBER, Stanley. Rethinking intangible injuries: a focus on remedy. *California Law Review*, Berkeley, v. 73, n. 3, p. 772-856, 1985). Outros termos utilizados são impalpável (“*impalpable*”) e incorpóreo (“*incorporeal*”) (GARNER, 2009, p. 835, 879).

⁴¹ WALTHER, PLEIN, 1986, p. 371.

⁴² BELLI SR., 1980, p. 3. A Quarta Emenda (ratificada em 1791 com as primeiras dez emendas, chamadas em seu conjunto de *Bill of Rights*) garante a inviolabilidade do domicílio (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). *Constituição Federal*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1988, p. 21-22). No original: “*Amendment IV. The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”.

Há divergência sobre qual seria o primeiro caso a tratar nominalmente da questão. Alguns autores apontam o caso *Huckle v. Money*⁴³ enquanto outros, *Wilkes v. Wood*⁴⁴. A confusão existe pois ambos os casos datam de 1763 e ocorreram por consequência de um mesmo fato: a arbitrariedade estatal na emissão de mandados genéricos para a apreensão de quaisquer autores, editores, e tipógrafos envolvidos na publicação do número 45 de um periódico intitulado *North Briton*, em razão do panfleto possuir um teor manifestamente contrário ao governo do rei George III. Pelo menos quarenta e nove pessoas, dentre eles os dois autores das ações referidas, foram presas⁴⁵.

Huckle era um mero tipógrafo, e, em sua *action for trespass*⁴⁶ contra os agentes do rei, o juiz do caso instruiu os jurados do caso sobre eles não estarem adstritos a uma indenização certa, o que levou o júri a dar um veredito em favor do autor na soma de £300 (um valor substancial, que à época figurava como quase trezentas vezes o valor de seu próprio salário semanal). O *King's Counsel* pediu que o veredito fosse afastado e que um novo julgamento se realizasse afirmando que a indenização era excessiva, pois o tipógrafo havia sido preso apenas por poucas horas e teria sido bem tratado. A corte decidiu que a indenização não era excessiva e reiterou sua relutância em intervir em indenizações, caracterizando a indenização conferida como *exemplary damages*, ou indenização exemplar⁴⁷.

Os dois primeiros casos *Wilkes v. Wood* ou *Huckle v. Money* são analisados às págs. 30-33, e dizem respeito justamente à imposição de uma indenização punitiva contra agentes estatais que, munidos apenas de um mandado genérico, detiveram os autores e forçosamente adentraram e vasculharam suas residências. Já os aspectos de influência da Constituição dos Estados Unidos no instituto da indenização punitiva desse país serão analisados ao item 2.4.

⁴³ OWEN, 1994, p. 369; SCHWARTZ, Victor E.; BEHRENS, Mark A.; MASTROSIMONE, Joseph P. Reining in punitive damages "run wild": proposals for reform by courts and legislatures. *Brooklyn Law Review*, New York City, v. 65, n. 4, p. 1003-1035, 1999, p. 1006; RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1289.

⁴⁴ BELLI SR., 1980, p. 4.

⁴⁵ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1287-1288

⁴⁶ *Trespass* sendo compreendido como o "ato ilegal cometido contra outrem ou sua propriedade, especialmente adentrar ilicitamente no imóvel alheio" (GARNER, 2009, p. 1642). A *action for trespass* nada mais é, então, do que uma ação ajuizada por dano a coisas móveis ou imóveis. No original: "*An unlawful act committed against the person or property of another; especially wrongful entry on another's real property*".

⁴⁷ OWEN, 1994, p. 369.

O juiz da causa ponderou que caso o limite da indenização fosse o dano efetivamente sofrido pelo autor, talvez a quantia de £20 fosse o bastante. Conclui, porém, que o que motivou o júri em sua decisão fora a consideração de um exercício arbitrário de poder por parte de um dos funcionários do Rei, que estaria violando a Magna Carta e ameaçando a liberdade do reino. Concordou por fim com a aplicação dessa indenização exemplar, destacando ainda que “entrar na casa de um homem pela virtude de um mandado genérico e inominado para procurar evidências seria um dos mais ousados ataques à liberdade individual, pior do que a Inquisição Espanhola”, e que declarar a legalidade de tal mandado seria uma tirania. A indenização foi então mantida, e um novo julgamento negado⁴⁸.

O caso *Wilkes*, por sua vez, ganhou maior notoriedade pela posição social do autor. John Wilkes era um importante membro do parlamento, de ideologia manifestamente contrária ao Rei, e que, de forma anônima, encabeçava as publicações do *North Briton*⁴⁹.

A ação ajuizada por Wilkes foi também uma *action of trespass*. Wood, o réu, era subsecretário de Estado, e havia pessoalmente supervisionado a execução do mandado na residência do autor. O réu declarou-se inocente, subsidiariamente afirmando que possuía “justificativa especial” para seus atos. Debateu-se na Corte sobre a falta de provas concretas de que Wilkes seria o autor da publicação a ser apreendida, e que, mesmo que elas existissem, o método com que se deu a busca em sua residência fora completamente inapropriado – os réus reivindicavam o direito de, portando um mandado genérico, adentrar o domicílio de alguém, abrir

⁴⁸ *Huckle v. Money*, 1763; RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1288. No original: “[t]o enter a man’s house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject”.

Com as escusas necessárias, faz-se mister avisar que, por uma questão de opção de estilo, e também buscando clarificar a leitura e a compreensão, as citações de decisões estrangeiras, quando a íntegra ou parte dessas tiverem embasado o conteúdo ou posicionamento exposto, não se darão em sua forma tradicional da ANBT – que, no caso aqui referenciado, deveria ser: “(INGLATERRA, Court of Common Pleas, 1763)” – e sim em seu formato mais convencional “(*Autor v. Réu*, ANO)”. As referências ao final estarão devidamente dispostas em seu padrão nacional.

⁴⁹ MASSEY, 1987, p. 1266.

gavetas e arquivos à força, e confiscar papéis e documentos sem inventariá-los⁵⁰.

O juiz da causa manifestou-se sobre o mandado genérico utilizado, afirmando que era o assunto mais relevante e cuja decisão geraria maiores consequências em relação às demais de toda sua prática. Concluiu que se tal poder é verdadeiramente investido num Secretário de Estado, e cabe a ele delegá-lo, de sorte que alguns mensageiros possam cometer tais ações portando apenas um mandado genérico e inominado, podendo buscar onde quer que suas suspeitas recaiam, isso certamente poderia afetar o direito de propriedade de cada homem do reino, e seria totalmente subversivo com a liberdade dos sujeitos⁵¹.

Rematou ainda com o seguinte posicionamento, influente no ulterior desenvolvimento da doutrina da indenização punitiva:

Não obstante o que o Sr. Procurador-Geral tenha dito⁵², eu previamente já declarei como sendo minha opinião em outra ocasião, e continuo pensando da mesma forma: que está nas atribuições e no poder do júri dar um valor maior de indenização do que o dano sofrido pela parte. A indenização serve ao propósito não só de satisfazer à vítima, mas também de punir o culpado, de dissuadir que incorra

⁵⁰ *Wilkes v. Wood*, 1763. No original: “*special justification*”.

⁵¹ *Wilkes v. Wood*, 1763. No original: “[h]is Lordship then went upon the warrant, which he declared was a point of the greatest consequence he had ever met with in his whole practice. The defendants claimed a right, under precedents, to force persons houses, break open escritores [sic], seize their papers, etc. upon a general warrant, where no inventory is made of the things thus taken away, and where no offenders names are specified in the warrant, and therefore a discretionary power given to the messengers to search wherever their suspicions may chance to fall. If such a power is truly invested in a Secretary of State, and he can delegate this power, it certainly may affect the person and property of every man in this kingdom, and is totally subversive of the liberty of the subject”.

⁵² Tratando-se de uma ação que envolvia interesse estatal no polo passivo, o Procurador-Geral (*Solicitor-General*) Norton fez parte do conselho jurídico de defesa de Robert Wood, o réu da causa. A afirmação do Procurador aí referida é parte de seu discurso de defesa, em que afirmou: “[...] que o mandado era lícito por si só. Que a autoridade do Secretário de Estado era suficientemente estabelecida. Que a indenização deveria sempre ser avaliada em função do dano sofrido. Que um júri que agisse norteado por qualquer outro princípio certamente renegava às suas atribuições” (*Wilkes v. Wood*, 1763).

em condutas similares no futuro, e como forma de prova da desaprovação do júri do próprio ato.⁵³

Com isso, e após aparentemente mais de doze horas de julgamento (a Corte haveria se reunido às 9h da manhã e o veredito fora trazido apenas às 23h20) a decisão do júri de uma indenização na soma de £1000 (estimadamente mais do que dez vezes o máximo possível dos danos sofridos) foi mantida para o autor⁵⁴.

Foi nesses dois casos que as cortes inglesas expressaram pela primeira vez que os “propósitos punitivo e dissuasório de uma indenização podiam ser separados de sua função compensatória”⁵⁵. Desde seu surgimento, portanto, pode-se também concluir que as cortes empregaram o instituto da indenização punitiva ou exemplar para coibir os abusos de poder econômico ou abusos de poder em geral⁵⁶.

Outrossim, uma pesquisa realizada com casos ingleses dos séculos XVIII e início do XIX revela que, em regra, os casos que concediam indenizações punitivas envolviam não apenas o abuso de autoridade pública, como atos em que o réu tenha usado seu poder social para abusar do autor, usualmente em público⁵⁷.

1.3 Hipóteses de aplicação

Passada uma década do caso *Wilkes*, as cortes comumente conferiam indenizações punitivas ou exemplares em ações envolvendo *torts*

⁵³ *Wilkes v. Wood*, 1763. No original: “[n]otwithstanding what Mr. Solicitor-General has said, I have formerly delivered it as my opinion on another occasion, and I still continue of the same mind, that a jury have it in their power to give damages for more than the injury received. Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action itself”.

⁵⁴ *Wilkes v. Wood*, 1763.

⁵⁵ ELLIS JR., Dorsey D. Fairness and efficiency in the law of punitive damages. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 56, p. 1-78, 1982, p. 14; SCHWARTZ, BEHRENS, MASTROSIMONE, 1999, p. 1006. No original: “the punitive and deterrent purposes of damage awards could be separated from their compensatory function”.

⁵⁶ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1289; OWEN, 1994, p. 369.

⁵⁷ SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 155-196, p. 159.

como agressão física (“*assault*”), prisão ilegal (“*false imprisonment*”)⁵⁸, calúnia ou difamação (“*defamation*”), sedução (“*seduction*”), litigância de má-fé (“*malicious prosecution*”)⁵⁹ e dano a coisas móveis e imóveis (“*trespass*”). Porém, esse tipo de indenização nunca foi conferido em casos de inadimplemento contratual⁶⁰. Por mais diversos que possam parecer, esses casos compartilham um atributo comum: eles envolviam atos que resultavam em afrontas à honra das vítimas. Em outras palavras, os atos dos réus constituíam insultos que possivelmente provocariam uma indignação na vítima⁶¹.

A possibilidade de se pleitear a indenização punitiva – ou sua disponibilidade – veio a ser limitada e melhor regulamentada séculos mais tarde, no *leading case Rookes v. Barnard* de 1964.

No caso em tela, Douglas Rookes, um projetista empregado pela Sociedade das Linhas Aéreas Ultramarinas Britânica (*British Overseas Airways Corporation* – BOAC), rompeu com seu sindicato, a Associação dos Engenheiros e Projetistas de Aeronaves (*Association of Engineering and Shipbuilding Draughtsman* – AESD), após uma desavença. A BOAC e a AESD possuíam um acordo de exclusividade, e a AESD ameaçou iniciar uma greve a não ser que Rookes rescindisse seu contrato de trabalho

⁵⁸ O conceito de “*false imprisonment*” é amplo, abarcando as hipóteses de cárcere privado e de prisão ilegal (GARNER, 2009, p. 677). No original: “[f]alse imprisonment is a common-law misdemeanor and a tort. It applies to private as well as governmental detention”.

⁵⁹ Este conceito jurídico na *common law* aproxima-se da litigância de má-fé, mas diz respeito especificamente ao ingresso malicioso de uma ação (civil ou penal) temerária, sem um embasamento razoável, que seja decidida em favor do réu. A partir desses elementos, o réu faz jus a uma indenização. É também intitulado de “*abuse of process*” ou “*vexatious suit*” (GARNER, 2009, p. 1044).

⁶⁰ GOTANDA, John. Punitive damages: a comparative analysis. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, v. 42, n. 2, p. 391-444, 2004, p. 398.

⁶¹ ELLIS JR., 1983, p. 15. O autor aponta como a sociedade inglesa do século XIX, preocupada com o *status*, dava especial importância à honra. Assim, desde muito cedo se demandava judicialmente não só por danos (*damnum*) como também por vergonha (*huntage, hontage, dedecus, pudor, vituperium*). Muitas das opiniões judiciais de que se extrai o conceito da indenização exemplar ou punitiva explicitamente refletiam a crença que prejuízos ao bem-estar, em casos envolvendo insultos, deveriam ser reparados para garantir a integralidade da compensação do autor, e que réus deveriam arcar com os custos sociais dos seus atos. Para o autor, a indenização exemplar teria se desenvolvido a partir desses casos (*Id.*, p. 15-16).

ou fosse demitido. A BOAC suspendeu Rookes e, após alguns meses, demitiu-o pagando-lhe apenas o salário proporcional a uma semana, sem aviso prévio. Rookes processou os dirigentes sindicais, incluindo Barnard, presidente da filial. Afirmou que era vítima de uma coação ilegal (“*tortious intimidation*”) e que métodos ilegítimos haviam sido utilizados para induzir a BOAC a terminar seu contrato. Alegou que a ameaça de greve seria, portanto, manifestamente ilegal⁶².

Rookes obteve ganho de causa na primeira instância, o que foi revertido pela Corte de Apelação. Em última instância, a Câmara dos Lordes restaurou a decisão de primeiro grau, confirmando o ganho de causa do autor em desfavor do sindicato. Concluiu-se que o sindicato era culpado pela coação, sendo ilegítimo usar uma ameaça de greve como poder de barganha para forçá-los a fazer algo que, embora fosse tecnicamente legal, sabia-se que causaria danos a um terceiro, no caso, o autor da ação⁶³.

Como relevante para o contexto da indenização punitiva, e única influência duradoura⁶⁴ da decisão, foi parte do voto do relator da causa, Lorde Devlin, que buscou restringir a disponibilidade da indenização punitiva de duas formas. Primeiro, ele distinguiu a indenização exemplar (de caráter punitivo) dos *aggravated damages*⁶⁵, ou indenização agravada (de caráter compensatório), e reclassificou muitos casos anteriores que supostamente haviam deferido indenizações punitivas como exemplos de indenizações agravadas⁶⁶. Segundo, impôs como condição de aplicação

⁶² *Rookes v. Barnard*, 1964.

⁶³ *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 33-35.

⁶⁴ O mérito do julgamento, no que diz respeito as relações entre empregado e sindicato foi quase imediatamente nulificado por uma lei que adveio no ano seguinte: *Trade Disputes Act* de 1965 (GILFOYLE, Dan *et al.* *The Trade Union Movement: 1950-1964 Trade unions and post-war consensus*, 2013).

⁶⁵ Os *aggravated damages* serão discutidos em tópico específico (1.2.3), mas tratam-se sucintamente de uma indenização de caráter compensatório, que busca indenizar os sofrimentos psicológicos do autor causados pela conduta ilícita do réu, levando em consideração o grau de culpabilidade dessa conduta (CUNNINGTON, Ralph. *The border between compensation, restitution and punishment*. *Law Quarterly Review*, London, v. 122, p. 382-386, 2006, p. 371).

⁶⁶ CUNNINGTON, 2006, p. 371; WILCOX, Vanessa. *Punitive damages in England*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 7-54, p. 7. Inclusive, a ambiguidade entre as duas categorias já levava com que muitos, anteriormente, argumentassem que havia poucos (se algum) casos de aplicação

da indenização punitiva a adequação a apenas três categorias: (1) condutas opressivas, arbitrárias, ou manifestamente inconstitucionais por parte de agentes públicos; (2) quando a conduta ilícita do réu tiver intuito “calculado” de lhe gerar lucros; (3) nas hipóteses expressamente autorizadas por lei⁶⁷.

O juiz acreditava que o propósito básico de uma indenização seria o de compensar a vítima, enquanto o propósito de uma indenização punitiva, o de punir e dissuadir o causador do dano. Neste último caso, portanto, a ênfase não seria na vítima e em sua lesão, mas sim no autor do dano e em sua conduta⁶⁸.

Lord Devlin ainda indicou que talvez preferisse abolir completamente a “anomalia” da indenização punitiva, mas se sentia constrito pela *case-law* e estatutos existentes. Assim, o meio-termo que encontrou foi limitar esse tipo de indenização a casos em que a indenização exemplar pudesse servir um propósito útil de asseverar a força da lei e assim proporcionando uma justificativa prática para se admitir no direito civil um princípio que deveria logicamente pertencer ao direito penal⁶⁹.

Posteriormente, como resultado da decisão da Corte de Apelação no caso *AB v. South West Water Services Ltd.* de 1993, o pedido que contivesse uma indenização punitiva também precisava satisfazer a *cause of action test*. Essa condição illogicamente restringia a disponibilidade da indenização punitiva para causas de ação que já houvessem recebido esse

da indenização punitiva que não pudessem ser explicados como aplicações da indenização agravada (DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 944).

⁶⁷ *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 38-39. No original: “[t]he first category is oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government. [...] Cases in the second category are those in which the Defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff. [...] To these two categories which are established as part of the common law there must of course be added any category in which exemplary damages are expressly authorised by statute”.

⁶⁸ DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 944.

⁶⁹ *Rookes v. Barnard*, 1964; CHAPMAN, Bruce; TREBILCOCK, Michael. Punitive damages: divergence in search of a rationale. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, v. 40, n. 3, p. 741-829, 1989, p. 747. No original: “there are certain categories of cases in which an award of exemplary damages can serve a useful purpose in vindicating the strength of the law and thus affording a practical justification for admitting into the civil law a principle which ought logically to belong to the criminal”.

tipo de indenização anteriormente a 1964 (quando da decisão do caso *Rookes*)⁷⁰.

Materialmente o caso *AB v. South-West Water* tratava de um reservatório de água contaminado por agentes químicos, e o autor pleiteou por indenização compensatória e punitiva. Analisou-se que o tipo de ação – identificado como *public nuisance*⁷¹ – não possuía precedentes de deferimento de indenizações a título punitivo, o que deu azo ao raciocínio de se restringir a aplicabilidade desta aos casos já ocorridos⁷².

Após a decisão do caso *AB*, a *Law Commission for England and Wales* editou um relatório, ou *consultation paper*, dando início a uma pesquisa sobre “*Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*”, cujas conclusões foram publicadas em 1997 em um parecer de mesmo título.

⁷⁰ WILCOX, 2009, p. 7. *A fortiori*, pode-se também dizer que essas causas de ação não haviam sido reconhecidas como *torts* antes disso (DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 945).

⁷¹ Prosser e Keeton afirmam que o mero conceito de *nuisance* é uma das “selvas mais impenetráveis de todo o direito” (“*there is perhaps no more impenetrable jungle in the entire law than that which surrounds the word nuisance*”) (KEETON *et al*, 1984, p. 616). O conceito não tem nenhum sentido preciso, e já foi aplicado a uma infinidade de casos diversos. Divide-se as *nuisances* em privadas e públicas, a depender de seus efeitos (KEETON *et al*, 1984, p. 616; DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 509).

Dessas, a *public nuisance* é considerada a menos precisa, sendo chamada de uma “área amorfa e insatisfatória do direito que abarca um conjunto desarranjado de ilícitos, alguns dos quais mal relacionam-se com a responsabilidade civil e aparentam apenas preencher uma lacuna do direito penal” (“*an amorphous and unsatisfactory area of the law covering an ill-assorted collection of wrongs, some of which have little or no association with tort and only appear to fill a gap in the criminal law*”). Uma pessoa é responsabilizada por *public nuisance* quando: “(a) comete um ato que não é garantido pelo direito; ou (b) omite-se em cumprir um dever legal; e o resultado desse ato ou omissão coloca em risco a vida, saúde, propriedade, moral, ou conforto do público” (*Ibid.*). No original: “*a person is guilty of a public nuisance...who (a) does an act not warranted by law, or (b) omits to discharge a legal duty, if the effect of the act or omission is to endanger life, health, property, morals, or comfort of the public*” (grifos no original).

⁷² *AB v. South West Water Ltd.*, 1993; WILCOX, 2009, p. 7-8.

No parecer, a *Law Commission* revisava, dentre demais assuntos, o “estado da arte” da indenização exemplar, propondo extensivas recomendações⁷³, que foram todas rejeitadas pelo governo em novembro de 1999⁷⁴.

Por quase duas décadas o sistema jurídico inglês ficou então restrito, em matéria de indenização punitiva, às causas de ação deferidas previamente ao caso *Rookes*. Nova transformação ocorreu apenas em 2001, quando a Câmara dos Lordes em *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* decidiu *overrule* o caso *AB*. A Câmara ainda afirmou que a decisão do caso *AB* teria sido tomada num período em que a distinção entre a indenização punitiva e a indenização agravada não era tão clara quanto no momento presente. Concluíram, portanto, que o foco

⁷³ THE LAW COMMISSION, *Report no. 247: Aggravated, exemplary and restitutionary damages*. Londres: TLC, 1997. 196 p.

O *consultation paper* (THE LAW COMMISSION, *Consultation paper no. 132: Aggravated, exemplary and restitutionary damages*. Londres: HMSO, 1993. 180 p.) foi uma publicação de outono de 1993 da *Law Commission*, então sob a presidência de Sir Henry Brooke. A publicação reunia uma posição inicial tirada pelos membros da comissão e convidava demais juristas a se pronunciarem sobre a adequação da manutenção da indenização punitiva como remédio jurídico no direito inglês – e caso a resposta fosse positiva, que reformas seriam necessárias, e se tais reformas poderiam ser atingidas por meio de desenvolvimento judicial ou se necessitariam de intervenção estatutária. As opiniões foram tão polarizadas que a Comissão, em dezembro de 1995, publicou um relatório suplementar, delineando três possíveis modelos de reforma. Uma considerável maioria dos que se pronunciaram foram favoráveis à manutenção da indenização punitiva (BROOKE, Henry. A brief introduction: the origins of punitive damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 1-3, p. 2). As conclusões definitivas foram expostas no parecer publicado pela mesma Comissão, já sob outra presidência, em 1997 (THE LAW COMMISSION, 1997).

Estes robustos estudos, que tratam de documentos históricos hoje disponíveis online, conjuntamente com contemporâneo relatório realizado por Vanessa Wilcox, em obra editada conjuntamente por ela e pelo professor Helmut Koziol, com prefácio do próprio Sir Henry Brooke (que narra sua experiência com a *Law Commission* acima relatada) – e descrita por Ricardo de Angel Yáguéz, autor espanhol que escreve monograficamente sobre a indenização punitiva, como recente e completíssima em sua análise fenomenológica (YÁGUÉZ, Ricardo de Ángel. *Daños punitivos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 2012, p. 17) – nortearão a estrutura da presente análise sobre a indenização punitiva ou exemplar (como lá se prefere) na Inglaterra.

⁷⁴ WILCOX, 2009, p. 8.

da admissibilidade de uma ação que pleiteasse pela indenização punitiva não deveria ser a causa da ação, e sim se as circunstâncias do caso se enquadram no rol das três categorias estabelecidas em *Rookes*⁷⁵.

Nos demais países em que a indenização punitiva acabou sendo recepcionada, como os Estados Unidos, Canadá, Austrália, e Nova Zelândia, a *case-law* do instituto acabou por se desenvolver independentemente da Inglaterra, não se reconhecendo a sistematização e balizas impostas pelo caso *Rookes*, bastando, em regra, um ato ilícito civil de alta repreensibilidade para ensejar uma indenização a título punitivo⁷⁶. De todo modo, dada a importância e influência da presente decisão no direito inglês, passaremos a analisar mais detidamente as três categorias estabelecidas, referidas por autores em seu conjunto como “*categories test*”⁷⁷, seguido pela questão dos *aggravated damages*.

1.3.1 Ação opressiva, arbitrária, ou inconstitucional praticada por agentes públicos

A primeira categoria cuida das hipóteses em que a indenização exemplar visa a coibir o uso arbitrário e ultrajante de poder executivo, um rol de casos em que a aplicação da indenização exemplar já havia se sedimentado jurisprudencialmente. Até pela força dos precedentes, Lorde Devlin não admitiu a possibilidade de se restringir a disponibilidade da indenização exemplar neste tipo de caso. Não é surpreendente que essa categoria se relacione com alguns dos primeiros casos registrados de decisões envolvendo indenizações exemplares, como as já analisadas *Wilkes v. Wood*, *Huckle v. Money*, além do caso *Benson v. Frederick*, de 1845⁷⁸.

Há dois requisitos básicos, facilmente apreensíveis, para admitir uma indenização nesta categoria: o primeiro diz respeito à qualificação da conduta do réu, que deve constituir um “ato opressivo, arbitrário ou inconstitucional”, e o segundo a uma qualificação do *status* do próprio réu, que deve ser um “agente público” (“*public servant*”), ou alguém que

⁷⁵ GOTANDA, 2004, p. 401-402; WILCOX, 2009, p. 8.

⁷⁶ WILCOX, 2009, p. 8.

⁷⁷ CUNNINGTON, 2006, p. 371; WILCOX, 2009, p. 7.

⁷⁸ WILCOX, 2009, p. 9.

“esteja exercendo poder governamental” (“exercising government power”)⁷⁹. Já se afirmou que uma leitura literal desse segundo requisito confinaria a categoria aos agentes da Coroa⁸⁰.

Quanto ao primeiro requisito, o caso *Holden v. Chief Constable of Lancashire*, de 1987, atentou para o uso da preposição “ou” na redação da primeira categoria. Afirmou-se que os epítetos utilizados deveriam ser lidos disjuntivamente, o que possibilitaria a um ato inconstitucional que não fosse nem opressivo nem arbitrário ser abarcado pela categoria. Essa constatação é ratificada pela doutrina⁸¹.

Holden havia sido detido por cerca de vinte minutos por um membro da força policial e ingressou com uma ação indenizatória contra a polícia por prisão ilegal (“*wrongful arrest*”). Na apreciação do caso, o juiz não permitiu ao júri a consideração quanto à imposição de uma indenização exemplar por não haver indícios de comportamento agressivo. Contudo, a Corte de Apelação decidiu que uma vez que a prisão ilegal é considerada inconstitucional, o ato cometido pelo policial se enquadrava nesta categoria a despeito da ausência de comportamento opressivo. Citou-se o caso *Huckle v. Money*, em que também havia se concedido indenização punitiva por uma detenção ilegal muito embora o autor ficara preso por apenas seis horas e fora tratado de maneira civilizada⁸².

Holden, contudo, estabeleceu também que não bastaria apenas caracterizar uma ação como “inconstitucional”, mas sim julgar se tratava-se de uma utilização indevida de “poder executivo ou constitucional” (“*constitutional or executive power*”)⁸³.

⁷⁹ THE LAW COMMISSION, 1993, p. 55-56; THE LAW COMMISSION, 1997, p. 55; GOTANDA, 2004, p. 399; WILCOX, 2009, p. 9.

⁸⁰ THE LAW COMMISSION, 1993, p. 56.

⁸¹ *Holden v. Chief Constable of Lancashire*, 1987; GOTANDA, 2004, p. 399; WILCOX, 2009, p. 9; HOWARTH, David *et al. Hepple and Matthews' Tort Law: cases and materials*. 7. ed. Londres: Bloomsbury, 2015, p. 506.

⁸² WILCOX, 2009, p. 9-10.

⁸³ HOWARTH *et al.*, 2015, p. 506. Já no caso *AB v. South West Water*, de 1993, a Corte de Apelação afirmou que os termos utilizados por Lorde Devlin não deveriam ser analisados minuciosamente, uma vez que eram apenas um julgado, e não um estatuto. Considerou-se nesse caso que não havia dúvida que Lorde Devlin, na primeira categoria, se referia a “utilizações gravemente indevidas de poder, envolvendo condutas ilícitas, cometidas por agentes públicos” (*Ibid.*). No original: “*gross misuse of power, involving tortious conduct by agents of the government*”.

Mais recentemente, situação similar ocorreu no caso *Rowlands v. Chief Constable of Merseyside Police*, de 2006, em que o juiz do caso também impossibilitou o júri de conferir uma indenização exemplar, afirmando que não havia nada “extraordinário” no caso. Na apelação, fez-se referência ao caso *Holden*, que teria sedimentado o entendimento de que uma prisão ilegal por si só seria suficiente para enquadrar-se nesta categoria⁸⁴. Infere-se que a desaprovação legal nesses casos é dirigida ao ato inconstitucional cometido, e não focada nos efeitos causados na vítima pela conduta⁸⁵.

Na ausência de uma conduta arbitrária ou opressiva, é fundamental uma apreciação do que constituiria uma conduta “inconstitucional”. No caso *Watkins v. Secretary of State for the Home Department and Others*, de 2006, o autor, apenado, havia acionado judicialmente a administração pública por ter sua correspondência com seus procuradores violada. A Corte de Apelação entendeu que a violação desse direito constitucional era suficiente para ensejar uma ação de responsabilidade civil por abuso de autoridade, mesmo sem o autor comprovar qualquer dano. De fato, o autor não recebeu uma indenização compensatória – apenas uma indenização nominal, e determinou-se que uma indenização punitiva seria cabível. A administração apelou, e, em última instância, a Câmara dos Lordes decidiu que a violação de um direito constitucional por si só não responsabiliza automaticamente o réu a arcar com uma indenização punitiva: é preciso que haja um dano físico, psicológico, ou alguma perda financeira⁸⁶.

Em síntese, o primeiro requisito é a violação de um direito constitucionalmente garantido, pela utilização indevida de poder executivo ou constitucional, acompanhada da comprovação da ocorrência de dano.

Já o segundo requisito é que o causador do dano (“*tortfeasor*”) seja um agente público à época da ocorrência do ilícito. Em uma série de casos as cortes concordaram que a expressão “agentes públicos” deve ser interpretada extensivamente, para corresponder a todos aqueles que exercerem *funções de natureza executiva*, derivada de um governo central ou local⁸⁷. Em especial esta clarificação se fez no celebrado caso *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, de 1972, em que a Câmara dos Lordes afirmou categoricamente que a primeira categoria deve ser compreendida de forma ampla,

⁸⁴ WILCOX, 2009, p. 10.

⁸⁵ DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 945.

⁸⁶ WILCOX, 2009, p. 10-11.

⁸⁷ WILCOX, 2009, p. 11.

incluindo condutas praticadas pela polícia, agentes municipais e demais funcionários públicos⁸⁸.

Comportamento abusivo por parte da polícia é historicamente a conduta que gerou mais indenizações nesta categoria⁸⁹. Nota-se ainda que Lorde Devlin em *Rookes* afirmou claramente que não era favorável a estendê-la para condutas comparáveis às de uma função pública exercidas por indivíduos, associações ou empresas privadas. Para o juiz, casos do tipo seriam passíveis de indenizações agravadas, mas não punitivas⁹⁰.

No próprio caso *Rookes*, inclusive, os réus não se enquadravam nessa tipologia, uma vez que se tratava de dirigentes sindicais⁹¹.

Essa exclusão feita pelo julgador não foi unanimemente bem recebida pela doutrina, com autores defendendo a responsabilização de entes privados. A distinção se sustentou por ser compatível com a tendência de limitar ao invés de expandir o escopo da indenização punitiva⁹².

Porém, mais recentemente, no caso *Kuddus*, Lorde Nicholls duvidou que tal exclusão se mantivesse apropriada no mundo moderno, onde grandes corporações e mesmo alguns indivíduos podem exercer grandes poderes, equiparáveis ou equivalentes a poderes públicos. Isso é bastante claro em litígios envolvendo locações de imóveis, embora não signifique

⁸⁸ GOTANDA, 2004, p. 399.

⁸⁹ WILCOX, 2009, p. 11.

⁹⁰ CHAPMAN, TREBILCOCK, 1989, p. 747. Sua justificação, declinada no próprio caso: “o caso do governo (...) é diferente, pois agentes públicos são também funcionários do povo, e quando utilizam de seu poder devem sempre fazê-lo de maneira subordinada ao seu *duty of service*” (*Rookes v. Barnard*, 1964). No original: “*I should not extend this category,—I say this with particular reference to the facts of this case,—to oppressive action by private corporations or individuals. Where one man is more powerful than another, it is inevitable that he will try to use his power to gain his ends; and if his power is much greater than the other's, he might perhaps be said to be using it oppressively. If he uses his power illegally, he must of course pay for his illegality in the ordinary way; but he is not to be punished simply because he is the more powerful. In the case of the government it is different, for the servants of the government are also the servants of the people and the use of their power must always be subordinate to their duty of service. It is true that there is something repugnant about a big man bullying a small man and very likely the bullying will be a source of humiliation that makes the case one for aggravated damages, but it is not in my opinion punishable by damages*” (Grifou-se).

⁹¹ *Ibid.*; WILCOX, 2009, p. 11.

⁹² DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 946.

que as condutas ultrajantes do locador não sejam resguardadas pela segunda categoria⁹³, como se verá a seguir.

1.3.2 Conduta calculada pelo réu para obter lucro para si que excede a indenização eventualmente concedida ao autor

A segunda categoria contempla a situação em que o réu tenha antevisto que o dinheiro que pode ganhar por sua conduta ilícita é maior que a indenização que eventualmente possa vir a pagar⁹⁴.

Os casos nesta categoria geralmente englobam difamação ou despejo ilegal. O embasamento para a constituição desta categoria por parte de Lord Devlin foi a sequência de casos iniciada em *Bell v. Midland Railway Co.*, *Williams v. Currie*, e *Crouch v. Great Northern Railway*⁹⁵. O juiz explicou sua segunda categoria da seguinte forma:

[Nos casos em que] um réu, com um desprezo cínico pelos direitos de um autor, haja calculado que o dinheiro a ser ganho com seu ato ilícito provavelmente excederá a indenização que corre o risco de pagar, é necessário que a lei mostre que não pode ser quebrada com impunidade⁹⁶.

A Câmara dos Lordes esclareceu ainda mais as condições desta categoria no caso *Cassell*⁹⁷. O mero fato que uma *tort*, e especificamente uma difamação, seja cometida no curso de um negócio visando lucro não é suficiente para enquadrar a conduta nesta segunda categoria⁹⁸. O que é preciso, adicionalmente: (1) o *conhecimento* de que o que se propõe fazer seja contra a lei ou um *desprezo gravemente culposo* acerca da legalidade

⁹³ DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 947.

⁹⁴ CHAPMAN, TREBILCOCK, 1989, p. 748.

⁹⁵ WILCOX, 2009, p. 12

⁹⁶ *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 37-38. Afirma ainda o juiz: “a indenização exemplar pode ser devidamente concedida quando for necessário ensinar o lesante que ilícitos não compensam”. No original: “[w]here a Defendant with a cynical disregard for a Plaintiff's rights has calculated that the money to be made out of his wrongdoing will probably exceed the damages at risk, it is necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity. [...] Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay” (*Id.*, p. 38).

⁹⁷ GOTANDA, 2004, p. 399; DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 947.

⁹⁸ WILCOX, 2009, p. 12.

do ato em questão; e (2) uma decisão de realizar esse ato, pois os prospectos de ganhos materiais prevalecem sobre os prospectos de perdas materiais⁹⁹.

Cabe ao autor satisfazer a condição (1) com um balanço de probabilidades. Não há dificuldades nos casos relativamente raros em que pode se demonstrar que o réu realmente *sabia* que estava cometendo uma *tort* ao publicar um artigo. Já quando se discute a *culpa grave* (não basta um mero descuido), o júri deve estar convencido de que o editor não possuía uma crença genuína na veracidade do que foi por ele publicado¹⁰⁰.

O autor também deve provar (2), que o réu agiu com a expectativa ou esperança de um ganho material. Esse requisito não se limita expressamente a um cálculo matemático¹⁰¹. O autor pode calcular que o réu não irá ingressar com uma ação pois não dispõe de condições financeiras para tanto, ou ainda por estar de alguma forma intimidado a não o fazer. O requisito pode ainda ser satisfeito quando o “cálculo” seja no sentido de não gastar, como no caso de um jornal ser informado da potencialidade de uma edição que já tenha sido encaminhada à publicação conter um artigo difamatório e decidir não fazer um *recall* do volume por conta dos custos envolvidos¹⁰².

O exemplo clássico que satisfaz ambos os requisitos é o próprio caso *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* que os esclareceu. Trata-se de uma ação em que o autor, um renomado capitão aposentado da Marinha Real Britânica alegou conduta difamatória por parte do escritor do livro “A

⁹⁹ *Cassell & Co., Ltd. v. Broome*, 1972, p. 24. No original: “the mere fact that a tort [...] is committed in the course of a business carried on for profit is not sufficient to bring a case within the second category. [...] What is necessary in addition is (i) knowledge that what is proposed to be done is against the law or a reckless disregard whether what is proposed to be done is illegal or legal, and (ii) a decision to carry on doing it because the prospects of material advantage outweigh the prospects of material loss”.

¹⁰⁰ WILCOX, 2009, p. 12.

¹⁰¹ *Cassell & Co., Ltd. v. Broome*, 1972, p. 24. Se assim o fosse, seriam raras as ocasiões que um autor conseguiria comprovar tal requisito (*Ibid.*). No original: “[i]t is not necessary that the defendant calculates that the plaintiff's damages if he sues to judgment will be smaller than the defendant's profit. This is simply one example of the principle”.

¹⁰² WILCOX, 2009, p. 13.

Destruição do Comboio PQ17”¹⁰³ e sua editora, Cassell & Co. Ltd., por caracterizá-lo como responsável por malfadados desastres navais da Segunda Guerra Mundial. Os réus haviam sido alertados pelo autor e por peritos navais de alto escalão que o manuscrito possuía inquestionável conteúdo difamatório, além de saberem que demais editoras já haviam rejeitado a publicação por considerarem-na demasiadamente arriscada¹⁰⁴. Restou claro no caso concreto que a editora levou tais avisos a sério, tendo respondido: “sendo assim, nós vamos reforçar a cláusula de indenização no contrato [do escritor do livro]”¹⁰⁵.

Após a publicação de edições de prova com apenas pequenas modificações no texto do manuscrito a editora foi notificada judicialmente pelo autor, mas decidiu por prosseguir e publicar a edição definitiva. No julgamento do caso, a Câmara concluiu que os fatos se enquadravam perfeitamente dentro dos limites da segunda categoria de *Lorde Devlin*, tendo o escritor se exultado por conseguir dizer coisas bastante impróprias, e os editores decidido pela publicação com sangue-frio e uma consciência bastante clara do que estavam fazendo¹⁰⁶. Permitiu-se que o júri então inferisse que a Cassell & Co. Ltd. havia

(...) decidido publicar o livro a despeito das notificações do Capitão Broome, sabendo que passagens do livro eram difamatórias ao Capitão, e sem se importar se essas passagens eram verdadeiras ou falsas com base no fato de que lhes era vantajoso correr o risco de responder a uma ação judicial e ter

¹⁰³ O livro abordava um dos grandes desastres navais da Segunda Guerra, no qual 11 das 35 embarcações mercantes da Inglaterra foram afundados enquanto a caminho da União Soviética, resultando na morte de aproximadamente 153 marinheiros e na perda de uma vasta quantidade de material de guerra. O autor, Cap. Broome, fora o Comandante da Marinha Real responsável pela escolta do comboio, e a quem o livro atribuiu responsabilidade pelo desastre (*Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, 1972, p. 2).

¹⁰⁴ WILCOX, 2009, p. 14.

¹⁰⁵ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, 1972, p. 42. No original: “[m]r. Kimber gave evidence that about the 8th March, 1967, he had telephoned Mr. Parker, a director of Cassells and told him that they had had one or two threats of libel actions if they published the book; to which Mr. Parker’s response was ‘In that case we will tighten up the indemnity clause in Mr. Irving’s agreement’”.

¹⁰⁶ WILCOX, 2009, p. 14.

que pagar uma indenização ao Capitão na perspectiva de lucrar com o livro¹⁰⁷.

A indenização compensatória de £15.000,00 e a indenização exemplar de £40.000,00 foram mantidas.

A despeito do exposto reconhecimento por parte de Lorde Devlin que condutas difamatórias se enquadrariam sob sua segunda categoria e sua posição de que “um homem não deve poder vender a reputação de outro homem em busca de lucro”¹⁰⁸, a indenização exemplar foi mais comumente buscada e concedida sob a égide desta categoria em casos de locação de imóveis do que de difamação¹⁰⁹ – geralmente envolvendo um despejo ilegal anterior ao termo do contrato no intuito de disponibilizar a propriedade para um aluguel mais rentável¹¹⁰.

Assim como em casos de difamação, requer-se a demonstração de que o réu tomou uma decisão de proceder com a conduta, sabendo que ela era errada ou ignorando imprudentemente sua ilegalidade, pois as vantagens a auferir prevaleciam sobre os riscos envolvidos¹¹¹. Explicando o escopo de sua segunda categoria, Lorde Devlin asseverou que ela

não está confinada ao ganho monetário no sentido estrito. Estende-se aos casos em que o réu busca ganhar à custa do autor algum objeto – talvez alguma propriedade que ele deseje – que, ou ele não

¹⁰⁷ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, 1972, p. 43. No original: “[s]hortly thereafter Cassells circulated proof copies of the book. Why they did so after the circulation of this memorandum is not known for no evidence was given for them. In the absence of any explanation the jury were, in my view, entitled to draw the inference that they had decided to publish the book, despite Captain Broome's threats of action, knowing that passages in the book were libellous of Captain Broome and not caring whether those passages were true or false and on the footing that it was worth their while to run the risk of an action being brought by him and of his obtaining damages in order to make a profit on the book” (grifou-se).

¹⁰⁸ *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 38. No original: “It is a factor also that is taken into account in damages for libel; one man should not be allowed to sell another man's reputation for profit” (Grifou-se).

¹⁰⁹ WILCOX, 2009, p. 14

¹¹⁰ THE LAW COMMISSION, 1993, p. 61; GOTANDA, 2004, p. 400.

¹¹¹ WILCOX, 2009, p. 14.

poderia obter, ou teria que pagar um preço maior do que se dispõe¹¹².

O caso *Drane v. Evangelou*, de 1978, ilustra bem esse ponto. Uma imobiliária reduziu o valor do aluguel do autor da ação, de acordo com um ato do Parlamento para regulação de preços de aluguéis promulgado pouco tempo antes¹¹³, gerando descontentamento do proprietário. Enquanto o autor estava fora, três associados do proprietário réu entraram no imóvel, colocaram todos os pertences do autor no quintal e impediram que ele voltasse a entrar na residência. Os parentes do proprietário então se mudaram para o imóvel, e a despeito de cautelares por parte do autor para recuperar a posse do imóvel, ele só conseguiu retornar após um período de dez semanas. Tal conduta foi considerada suficientemente séria para ensejar uma indenização a título punitivo nesta categoria¹¹⁴.

Ainda assim, os autores em ações de despejo ilegal encontram resultados desiguais, ora obtendo indenizações punitivas, ora não, demonstrando que na prática por diversas razões o sucesso com esse pleito não é garantido¹¹⁵.

Em suma, a indenização exemplar concedida sob a égide desta categoria visa não apenas a meramente restituir ou extrair a vantagem indevidamente auferida pelo réu, mas também a ensinar a quem comete um ilícito que “ilícitos não compensam” (“*tort does not pay*”)¹¹⁶. Nota-se ainda que as indenizações concedidas nos casos de despejo são relativamente pequenas. Em contraste, as concedidas em ações de difamação vêm produzido indenizações maiores, para os padrões ingleses¹¹⁷.

¹¹² *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 39. No original: “[t]his category is not confined to moneymaking in the strict sense. It extends to cases in which the Defendant is seeking to gain at the expense of the Plaintiff some object,—perhaps some property which he covets,—which either he could not obtain at all or not obtain except at a price greater than he wants to put down”.

¹¹³ INGLATERRA. Parliament Act n° 1977 c. 42, de 29 de julho de 1977. *Rent Act 1977*.

¹¹⁴ WILCOX, 2009, p. 15.

¹¹⁵ DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 948.

¹¹⁶ *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 39; WILCOX, 2009, p. 16

¹¹⁷ THE LAW COMMISSION, 1993, p. 61-62; GOTANDA, 2004, p. 400.

1.3.3 Estatutos que autorizam a indenização punitiva

Foi também do posicionamento de Lorde Devlin que a indenização punitiva estivesse disponível nos casos previstos e autorizados pelo parlamento.

A) *Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951*

Até recentemente, o menos controvertido dos dois estatutos que supostamente autorizam a indenização punitiva era justamente o Ato sobre as Forças Reservas e Auxiliares (Proteção dos Interesses Cívicos), de 1951. Este Ato protege indivíduos que servem nas forças armadas, restringindo a execução de várias ações civis contra eles, exceto quando haja permissão expressa de uma corte competente. Sob a seção 13 do Ato, a indenização punitiva pode ser utilizada contra qualquer pessoa que se omite em obter esta permissão¹¹⁸.

Porém, Lorde Kilbrandon no caso *Broome*, de 1972, considerou este como um exemplo de uma velha utilização do termo “indenização exemplar” (uma vez que o Ato data de antes da sistematização realizada no caso *Rookes*), e que de fato estar-se-ia lidando com o que, modernamente, deveria ser intitulado de indenização agravada¹¹⁹.

Em maio de 2007 o *Department of Constitutional Affairs*, cujas atribuições hoje em dia pertencem ao Ministério da Justiça, publicou um parecer sobre uma série de relatórios anteriores da *Law Commission*, incluindo o que vem sendo trabalhado, sobre *Aggravated, Exemplary and*

¹¹⁸ WILCOX, 2009, p. 17.

¹¹⁹ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome and Another*, 1972, p. 68; THE LAW COMMISSION, 1993, p. 65. O julgador ainda se respalda no fato de que o Ato era também válido na Escócia, país que não admite sob nenhuma hipótese uma indenização a título punitivo, mas reconhece as indenizações agravadas. Seria ilógico, a seu ver, que o Ato introduzisse como que “*side-wind*” (“indiretamente”, “*en passant*”) a doutrina da indenização punitiva naquele país (WILCOX, 2009, p. 17). Sua manifestação original: “*In the same sense I would interpret section 13 (2) of the Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act, 1951, which provides for the award, in certain circumstances, of ‘exemplary damages’. Section 13 (2) applies, by virtue of section 13 (6), to Scotland, and since I can hardly believe that this Act introduced for the first time, as it were by a side-wind, the doctrine of punitive damages into the law of Scotland, I conclude again that ‘exemplary’ really means ‘aggravated’ Aggravated damages, in the English sense, are available to pursuers in defamation cases in Scotland [...]*”.

Restitutionary Damages, de 1997¹²⁰. Neste parecer, é posição do governo que o Ato sobre as Forças Reservas e Auxiliares (Proteção dos Interesses Cívicos) de 1951 ora analisado é “claramente anômalo”, e propõe-se substituir o termo “indenização exemplar” por “indenização agravada”, com visão similar à exposta pelo Lorde Kilbrandon em *Broome*¹²¹.

B) *Copyright, Designs and Patents Act 1988*

O segundo exemplo é menos claro, uma vez que não há referência expressa à indenização exemplar. Ao invés, a Seção 97 do *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (que, destaca-se, não revogou o *Patents Act 1977* analisado a seguir) permite à corte, em uma ação por violação de propriedade industrial, conceder quaisquer “indenizações adicionais” que achar cabíveis. A despeito de haver apoio à tese de que tal provisão seria de natureza “punitiva”, o governo posicionou-se, no mesmo parecer referido acima, decidindo a questão em sintonia com o julgamento do juiz Pumfrey no caso *Nottinghamshire Healthcare NHS Trust v. News Group Newspapers Ltd.*, de 2002, qual seja, que a Seção em questão autorizaria apenas uma indenização de cunho restitutivo e agravado¹²².

C) *Patents Act 1977*

“Indenizações adicionais” são também mencionadas no presente Ato. O parágrafo 12 instrui a corte a conceder as indenizações adicionais que o juiz do caso venha a determinar quando uma pessoa conscientemente provê informações falsas relacionadas a inovações biotecnológicas. Esta provisão não parece ter gerado qualquer *case-law* registrada¹²³.

Não obstante a ambiguidade no entorno das provisões de *copyright*, inequivocamente certo é que desde *Rookes v. Barnard* o parlamento não achou necessário expressamente autorizar uma indenização a título punitivo na promulgação de novas legislações. No parecer do *Department of Constitutional Affairs*, de 2007, já citado, o governo se posicionou afirmando que não pretende extensões estatutárias da indenização

¹²⁰ WILCOX, 2009, p. 17.

¹²¹ INGLATERRA. Department for Constitutional Affairs. Consultation Paper nº 9/07, de 04 de maio de 2007. *The law on damages*, p. 78-79. Doravante: “INGLATERRA, DCA, 2007”.

¹²² WILCOX, 2009, p. 18.

¹²³ WILCOX, 2009, p. 18.

exemplar em matéria cível¹²⁴. Além disso, considerou-se a utilização do termo “indenização adicional” nos Atos de 1977 e 1988, supra, como anômala e prejudicial, propondo que fosse substituída por “indenização agravada”. Tais alterações não afetariam a disponibilidade da indenização exemplar nas demais categorias do caso *Rookes*¹²⁵.

Essas mudanças significariam que a indenização exemplar não estaria mais disponível estatutariamente, sendo uma matéria cuja regulamentação seria deixada completamente para os precedentes¹²⁶.

1.4 *Aggravated damages*

Para além da mera indenização compensatória, no direito inglês a indenização pode conter um elemento de indenização agravada, proveniente possivelmente da forma como o réu agiu enquanto cometia o ilícito original, ou como portou-se no decorrer da ação. Já a indenização punitiva ou exemplar (como se prefere chamar na Inglaterra e no País de Gales) é bastante diferente: ela vem a ser conferida em casos em que se acredite que a mera compensação seja insuficiente; casos em que a conduta do réu tenha sido tão ultrajante que mereça também uma punição¹²⁷, como esmiuçado no tópico anterior.

A maior parte dos autores afirma que a indenização agravada constitui certo tipo de indenização compensatória¹²⁸. Daniel Kingsley escreve sobre o assunto, sendo citado por Sebok e Wilcox em sua extensa pesquisa que embasa nossa análise do sistema jurídico inglês, e faz uma leitura diversa, identificando que a indenização agravada é primariamente compensatória, mas pode conter um elemento punitivo¹²⁹. Deakin e Markesinis, embora identifiquem a indenização (agravada) como compensatória, ressaltam que o interesse tutelado é tão incapaz de uma valoração

¹²⁴ INGLATERRA, DCA, 2007, p. 78 e 82.

¹²⁵ INGLATERRA, DCA, 2007, p. 83.

¹²⁶ INGLATERRA, DCA, 2007, p. 78-79.

¹²⁷ BROOKE, 2009, p. 1.

¹²⁸ VAN DAM, Cees. *European tort law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 312; DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 944; SEBOK, Anthony J.; WILCOX, Vanessa. *Aggravated damages*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 257-274, p. 257.

¹²⁹ KINGSLEY, Daniel. *Aggravated damages*. *New Law Journal*, London, v. 150, p. 216-220, 2000, p. 218.

monetária precisa, que é geralmente difícil afirmar com clareza a fronteira entre a “satisfação” da vítima e a punição do réu¹³⁰.

Essa relação entre a indenização agravada e a indenização punitiva já fora analisada quando da sistematização dessas no caso *Rookes*¹³¹. Afirmou Lorde Devlin:

Assim, um pleito por indenização exemplar deve ser apresentado de maneira bastante diferente de um por indenização compensatória; e o juiz não deve deixar a critério do júri tal determinação a não ser que esteja satisfeito de que se enquadre nalguma das três categorias que especifiquei. O fato de as duas formas de indenizações diferirem essencialmente não necessariamente significa que deva haver dois montantes concedidos. Em um caso em que a indenização exemplar seja apropriada, um júri deve ser instruído para que se, e somente se, a soma que cogitaram conceder como compensação ou indenização (e que pode, por óbvio, ser uma soma *agravada* pela conduta que o réu tomou para com o autor) for insuficiente para punir [o réu] por sua conduta ultrajante, registrar sua desaprovação por tal conduta e dissuadi-lo de repeti-la concedendo uma quantia maior¹³² (sem grifos no original).

O termo *indenização agravada* não significa o mesmo nos Estados Unidos do que no resto da *Commonwealth*. Hodiernamente, o termo é

¹³⁰ DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 944.

¹³¹ KINGSLEY, 2000, p. 217.

¹³² *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 39. No original: “[t]hus a case for exemplary damages must be presented quite differently from one for compensatory damages; and the judge should not allow it to be left to the jury unless he is satisfied that it can be brought within the categories I have specified. But the fact that the two sorts of damage differ essentially does not necessarily mean that there should be two awards. In a case in which exemplary damages are appropriate, a jury should be directed that if, but only if, the sum which they have in mind to award as compensation (which may of course be a sum aggravated by the way in which the Defendant has behaved to the Plaintiff) is inadequate to punish him for his outrageous conduct, to mark their disapproval of such conduct and to deter him from repeating it, then it can award some larger sum”.

raramente utilizado nos Estados Unidos, e quando o é, geralmente é utilizado como sinônimo da indenização punitiva – ou seja, referindo-se a uma indenização que cumpre uma função extracompensatória¹³³.

1.4.1 Breve histórico

Anteriormente ao julgamento do caso *Rookes v. Barnard*, porém, até mesmo a doutrina inglesa igualava as duas indenizações, em uma noção ampla que além de abarcar o teor exclusivamente punitivo também servia a indenizar sofrimentos emocionais e ofensas à honra, levando em consideração ainda o grau de comportamento culposo do réu. Considerava-se que para certas indenizações de caráter extrapatrimonial o instituto da *restitutio in integrum* não se aplicava, a indenização servindo não apenas para recompensar o autor por sua perda, como também para punir a conduta do réu de maneira exemplar, e “reivindicar a distinção entre o lesante malicioso e o lesante inocente”. Esse é o entendimento que influenciou e subsiste na doutrina estadunidense da indenização punitiva¹³⁴.

A decisão de 1964 vem a – pelo menos em teoria – remover do direito inglês essa confusão. Resgatando decisões dos duzentos anos anteriores, Lorde Devlin tratou de reclassificar a categoria única e nebulosa em duas: as *indenizações agravadas*, e as *indenizações punitivas* ou *exemplares*, as últimas ganhando um significado próprio e mutuamente exclusivo das anteriores. A partir da decisão, a indenização agravada reflete o sofrimento emocional do réu decorrente de ofensas à sua honra ou imagem e a indenização punitiva marca a aversão do júri (ou do juiz) à conduta do réu com um intuito punitivo e dissuasório¹³⁵. As próprias ca-

¹³³ SEBOK, WILCOX, 2009, p. 257, ressaltando ainda que nos demais países da *Commonwealth* o termo é utilizado com pequenas diferenças à forma como é tratado na Inglaterra (por decorrência de não se subscreverem ao precedente do caso *Rookes*). Entrementes, em todos os demais países a expressão “indenização agravada” sempre se refere a indenizações de caráter compensatório.

¹³⁴ SEBOK, WILCOX, 2009, p. 257-258. No original: “*vindicate the distinction between a wilful and an innocent wrongdoer*”. Tais indenizações eram indistintamente chamadas de *exemplary, vindictive, penal, punitive, aggravated* ou *retributory damages* (*Ibid.*).

¹³⁵ SEBOK, WILCOX, 2009, p. 258. Esclarece-se ainda que a indenização agravada resguarda apenas os *wounded feelings*, separados e independentes do conceito de *pain and suffering*, que já era recuperável através dos *general damages* (v. nota 143, abaixo). Os *wounded feelings* se aproximam da nossa conceituação de dano

tegorias já analisadas (nos itens 1.3.1-1.3.3) e sistematizadas enquanto hipóteses específicas de aplicação da indenização punitiva ou exemplar foram também concebidas no intuito de apartar conceitualmente as duas indenizações¹³⁶.

1.4.2 Natureza e condições de uma indenização agravada

As indenizações em casos de *tort* geralmente não são limitadas pela perda patrimonial sofrida pelo autor. A corte pode levar em consideração a motivação do réu, sua conduta e maneira de cometer o ilícito, nos casos em que esses elementos tenham agravado o dano do autor, ao lhe ferir a dignidade ou honra, concedendo-lhe então a indenização agravada. É esse conceito de lesão aos sentimentos¹³⁷ que permeia os casos de indenização agravada, seja causada por comportamentos arbitrários, arrogantes ou insultantes por parte do réu ao cometer o ilícito, ou por sua conduta subsequente a este. Os montantes indenizatórios concedidos em indenizações agravadas são geralmente moderados¹³⁸.

Ao contrário da indenização punitiva no direito inglês, a indenização agravada não se vê limitada a certas categorias. Porém, assim como a

moral em sentido estrito, se referindo a “lesões decorrentes de insultos, indignidade ou humilhação” enquanto *pain and suffering* diz respeito a “desconforto físico ou emocional decorrente de lesão física” (GARNER, 2009, p. 1218 e 1747)

¹³⁶ WILCOX, 2009, p. 8.

¹³⁷ Na Inglaterra, danos à honra e à dignidade não são considerados danos autônomos, sendo em vez disso percebidos como “danos sentimentais” e abarcados pela categoria de “*wounded feelings*” (v. nota 135, acima). A expressão “*feelings of dignity and pride*” aparece de forma quase unânime em casos envolvendo indenizações agravadas (DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 943). V. item 1.4.4, à pág. 58, para uma consideração sobre a ausência da figura da “honra objetiva” no direito inglês.

Beever defende que o interesse tutelado por essa indenização é a dignidade, que não seria um sentimento (BEEVER, Allan. The structure of aggravated and exemplary damages. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 23, n. 1, p. 87-110, 2003).

¹³⁸ DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 943; SEBOK, WILCOX, 2009, p. 258-259. Deakin e Markesinis afirmam especificamente: “[f]actors such as the defendant’s behavior, his intentions and motives, his high-handed, malicious or oppressive manner may be taken into account in assessing the aggravation of the injury to the claimant’s feelings of dignity and pride, thus producing additional sums that are normally quite moderate” (grifos no original). O destaque dos autores à expressão “*feelings of dignity and pride*” é explicado na nota 137, *supra*.

indenização punitiva, a indenização agravada deve ser especificamente pleiteada. Dado que a indenização agravada pode dizer respeito à conduta do réu até o momento e mesmo durante o decorrer do processo, um autor pode emendar sua inicial para contemplar esse pedido caso o réu aja de forma a ensejá-lo¹³⁹.

Dois pré-requisitos são geralmente apontados como necessários: “(1) uma conduta ou motivo excepcional ou injurioso por parte de um réu no cometimento do ilícito ou, em certas circunstâncias, subsequentemente ao ilícito; e (2) angústia psicológica suportada pelo autor como resultado”¹⁴⁰. Tal conduta excepcional ou injuriosa pode surgir na forma de malevolência, malícia, insolência, despeito, ou arrogância, suficientes para ferir a dignidade ou honra do autor¹⁴¹.

Desde pelo menos 1972, com a Emenda n. 3 daquele ano às *Rules of the Supreme Court (RSC)*, a legislação britânica conteve a provisão de que a concessão da indenização punitiva era condicionada a um pedido específico, acompanhado dos fatos que o ensejaram¹⁴². Já a indenização agravada não possuía equivalente regra, sendo aproximada à categoria dos *general damages*¹⁴³.

A mudança ocorre legislativamente em 1998 com a *Civil Procedure Rules (CPR)*¹⁴⁴, que vem a substituir as RSC, e é confirmada pela

¹³⁹ SEBOK, WILCOX, 2009, p. 259.

¹⁴⁰ THE LAW COMMISSION, 1993, p. 32; THE LAW COMMISSION, 1997, p. 11. No original: “(1) *exceptional or contumelious conduct or motive on the part of a defendant in committing the wrong, or, in certain circumstances, subsequent to the wrong; and (2) mental distress sustained by the plaintiff as a result*”.

¹⁴¹ *Rookes v. Barnard*, 1964; SEBOK, WILCOX, p. 259.

¹⁴² INGLATERRA. Statutory Instruments n° 1898 (L.27), de 27 de novembro de 1972. *The Rules of the Supreme Court: Amendment No. 3*. As *Rules of the Supreme Court (RSC)* tratavam de uma legislação processual codificada no ano de 1883, a partir da união das cortes de *common law* e de *equity*, tendo sofrido extensas revisões em 1965 e vigoraram até 1999.

¹⁴³ KINGSLEY, 2010, p. 219. *General damages* consistem em uma indenização que diz respeito aos danos que se presumem exsurgir da lesão reclamada, e incluem perdas pecuniárias como lucros cessantes, assim como perdas não-pecuniárias, como a dor e sofrimento incorridos antes e depois do julgamento. Eles devem ser aventados no caso concreto, mas uma vez que tratam de valores inexatos ou não líquidos, não precisam ser especificamente pedidos (DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 941).

¹⁴⁴ INGLATERRA. Statutory Instruments n° 3132 (L.17), de 10 de dezembro de 1998. *Civil Procedure Rules (CPR)*.

jurisprudência no próprio ano de 1999 (quando a CPR começa a vigor), no caso *Khodaparant v. Shad*. Destarte, o entendimento passa a ser o de que tanto a indenização punitiva como a indenização agravada devem ser especificamente pedidas, em conjunto com a exposição do suporte fático que as embasa¹⁴⁵.

1.4.3 Hipóteses de aplicação

A indenização agravada tradicionalmente se associa a casos de *defamation*¹⁴⁶, mas foi também concedida em casos de *assault* e *battery* (agressão física), *deceit* e *intimidation* (dolo e coação), *false imprisonment* (prisão ilegal)¹⁴⁷, *malicious prosecution* (litigância de má-fé)¹⁴⁸, *malicious falsehood*¹⁴⁹, *trespass to land* (dano a coisas imóveis) e *unlawful interference with business*¹⁵⁰ e mais recentemente em casos de *unlawful discrimination* (discriminação); mas não em casos de negligência, inadimplemento contratual ou por violações de direitos garantidos por convenções internacionais recepcionadas pelo país¹⁵¹. Kingsley acredita que

¹⁴⁵ KINGSLEY, 2010, p. 218.

¹⁴⁶ Embora literalmente “difamação”, engloba também os atos caluniosos. Diferencia-se apenas o ilícito cometido por via oral (“*slander*”, sendo apenas um ilícito civil) do cometido por meio escrito (“*libel*”, sendo também um crime) (DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 753-759; GARNER, 2009, p. 479-480).

¹⁴⁷ V. pág. 34, nota 58.

¹⁴⁸ V. pág. 34, nota 59.

¹⁴⁹ A hipótese de “*malicious falsehood*” ou “*injurious falsehood*” é uma espécie de difamação que atinge não a pessoa do lesado, mas sim seus bens. Como exemplo, cita-se a hipótese de alguém afirmar que é dono da propriedade de outra pessoa (DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 816). No original: “[*t*]he distinction between *defamation* and *injurious falsehoods* (a term coined by Salmond) is that in the former the defendant’s allegation is against the claimant, whereas in the later it is against his goods”.

¹⁵⁰ Compreendendo um rol de condutas ilícitas em matéria negocial, como induzir alguém ao inadimplemento contratual ou à inobservância de algum dever, induzir alguém a erro, etc. (DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 590-594).

¹⁵¹ KINGSLEY, 2000, p. 218; DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 942 (citando ainda precedentes de discriminação sexual e racial para os casos de *unlawful discrimination*); SEBOK, WILCOX, 2009, p. 260-261.

a partir do caso *Khodaparast v. Shad*, a indenização agravada seria cabível em qualquer *tort* cometida de forma intencional¹⁵².

Na decisão do caso *Thompson and Hsu v. Commissioner of Police of the Metropolis*, de 1997, a Corte de Apelação trouxe uma série de orientações e balizas ao júri para auxiliá-lo a decidir valores apropriados de uma indenização agravada. Embora o caso concreto dissesse respeito a uma prisão ilegal acompanhada de litigância de má-fé, as orientações têm desempenhado um papel mais amplo¹⁵³.

As instruções gerais da Corte foram:

Se o caso concreto contiver um pedido por indenização agravada e este for um remédio apropriado, a natureza da indenização agravada deve ser explicada ao júri. Tal indenização pode ser concedida quando haja elementos agravantes no caso concreto que façam com que uma *indenização simples* recebida pelo autor não seja uma compensação suficiente. Elementos agravantes podem incluir circunstâncias humilhantes quando da apreensão de um suspeito, ou qualquer conduta daqueles responsáveis pela prisão ou da promotoria que demonstre que tenham agido de maneira arbitrária, insultante, maliciosa ou opressiva, seja em relação à apreensão, ao período de detenção ou em conduzir a acusação. Elementos agravantes podem incluir a forma como o processo e o julgamento são conduzidos. O júri deve então ser informado de que se considerar que o caso respalda uma indenização para além da *indenização simples*, deve discriminar o valor que está concedendo para cada categoria. (Isso é contrário à prática atual, mas em nossa visão resultará em maior transparência na consolidação da indenização)¹⁵⁴.

¹⁵² KINGSLEY, 2000, p. 218. Contudo, quatro anos depois dessa análise do autor, em 2004, o caso *Richardson v. Howie* parece ter dificultado a concessão da indenização agravada nos casos de agressões físicas, tendo a Corte de Apelação afirmado que os “danos sentimentais” nesses casos deveriam ser abarcados pela categoria do *general damages* (SEBOK, WILCOX, 2009, p. 261).

¹⁵³ SEBOK, WILCOX, 2009, p. 262.

¹⁵⁴ *Thompson and Hsu v. Commissioner of Police of the Metropolis*, 1997. No original: “(8) *If the case is one in which aggravated damages are claimed and*

E no que diz respeito às balizas ao *quantum* indenizatório:

Nós consideramos que quando for apropriado conceder indenização agravada o *quantum* seja dificilmente menor que £1.000. Não acreditamos ser possível indicar uma precisa relação aritmética entre a *indenização simples* e a agravada pois as circunstâncias variam de caso a caso. Em circunstâncias comuns, porém, não esperaríamos que a indenização agravada chegasse ao dobro da *indenização simples*, a não ser em casos particulares em que a indenização básica tenha sido pequena.

Deve ser fortemente enfatizado ao júri que a indenização total fruto da soma da *indenização simples* e da agravada não deve exceder o que considerem ser uma compensação justa pela lesão que o autor sofreu. Deve também ser explicado que se a indenização agravada for concedida, tal indenização, embora de cunho compensatório e não intencionada como uma punição, de fato para o réu conterà um elemento penal.

[...]

Em um caso apropriado o júri também deve ser informado de que qualquer conduta imprópria praticada pelo autor que o júri considerar que tenha cau-

could be appropriately awarded, the nature of aggravated damages should be explained to the jury. Such damages can be awarded where there are aggravating features about the case which would result in the plaintiff not receiving sufficient compensation for the injury suffered if the award were restricted to a basic award. Aggravating features can include humiliating circumstances at the time of arrest or any conduct of those responsible for the arrest or the prosecution which shows that they had behaved in a high handed, insulting, malicious or oppressive manner either in relation to the arrest or imprisonment or in conducting the prosecution.. Aggravating features can also include the way the litigation and trial are conducted. (9) The jury should then be told that if they consider the case is one for the award of damages other than basic damages then they should usually make a separate award for each category. (This is contrary to the present practice but in our view will result in greater transparency as to the make up of the award)".

sado ou contribuído à conduta do réu pode lhe causar uma redução ou mesmo eliminar toda a indenização agravada ou punitiva¹⁵⁵.

1.4.4 Discussões posteriores e conclusão

Conforme já analisado, foi recomendação do parecer da *Law Commission* que se substituísse a expressão “indenização exemplar” por “indenização agravada” nas provisões legais que ainda a continham. Isso gera uma situação problemática no que diz respeito aos atos de patentes de 1977 e 1988, que em maioria são acionados por pessoas jurídicas, não legitimadas, na Inglaterra, a figurarem no polo ativo de uma demanda por “danos sentimentais”. O parecer propunha estabelecer que a indenização agravada, excepcionalmente nesses casos estatutariamente previstos, poderia ser concedida para pessoas jurídicas¹⁵⁶.

No Brasil e em alguns países da Europa continental, como França e Portugal, a prática de se conceder indenizações extrapatrimoniais para pessoas jurídicas não é extraordinária, sendo até endossada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Comingersoll* e em decisões subsequentes. Porém, para os autores ingleses, em seu sistema jurídico um deslocamento no sentido de permitir indenizações agravadas para empresas parece questionável considerando que o objetivo de tal indenização é

¹⁵⁵ *Thompson and Hsu v. Commissioner of Police of the Metropolis*, 1997. No original: “(10) We consider that where it is appropriate to award aggravated damages the figure is unlikely to be less than a £1,000. We do not think it is possible to indicate a precise arithmetical relationship between basic damages and aggravated damages because the circumstances will vary from case to case. In the ordinary way, however, we would not expect the aggravated damages to be as much as twice the basic damages except perhaps where, on the particular facts, the basic damages are modest. (11) It should be strongly emphasised to the jury that the total figure for basic and aggravated damages should not exceed what they consider is fair compensation for the injury which the plaintiff has suffered. It should also be explained that if aggravated damages are awarded such damages, though compensatory are not intended as a punishment, will in fact contain a penal element as far as the defendant is concerned. [...] (14) In an appropriate case the jury should also be told that even though the plaintiff succeeds on liability any improper conduct of which they find him guilty can reduce or even eliminate any award of aggravated or exemplary damages if the jury consider that this conduct caused or contributed to the behaviour complained of”.

¹⁵⁶ SEBOK, WILCOX, 2009, p. 264.

compensar um dano sentimental. Deslocar o cerne da indenização agravada da vítima para a conduta do réu seria desnaturar o conceito e um retrocesso aos históricos esforços em apartar a indenização punitiva ou exemplar da indenização agravada¹⁵⁷.

Ademais, embora distinga-se hodiernamente a indenização punitiva da agravada, admite-se que ainda haja uma interseção, especialmente do ponto de vista do réu. Ambos os institutos representam uma forma de aumentar a indenização e estão disponíveis em praticamente as mesmas áreas de responsabilidade civil. As semelhanças não terminam aí: ambos não são cabíveis, teoricamente, em casos de inadimplemento contratual ou negligência, e na determinação do *quantum* as cortes acabam levando em consideração a conduta do réu. Essas e outras similaridades entre os tipos de indenizações ainda levam muitos a questionar se a indenização agravada seria puramente compensatória¹⁵⁸.

1.5 A condição da *cause of action* e as consequências de sua revogação

Antes da decisão da Câmara dos Lordes no caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, de 2002, o panorama jurídico inglês era tal que para que se pudesse considerar a aplicabilidade da indenização punitiva o autor deveria satisfazer: (1) o *categories test*¹⁵⁹, e (2) a *cause of action test*. Esta última, como já especificado, fora introduzida por decisão da Corte de Apelação no caso *AB v. South West Water Services Ltd.*, de 1993, e limitou drasticamente os tipos de casos em que a indenização punitiva seria cabível. A corte concluiu que a partir dos efeitos combinados do caso *Rookes* e dos votos vencedores do caso *Cassell* extraía-se o entendimento de que a possibilidade de uma indenização punitiva limitava-se às *torts* (ou às *causes of action*) que já houvessem sido reconhecidas anteriormente a 1964, quando do julgamento do caso *Rookes*. Como corolário, a indenização exemplar só podia ser conferida em

¹⁵⁷ *Id.*, p. 265. Destaca-se que a doutrina inglesa não possui um respaldo teórico ao que aqui se entende como “honra objetiva”.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 263.

¹⁵⁹ Entendido como o conjunto das três categorias estabelecidas pelo caso *Rookes* – (1) condutas opressivas, arbitrárias ou manifestamente inconstitucionais por parte de agentes públicos; (2) quando a conduta do réu tiver intuito “calculado” de lhe gerar lucros; (3) quando um estatuto expressamente autorize – analisadas ao item 1.3.

casos de litigância de má-fé, prisão ilegal, agressão física, calúnia e difamação, dano a bens móveis e imóveis, *private nuisance*¹⁶⁰, e *tortious interference with business*¹⁶¹.

Ao aplicar esse teste ao caso concreto analisado, que tratava da contaminação de reservatórios de água (e foi classificado portanto como *public nuisance* e *negligence*), a corte concluiu que a indenização exemplar não estava disponível¹⁶². Outros ilícitos que não passariam por esse juízo de admissibilidade incluíam: dolo (“*deceit*”), violações à lei da Comunidade Europeia, quebra de patente (“*patent infringement*”) e demais violações a direitos de propriedade intelectual, e discriminação (“*unlawful discrimination*”) por sexo, raça, ou capacidade física¹⁶³.

A restritividade foi tamanha que, quando do julgamento do caso *Kuddus*, o juiz Lorde Mackay comentou: “[a] genialidade da *common law* é sua capacidade de desenvolvimento, e causa espécie que a lei, neste tópico particular, seja engessada com referência às decisões anteriores ao caso *Rookes v. Barnard*”. Críticas similares podem ser encontradas na doutrina, como o comentário do professor W.V.H. Rogers que afirmou que a decisão do caso *AB* prende a lei a uma posição irracional que depende não de um princípio, mas sim das vicissitudes dos litígios (ou de *law reports*) anteriores a 1964¹⁶⁴, em um momento quando, ademais, a distinção entre a indenização agravada e a exemplar não era de forma alguma tão clara como hoje¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Para uma definição geral de “*nuisance*”, v. pág. 37, nota 71.

A *private nuisance* é definida como “qualquer interferência substancial e desarrazoada com um bem imóvel do autor ou com algum direito envolvendo esse bem ou sua fruição” (DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 509). No original: “*any substantial and unreasonable interference with the claimant’s land or any right over or in connection with tis enjoyment*”.

¹⁶¹ V. pág. 55, nota 150. WILCOX, 2009, p. 19.

¹⁶² *AB v. South West Water Ltd.* 1993.

¹⁶³ THE LAW COMMISSION, 1993, p. 72-77; THE LAW COMMISSION, 1997, p. 61-62.

¹⁶⁴ *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire*, 2002, § 33. No original: “*The genius of the common law is its capacity to develop and it appears strange that the law on this particular topic should be frozen by reference to decisions that had been taken prior to and including Rookes v Barnard. This has led Professor W. V. H. Rogers to comment in the 15th edition of Winfield and Jolowicz on Tort, at p 746, that this decision ‘commits the law to an irrational position in which the result depends not on principle but upon the accidents of litigation [...]’.*”

¹⁶⁵ WILCOX, 2009, p. 20.

A Câmara em *Kuddus* decidiu que a indenização exemplar poderia em princípio ser conferida em caso envolvendo a recém desenvolvida (ou recém descoberta) *tort* de *misfeasance in public office*¹⁶⁶ quando suas demais condições fossem satisfeitas, concluindo que a Corte de Apelação cometeu um erro na decisão do caso *AB* ao propor a condição da *cause of action*¹⁶⁷. O governo aprovou a decisão do caso *Kuddus*, pronunciando que esta representava uma mudança sensível, apta a remover uma arbitrária restrição de direitos¹⁶⁸.

1.5.1 Negligência

A decisão do caso *AB* restringiu também a possibilidade da indenização punitiva em casos de negligência¹⁶⁹. Porém, o julgamento do caso *Kuddus* reverberou também nesse sentido, abrindo tal possibilidade desde que a conduta analisada se enquadre em uma das três categorias do caso *Rookes*¹⁷⁰. Essa possibilidade já havia anteriormente sido confirmada em outros países da *common law*, como Austrália, Nova Zelândia¹⁷¹, e Canadá¹⁷².

Uma justificativa muito utilizada para se negar a extensão da indenização punitiva às condutas negligentes, em especial sob a segunda categoria de *Rookes*, propugnava a ideia que elas são, por definição, condutas não calculadas. Essa conclusão não parece acertada, uma vez que a

¹⁶⁶ Trata-se de uma categoria ampla cuja definição é “o exercício excessivo, malicioso, ou negligente de poderes pelo funcionário público, no exercício de sua função” (GARNER, 2009, p. 1090). No original: “*the tort of excessive, malicious, or negligent exercise of statutory powers by a public officer*”.

¹⁶⁷ *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire*, 2002, §89. No original: “[a]ccordingly, I would hold that a plaintiff is entitled to recover exemplary damages if the circumstances in which the tort of misfeasance in public office is committed bring it within Lord Devlin’s first category and I consider that in *AB v. South West Water Services Ltd* the Court of Appeal was in error in holding that the cause of action test must be applied”.

¹⁶⁸ INGLATERRA, DCA, 2007, p. 78; WILCOX, 2009, p. 20.

¹⁶⁹ GOTANDA, 2004, p. 401; WILCOX, 2009, p. 20.

¹⁷⁰ GOTANDA, 2004, p. 402; WILCOX, 2009, p. 20.

¹⁷¹ GOTANDA, 2004, p. 408 e 415; WILCOX, 2009, p. 20.

¹⁷² THE LAW COMMISSION, 1997, p. 109. A posição dos Estados Unidos será apresentada oportunamente ao item 2.3.2 (Requisito de conduta – padrão de culpabilidade), a partir da pág. 143.

essência da conduta negligente jaz na falha em se tomar precauções razoáveis contra riscos previsíveis, o que pode ser feito de maneira deliberada e com desprezo consciente aos resultados¹⁷³.

O relatório da *Law Commission*, de 1997, considerou que apenas as formas mais culpáveis de condutas incautas deveriam ensejar a indenização exemplar, de forma que mesmo a “mera” ou “grave” negligência (“*mere*’ or *gross*’ *negligence*”) estariam excluídas¹⁷⁴. Ressalta-se que a “*gross negligence*” não é o padrão de culpabilidade mais elevado na *common law* – essa posição cabe a “*recklessness*” (“culpa grave”)¹⁷⁵. A recomendação foi de que a indenização punitiva só fosse concedida se a conduta que constituísse a *tort* de negligência também satisfizesse a condição adicional de se tratar de um “desprezo *deliberado* e ultrajante pelos direitos do autor”¹⁷⁶.

1.5.2 Inadimplemento contratual

Conforme já estabelecido, a Inglaterra não admitia inicialmente a concessão de uma indenização punitiva nesta hipótese. A *ratio* por trás dessa vedação genérica é geralmente a noção de que o limite indenitário

¹⁷³ WILCOX, 2009, p. 21.

¹⁷⁴ No original: “[w]e do not consider that ‘mere’ or even ‘grossly’ negligent conduct should give rise to an award of punitive damages. Such conduct is not so serious that our society does or indeed should generally seek to punish such a wrongdoer, rather than, in particular, demand that he or she make reparation for the loss so caused to the plaintiff. This intuition is confirmed by a comparison with the criminal law, in which offences can only very exceptionally be satisfied by ‘mere’ negligent conduct. Nevertheless, we recognise that the tort of negligence may well be committed with a degree of culpability significantly in excess of that of the ‘merely’ or ‘grossly’ negligent defendant”.

¹⁷⁵ Uma sistematização desses padrões de culpabilidade é feita no item 2.3.2.2 (Culpa grave), pág. 144 *et. seq.*

¹⁷⁶ THE LAW COMMISSION, 1997, p. 109. No original: “[t]hese considerations can be accommodated by our test of ‘deliberate and outrageous disregard of the plaintiff’s rights’. This captures the more culpable forms of conduct, but serves to exclude ‘mere’ and even ‘gross’ (non-advertent) negligence. The result is that it is wrong to say that we are advocating the awarding of punitive damages for the tort of negligence *per se*. Rather, we propose that they may only be awarded if the conduct which constitutes the tort of negligence (or relevant subsequent conduct) also satisfies the additional test of ‘deliberate and outrageous disregard of the plaintiff’s rights’. We therefore anticipate that the recovery of punitive damages for the tort of negligence will be exceptional” (grifou-se).

de uma ação com base em inadimplemento contratual seria colocar a parte na condição em que estaria caso o contrato tivesse se realizado, e nunca mais do que isso¹⁷⁷.

Essa vedação vem sendo flexibilizada: o entendimento anterior positivado no *leading case Rookes v. Barnard* foi revertido no caso *Kuddus*, de 2001, e ainda em *AG v. Blake*, do mesmo ano, admitindo-se algumas influências extracompensatórias nas indenizações que possuíam como suporte fático relações contratuais¹⁷⁸.

Com vistas a sistematizar tal aplicação, doutrinadores propuseram e defenderam como perspectiva a possibilidade de se conceder indenizações punitivas em inadimplementos acompanhados por algum ilícito independente que ensejasse uma das hipóteses clássicas de sua aplicação¹⁷⁹.

Em estudo recente, Solène Rowan, ao analisar esta introdução da indenização punitiva na seara contratual no sistema jurídico inglês, souu alerta que reverbera bem em nosso país: pediu por parcimônia e cuidado, advertindo que proceder dessa forma sem uma reforma maior do regime de indenização existente pode levar a graves inconsistências¹⁸⁰.

1.6 Demais limitações e fatores relevantes para a determinação e quantificação da indenização punitiva

No caso *Rookes*, Lorde Devlin expôs três considerações que acreditava ser necessário ter em mente quando da deliberação sobre a indenização punitiva. As cortes geralmente as sopesam, em conjunto com outros fatores, para determinar: a) se a indenização punitiva é cabível no caso concreto; e b) o *quantum* indenizatório¹⁸¹.

¹⁷⁷ *Rookes v. Barnard*, 1964 (ressalvando que uma indução ao inadimplemento contratual, como ocorrida no caso, poderia constituir a *tort de intimidation*); BEATSON, Jack. *Anson's law of contract*. 28. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 592; TREITEL, Guenter. *The law of contract*. 11. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003, p. 935.

¹⁷⁸ BURROWS, Andrew. Damages for breach of contract: a developing hierarchy? *Business Law Journal*, Davis, v. 35, p. 28-43, 2003, p. 43; CUNNINGTON, 2006, p. 373; ROWAN, Solène. Reflections on the introduction of punitive damages for breach of contract. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 30, n. 3, p. 495-517, 2010, p. 498.

¹⁷⁹ BURROWS, 2003, p. 17; CUNNINGTON, 2006, p. 370.

¹⁸⁰ ROWAN, 2010, p. 504-513.

¹⁸¹ WILCOX, 2009, p. 25.

A primeira dessas considerações afirma que o autor só faz jus a uma indenização punitiva se houver sido efetivamente lesado pelo comportamento punível do réu. Expôs o juiz que a “anomalia inerente à indenização exemplar se tornaria absurda se o autor, mesmo não sendo afetado pela conduta opressiva que o júri quisesse punir, obtivesse um enriquecimento indevido”¹⁸².

A segunda consideração é de que os juízes e/ou júris devem aderir ao princípio da moderação – a indenização exemplar deve sempre ser a *mínima* necessária para que se atinjam os propósitos públicos que permeiam essa indenização: o da punição e o da dissuasão. A justificativa vem da clareza do julgador na compreensão de que o poder de conferir uma indenização exemplar é uma “arma que embora possa ser usada na defesa da liberdade, pode também ser usada contra ela”¹⁸³.

Sua terceira e última consideração é quanto à condição financeira das partes. Para o julgador, esse elemento que é irrelevante na consideração de uma indenização compensatória é indispensável à indenização

¹⁸² *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 39. No original: “[t]he anomaly inherent in exemplary damages would become an absurdity if a Plaintiff totally unaffected by some oppressive conduct which the jury wished to punish obtained a windfall in consequence”. Esta consideração, que, ao contrário das outras duas, trata mais da admissibilidade da indenização punitiva do que da determinação do *quantum* indenizatório, é sistematizada por alguns autores (a exemplo de GOTANDA, 2004, p. 402), na esteira do parecer da LAW COMMISSION (1997, p. 63, “(3) Fatores adicionais que limitam a admissibilidade da indenização exemplar”) como uma de cinco ou seis limitações que agem conjuntamente às três categorias estabelecidas em *Rookes* (e, antigamente, à condição da *cause of action*) para restringir a disponibilidade da indenização punitiva. As demais seriam: (a) a condição “se, e somente se”; (b) se o réu já foi condenado criminalmente ou por outra sanção; (c) a existência de vários autores; (d) a conduta do autor (THE LAW COMMISSION, 1997, p. 63); e (e) a boa-fé do réu (GOTANDA, 2004, p. 402).

Opta-se no presente trabalho por classificação alternativa, que a exemplo da estrutura de WILCOX (2009, p. 25-32), trabalha em paralelo os demais fatores relevantes à admissibilidade (e consequentemente limitações) e determinação do *quantum* indenizatório do instituto em análise. As demais limitações supra serão individualmente analisadas a partir das três considerações de Lorde Devlin, o que segue mais precisamente seu raciocínio no caso *Rookes* (1964, p. 25-42).

¹⁸³ *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 39. No original: “[s]econdly, the power to award exemplary damages constitutes a weapon that, while it can be used in defence of liberty, as in the *Wilkes* cases, can also be used against liberty”.

exemplar¹⁸⁴. Porém, presume-se que a condição financeira da vítima só excepcionalmente pode ser relevante: quando afetar o grau de repreensibilidade do comportamento do réu (como no exemplo de uma seguradora que maliciosamente se recusa a pagar uma indenização segurada a um hipossuficiente por saber que o lesado não dispõe de meios para proteger seus direitos). O foco então tende a ser na condição financeira do réu¹⁸⁵.

Embora a ideia por trás disso seja retirar o lucro auferido por meio de um ato ilícito, na realidade, evidências sobre a condição econômica do réu são raramente trazidas¹⁸⁶. Nesta mesma senda, a *Law Commission* concluiu que, inevitavelmente, a condição de um réu afeta de maneira significativa a extensão da punição e dissuasão de uma indenização punitiva. Não obstante, não apoiaram perquirições acerca da posição financeira do réu em todo o caso em que se conceda tal indenização, como um pré-requisito desta¹⁸⁷. Esse tipo de análise envolveria questões de alta complexidade (especialmente em casos envolvendo pessoas jurídicas) e poderia gerar uma despesa substancial. Ademais, abriria uma possibilidade para que autores abusassem desse direito e viessem a pressionar os réus¹⁸⁸. Em vez de se chegar a uma quantia precisa por meio do acesso a essas informações, a prática é instruir o júri de forma mais ampla, como

¹⁸⁴ *Ibid.* No original: “[t]hirdly, the means of the parties, irrelevant in the assessment of compensation, are material in the assessment of exemplary damages. Everything which aggravates or mitigates the Defendant’s conduct is relevant”.

¹⁸⁵ WILCOX, 2009, p. 25.

¹⁸⁶ Nesse sentido, colocação do juiz Lorde Wilberforce no caso *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* (1972, p. 56-57): “[s]e a motivação do lucro é essencial para a consideração sobre a indenização punitiva, se esperaria que as indenizações dadas guardassem alguma relação com o suposto lucro e/ou com a condição financeira do ofensor: a ideia (se há alguma lógica nesse requerimento) necessariamente seria retirar o lucro auferido pelo ato ilícito. Ainda assim não houve, e em muitos casos não se há como ter, qualquer real consideração sobre o provável lucro ou sobre os meios do réu”. No original: “if the profit motive is essential for the recovery of punitive damages, one would expect the damages given to bear some relation to the supposed profit and/or to the means of the offender: the idea (if there is any logic in the requirement) must be to take the profit out of wrongdoing. Yet there was not, and in many such cases cannot be, any real consideration of the likely profit or of the offender’s means”.

¹⁸⁷ THE LAW COMMISSION, 1993, p. 150; THE LAW COMMISSION, 1997, p. 139.

¹⁸⁸ THE LAW COMMISSION, 1997, p. 139. O risco levantado pelo parecer é que os autores de ações indenizatórias que pleitassem por indenização punitiva abusassem do “direito de descoberta” (“right of discovery”) sobre a condição financeira do réu e o utilizassem para pressionar os réus.

no exemplo do caso *McCartney v. Sunday Newspapers Ltd.*, em que se optou por esclarecer ao júri o tamanho do jornal, sua circulação e recursos¹⁸⁹.

Logo após a propositura dessas três considerações, Lorde Devlin tece conclusão, já exposta no item 1.4 (pág. 50), ora reproduzida pois oportuno:

Assim, um pleito por indenização exemplar deve ser apresentado de maneira bastante diferente de um por indenização compensatória; e o juiz não deve deixar a critério do júri tal determinação a não ser que esteja satisfeito de que se enquadre nalguma das três categorias que especifiquei. O fato de as duas formas de indenizações diferirem essencialmente não necessariamente significa que deva haver dois montantes concedidos. Em um caso em que a indenização exemplar seja apropriada, um júri deve ser instruído para que *se, e somente se*, a soma que cogitaram conceder como compensação ou indenização (e que pode, por óbvio, ser uma soma agravada pela conduta que o réu tomou para com o autor) for insuficiente para punir [o réu] por sua conduta ultrajante, registrar sua desaprovação por tal conduta e dissuadi-lo de repeti-la concedendo uma quantia maior¹⁹⁰ (sem grifos no original).

Para além da relevância acerca da coexistência da indenização punitiva e agravada, uma outra implicação importante do excerto foi a apreensão da condição “se, e somente se”. Condiciona-se a aplicabilidade da

¹⁸⁹ WILCOX, 2009, p. 26.

¹⁹⁰ *Rookes v. Barnard*, 1964, 39. No original: “[t]hus a case for exemplary damages must be presented quite differently from one for compensatory damages; and the judge should not allow it to be left to the jury unless he is satisfied that it can be brought within the categories I have specified. But the fact that the two sorts of damage differ essentially does not necessarily mean that there should be two awards. In a case in which exemplary damages are appropriate, a jury should be directed that if, but only if, the sum which they have in mind to award as compensation (which may of course be a sum aggravated by the way in which the Defendant has behaved to the Plaintiff) is inadequate to punish him for his outrageous conduct, to mark their disapproval of such conduct and to deter him from repeating it, then it can award some larger sum”.

indenização punitiva para os casos em que o montante concedido a título compensatório não é suficiente para também punir o transgressor.

Essa condição, reiterada em incontáveis casos, sublinha a função punitiva inerente à indenização compensatória e positiva a ideia de que a “indenização compensatória sempre faz parte da punição total”¹⁹¹. Em outras palavras, a condição reconhece que mesmo indenizações compensatórias podem possuir um efeito punitivo incidental, e que a indenização punitiva seja equitativamente reduzida quando for este o caso¹⁹².

Ao comentar o caso *Borders (UK) Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis*, de 2005, Ralph Cunnington traz interessantes aportes, e aponta falhas conceituais cometidas pelos julgadores ingleses. Para o autor, a nomenclatura é importante pois classificações inadequadas levam a análises defeituosas – e em lugar algum isso seria mais verdade do que no direito de danos. Materialmente o caso diz respeito a um vendedor que organizou uma rede de distribuição e venda de livros roubados. A indenização exemplar figurou entre os pedidos. Assumindo essa íntima correlação destacada pelo parágrafo anterior, a Corte concedeu a indenização embora concluindo que, a despeito de intitulá-la indenização exemplar, tratava-se de fato de uma indenização compensatória que acreditavam suficiente para cumprir também a função punitiva almejada pelos autores. Todavia, em sua análise, Cunnington conclui que a indenização conferida não era nem punitiva, nem compensatória: o cálculo feito pela corte na

¹⁹¹ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome and Another*, 1972, p. 32. No original: “[a]nd where the defendant has behaved outrageously very full compensation may be proper for that. So the tribunal will fix in their minds what sum would be proper as compensatory damages. Then if it has been determined that the case is a proper one for punitive damages the tribunal must turn its attention to the defendant and ask itself whether the sum which it has already fixed as compensatory damages is or is not adequate to serve the second purpose of punishment or deterrence. If they think that that sum is adequate for the second purpose as well as for the first they must not add anything to it. It is sufficient both as compensatory and as punitive damages. But if they think that sum is insufficient as a punishment then they must add to it enough to bring it up to a sum sufficient as punishment. The one thing which they must not do is to fix sums as compensatory and as punitive damages and add them together. They must realise that the compensatory damages are always part of the total punishment” (grifou-se). Igualmente, WILCOX, 2009, p. 27.

¹⁹² THE LAW COMMISSION, 1997, p. 64. Tal aporte teórico sustenta a inclusão de um caráter punitivo mesmo quando não se tratar de indenizações extracompen-satórias (como é o caso da indenização punitiva ou exemplar).

determinação do *quantum* levou em consideração exclusivamente o lucro auferido pelo réu, não o dano causado ao autor¹⁹³.

A condição “se, e somente se” é considerada também vital para se evitar a dupla contagem (“*double counting*”)¹⁹⁴. Apesar disso, a condição não pressupõe que em todo o caso que se determine cabível a indenização punitiva seja necessário também se conferir uma indenização agravada, exclusivamente pelo fato desta última ter teor compensatório. Essa questão foi levantada no caso *Isaac v. Chief Constable of the West Midlands Police*, em que o autor apelou porque o júri não lhe conferiu a indenização agravada pedida, apesar de ter lhe conferido a indenização exemplar de £5.000. A apelação foi desprovida, reiterando-se, como conclusão, os propósitos diferentes, embora relacionados, das duas indenizações; e que, por decorrência disso, não haveria razão para não se poder conferir uma indenização exemplar mesmo quando se negasse a indenização agravada¹⁹⁵.

Algumas jurisdições da *Commonwealth* que expressamente rejeitaram a condição das categorias do precedente *Rookes v. Barnard* aceitaram e aplicam a condição “se, e somente se”¹⁹⁶.

Da mesma forma que a indenização punitiva é redundante quando o montante compensatório tiver sido suficiente para punir e dissuadir, ela também pode ser inapropriada se o réu já recebeu punição por sua conduta ilícita na forma de uma condenação penal ou processo disciplinar. Na hipótese de penas restritivas de liberdade, tem-se o exemplo do caso *Archer*

¹⁹³ CUNNINGTON, 2006, p. 382-386. Essa metodologia de quantificação é intitulada como *gain-based damages* (ou, por vezes, de maneira específica, *disgorgement of profits*), e fundamentada na *law of restitution* – que contrasta com a metodologia (tradicional do direito de danos) de *loss-based damages*, fundamentada na *law of compensation* (EDELMAN, James. *Gain-based damages: contract, tort, equity and intellectual property*. Oxford: Hart Publishing, 2002; GIGLIO, Francesco. *The foundations of restitution for wrongs*. Oxford: Hart Publishing, 2007). Trata, porém, de um desenvolvimento novo em solo inglês, tendo sido reconhecido pela Câmara dos Lordes apenas em julho de 2000, no caso *Her Majesty's Attorney General v. Blake* (EDELMAN, 2002, p. 1-2). É apontada como um desenvolvimento contemporâneo da doutrina do enriquecimento ilícito (“*unjust enrichment*”) (WILCOX, 2009, p. 51-53).

¹⁹⁴ Os autores ingleses e estadunidenses referem-se ao conceito de “*double counting*” em uma alusão ao *bis in idem*: a possibilidade de que indenizações diversas possam ter interseções que façam com que um lesado receba uma reparação dupla.

¹⁹⁵ WILCOX, 2009, p. 27-28.

¹⁹⁶ THE LAW COMMISSION, 1997, p. 65.

v. *Brown*, em que a indenização punitiva foi negada pois o réu já havia sido condenado criminalmente. Já no caso *Borders UK Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis*, acima citado, o réu fora condenado a trinta meses de prisão pelo roubo dos livros que vendeu, e sua condenação serviu como prova na justiça civil, mas a alegação de *bis in idem* foi desprovida e a Corte lhe impôs uma indenização (nominalmente) exemplar, concluindo que a conduta que ensejara a punição civil não era a mesma pela qual havia sido preso¹⁹⁷ – de modo simplificado, no entendimento da Corte: penalmente, puniu-se o furto, civilmente, o enriquecimento indevido.

Mais claros do que o caso das penas restritivas de liberdade são os casos de multas, em que o réu já dispendeu alguma quantia monetária pelo ilícito cometido. Foi o raciocínio do juiz Stuart Smith no caso *AB v. South West Water Services Ltd.*, em que a existência de uma condenação e multa levaram-no a concluir, dentre outras razões, pela inaplicabilidade da indenização exemplar. Em *KD v. Chief Constable of Hampshire*, um caso de assédio cometido por um policial, a indenização punitiva foi também negada uma vez que o policial havia sido considerado culpado e multado em cinco dias de salário em procedimento disciplinar¹⁹⁸. Porém, bem como na hipótese anterior, não é a mera existência de uma multa que impede automaticamente uma indenização punitiva. A multa é um fator a ser considerado na decisão sobre se a conduta enseja uma punição maior. Assim, no caso *Asghar v. Ahmed*, envolvendo um despejo ilegal, que, por decorrência de previsão legal inglesa, é conduta passível também de condenação criminal, o proprietário do imóvel que já havia pagado uma multa total de £1.000 foi condenado a outras £1.000 a título de indenização exemplar no juízo cível, o juiz acreditando que a conduta do proprietário subsequentemente à evicção era tão ultrajante que justificava a nova punição¹⁹⁹.

¹⁹⁷ WILCOX, 2009, p. 28.

¹⁹⁸ Quanto a procedimentos disciplinares, no caso *Thompson and Hsu v. Commissioner of Police of the Metropolis* se afirmou que se houver evidência clara de que um procedimento disciplinar será levado a cabo caso o réu seja considerado culpado, e caso haja pelo menos uma forte possibilidade de que o procedimento realmente ocorra, a corte ou o juiz devem levá-lo em consideração na determinação da admissibilidade da indenização punitiva (THE LAW COMMISSION, 1997, p. 68; WILCOX, 2009, p. 30).

¹⁹⁹ WILCOX, 2009, p. 28-29.

Como no caso das penas restritivas de liberdade, não há qualquer óbice para a coexistência de uma multa com uma indenização exemplar quando o embasamento material de cada punição tratar de uma conduta diversa²⁰⁰.

A existência de múltiplas vítimas é também uma complicação na determinação da indenização punitiva. Tratando-se de um universo incerto de vítimas, como acontece em violações de direitos difusos que atingem a coletividade, a exemplo do caso *AB v. South West Water Services Ltd.*, foi posicionamento da Corte de Apelação negar a indenização punitiva pela dificuldade “em determinar e repartir os valores”²⁰¹. Já em um grupo determinado de vítimas, como no caso *Riches v. News Group Newspapers*, um caso de difamação envolvendo dez requerentes, a Corte decidiu por: (1) somar o valor da indenização compensatória conferida individualmente para cada vítima; (2) se esse total constituísse uma penalidade insuficiente; (3) julgar o valor a ser acrescentado para se atingir esse fim; e (4) dividir essa diferença (o elemento punitivo) entre os autores²⁰².

Já em casos em que o autor decida mover sua ação contra múltiplos réus, em responsabilidade solidária, foi decidido em *Cassell & Co. Ltd. v. Broome and Another* que apenas uma quantia pode ser conferida a título de indenização exemplar, e que essa quantia não deve ultrapassar o grau de responsabilidade da parte menos responsável pelo ato punido. Se não fosse assim, uma parte inocente ou a parte “menos culpada” poderia ter que arcar com uma indenização por um ato que não cometeu ou para além do que contribuiu para a ocorrência dele²⁰³.

A conduta da própria vítima pode também servir para excluir a possibilidade de indenização punitiva, como quando o autor de alguma forma provoca o cometimento do ilícito. Alternativamente, a conduta da vítima pode reduzir a quantia da indenização total²⁰⁴.

Foi essa a posição do juiz Lorde Woolf nas apelações *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis* e *Hsu v. Commissioner of Police of the Metropolis* (que foram julgadas em conjunto), ao afirmar que “muito embora determine-se a responsabilidade do réu pelo ilícito,

²⁰⁰ THE LAW COMMISSION, 1997, p. 67.

²⁰¹ THE LAW COMMISSION, 1997, p. 68-69. No original: “practical problems arise with regard to the assessment and apportionment of exemplary damages”.

²⁰² WILCOX, 2009, p. 30.

²⁰³ WILCOX, 2009, p. 30.

²⁰⁴ THE LAW COMMISSION, 1997, p. 69.

qualquer conduta imprópria por parte do autor pode reduzir ou até eliminar a indenização exemplar se o júri considerar que a conduta causou ou contribuiu para o comportamento reclamado”²⁰⁵. Lorde Devlin em *Rookes* já havia também afirmado que “[t]udo aquilo que *agravar* ou *mitigar* a conduta do réu é relevante”²⁰⁶. Assim aconteceu no caso *Clark v. Chief Constable of Cleveland Police*, em que o júri não concedeu uma indenização exemplar por considerar que a conduta imprópria cometida pela polícia fora provocada pela conduta do próprio autor, ao incitar seus cachorros a atacarem a polícia e tentar esmurrar um dos policiais²⁰⁷.

Por fim, a boa-fé do réu pode também constituir razão para excluir a possibilidade de indenização punitiva, ou reduzi-la. É uma precondição necessária da segunda categoria que o réu tenha agido com consciência ou desprezo consciente da ilicitude que estava cometendo, motivo pelo qual o argumento da boa-fé é irreconciliável com esta categoria²⁰⁸. Já quanto à primeira categoria, se destacou (no item 1.2) que apesar dos fatos do caso *Huckle v. Money* esclarecerem que o autor fora tratado de maneira civilizada e ficara preso por menos de seis horas, teve a indenização punitiva provida. Mais recentemente, porém, no caso *Holden v. Chief Constable of Lancashire*, de 1987, o juiz asseverou que a ausência de circunstâncias agravantes seria um elemento que o júri deveria levar em consideração para decidir se a indenização punitiva era cabível, e o *quantum*²⁰⁹. Assim, conforme Lorde Devlin, “tudo aquilo que *agravar* ou *mitigar* a conduta do réu é relevante”²¹⁰. Destarte, se o réu agiu “com base em uma

²⁰⁵ *Thompson and Hsu v. Commissioner of Police of the Metropolis*, 1997; WILCOX, 2009, p. 30-31. No original: “[...] even though the plaintiff succeeds on liability any improper conduct of which they find him guilty can reduce or even eliminate any award of aggravated or exemplary damages if the jury consider that this conduct caused or contributed to the behaviour complained of”.

²⁰⁶ *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 39. No original: “[e]verything which aggravates or mitigates the Defendant’s conduct is relevant”.

²⁰⁷ WILCOX, 2009, p. 31. A corte não pode reduzir a indenização exemplar somente pelo fato de que a vítima é alguém com sérias condenações criminais. Assim decidiu-se no caso *Treadway v. Chief Constable of West Midlands Police*, em que se deferiu quantia substancial a título de indenização exemplar a um apenado que foi espancado pela polícia, de maneira tal que constituía verdadeiramente tortura, para obter sua assinatura em uma confissão fabricada (*Ibid.*).

²⁰⁸ THE LAW COMMISSION, 1997, p. 69.

²⁰⁹ *Holden v. Chief Constable of Lancashire*, 1987; THE LAW COMMISSION, 1997, p. 70; WILCOX, 2009, p. 31.

²¹⁰ *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 39.

convicção honesta, [ainda que] equivocada, e de boa-fé”, o júri ou a corte podem exercer sua discricionariedade e indeferir um pedido por indenização exemplar²¹¹. Isso parece mais alinhado, inclusive, com a condição de que a indenização punitiva só pode ser concedida em casos em que a indenização compensatória for insuficiente para punir o réu²¹².

1.7 Análise crítica do instituto

Não há dúvidas de que a indenização punitiva ou exemplar é um dos aspectos mais controvertidos, em matéria de responsabilidade civil. Passa-se a análise de algumas reconhecidas objeções ao conceito. No decorrer de todo esse item, os argumentos críticos apresentados no corpo do texto dizem respeito à opinião dos doutrinadores ingleses – alguns aportes brasileiros serão trazidos apenas em nota de rodapé.

1.7.1 A confusão de funções entre o direito penal e o direito civil

A reprimenda mais proeminente, que frequentemente acompanha qualquer criticismo ao instituto, é que este confunde a função do direito civil, que busca compensar, com a função do direito penal, que busca impor uma sanção com efeitos punitivo e dissuasório. Por conseguinte, a existência da indenização exemplar seria necessariamente infundada, *ad hoc*, e, sendo inconsistente com os princípios fundamentais do direito privado, violaria sua coerência²¹³.

²¹¹ THE LAW COMMISSION, 1997, p. 70. No original “*on the basis of an honest or mistaken belief or in good faith*”.

²¹² WILCOX, 2009, p. 31

²¹³ *Cassell & Co. v. Broome and Another*, 1972; KOZIOL, Helmut. Punitive damages – a European perspective. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, v. 68, n. 3, p. 741-764, 2008, p. 751-753; WILCOX, 2009, p. 32. Os doutrinadores brasileiros também não se furtam em identificar que a indenização punitiva representa uma violação da cisão entre o direito civil e penal: cf. SANSEVERINO, 2010, p. 68-76; MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 195-264, *passim* (defendendo que não só a indenização punitiva como toda concepção de função punitiva viola a cisão entre o direito civil e penal); MARTINS-COSTA, PARGENDLER, 2005 (destacando que a atração exercida pela indenização punitiva está justamente na ultrapassagem da cisão civil-penal); ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral & indenização punitiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 229-231 (defendendo que a relativização desta cisão é positiva); MIRAGEM, 2015 (propondo que apenas a função dissuasória se-

Deakin e Markesinis similarmente afirmam que “o crime e o ilícito civil compartilham um passado comum, mas hoje estão sujeitos a diferentes regras, e buscam objetivos diferentes”²¹⁴.

Esse retorno à prática arcaica de misturar a punição com a compensação violaria também princípios fundamentais do direito penal moderno, sobretudo o princípio do *nulla poena sine lege*²¹⁵.

O argumento em prol de uma clara cisão entre as esferas cível e penal afirma que a punição dos que cometem danos é uma função do Estado. Destarte, uma indenização exemplar seria, essencialmente, uma *multa*, embora imposta contra um réu que não se vê protegido por nenhuma das salvaguardas processuais que possuiria caso fosse processado penalmente. Na Inglaterra, o processo penal tem como garantias: (1) regras mais restritas quanto a admissibilidade de provas; (2) requisita-se que as provas comprovem os fatos “para além de qualquer dúvida razoável” (“*beyond a reasonable doubt*”), em oposto ao padrão do direito civil, que decide “pelo balanço das probabilidades” (“*on the balance of probabilities*”); (3) o réu se beneficia da presunção de inocência; (4) a jurisdição do júri é limitada a determinar a culpabilidade do réu, não definir a sua sanção.

Já se justificou a existência dessas salvaguardas apontando que há diferenças significativas nas consequências de ser processado pelo juízo penal ou cível – já que o primeiro traz o risco de uma pena restritiva de liberdade, afora o estigma imposto a um apenado²¹⁶. Por outro lado, as provisões garantistas do processo penal não são aplicáveis apenas aos crimes cuja pena é restritiva de liberdade²¹⁷.

Outra possibilidade é defender que o direito privado pode cumprir a função que quisermos determinar a ele, e que não há razão, a princípio,

ria reconciliável com o direito privado), p. 390-395; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação a diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 211-217 (rejeitando todo tipo de função punitiva).

²¹⁴ DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 17. No original: “*crime and tort share a common past but are now subject to different rules and pursue different aims*”.

²¹⁵ KOZIOL. 2008, p. 756.

²¹⁶ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome and Another*, 1972.

²¹⁷ WILCOX, 2009, p. 33.

pela qual o direito penal e o direito civil devam cumprir funções (mutuamente) exclusivas²¹⁸. Fato é – o que se revela pela condição “se, e somente se” – que mesmo as indenizações civis compensatórias servem uma função punitiva²¹⁹. Ademais, que a compensação não é a única preocupação de uma indenização é evidente pela existência da indenização nominal ou na metodologia da *gain-based damages*²²⁰ (*disgorgement of profits*), ambas, assim como a indenização punitiva, sendo calculadas com base em outro elemento que não o dano sofrido pelo lesado²²¹. Destarte, o reconhecimento de funções punitivas e restitutórias significa que o direito privado tem propósitos legitimamente corretivos que a mera compensação não consegue cumprir, o que já se defendeu como não sendo algo necessariamente repreensível²²².

1.7.2 Críticas ao escopo das categorias de *Rookes*

Viu-se com certa desconfiança a delimitação aparentemente arbitrária das duas primeiras categorias de *Rookes* – as possíveis de serem

²¹⁸ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome and Another*, 1972. Lord Wilberforce destacou, no caso: “[n]ão se pode tomar como garantido, mesmo por uma questão teórica, que o propósito da responsabilidade civil é o da compensação, [...] ou que há algo inapropriado ou ilógico ou anômalo (uma palavra que gera dúvidas) na inclusão de um elemento punitivo nas reparações cíveis, ou, inversamente, que o direito penal, mais que o direito civil, é nesses casos o melhor instrumento para transmitir a desaprovação social, ou para reparar um dano causado à estrutura social, ou que a indenização em qualquer caso possa ser separada em dois elementos distintos. Por uma questão prática, o Direito inglês não se comprometeu com nenhuma dessas teorias: e [ao não se comprometer] pode ter sido mais sábio do que imaginava”. No original: “[i]t cannot lightly be taken for granted, even as a matter of theory, that the purpose of the law of tort is compensation, still less that it ought to be, an issue of large social import, or that there is something inappropriate or illogical or anomalous (a question-begging word) in including a punitive element in civil damages, or, conversely, that the criminal law, rather than the civil law, is in these cases the better instrument for conveying social disapproval, or for redressing a wrong to the social fabric, or that damages in any case can be broken down into the two separate elements. As a matter of practice English law has not committed itself to any of these theories: it may have been wiser than it knew”.

²¹⁹ V. pág. 66.

²²⁰ V. pág. 68, nota 193.

²²¹ WILCOX, 2009, p. 33.

²²² WEINRIB, Ernest J. Punishment and disgorgement as contract remedies. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 78, n. 1, p. 55-103, 2003.

aplicadas e desenvolvidas pela jurisprudência, sem a necessidade de uma legislação prévia. Em verdade, esse parece ser o motivo pelo qual o conceito inglês da indenização exemplar não foi bem recebido pelas demais jurisdições da *commonwealth* que reconhecem esse tipo de indenização²²³. A excentricidade do sistema foi reconhecida sem quaisquer reservas. Quando da decisão de *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, Lorde Reid – que também participara da decisão de *Rookes v. Barnard*, concordando de pleno com o posicionamento de Lorde Devlin naquele caso – destacou:

Tínhamos que escolher entre confinar [o escopo da indenização exemplar] estritamente aos tipos de casos em que ela já estava firmemente estabelecida, embora isso produzisse um resultado ilógico, ou permitir que ela fosse estendida para que se atingisse um resultado lógico. Na minha visão, é melhor nesses casos se contentar com um resultado ilógico que permitir qualquer extensão²²⁴.

O escopo e as razões dessa “operação de poda” (“*pruning operation*”) merecem algumas considerações.

1.7.2.1 Ação opressiva, arbitrária, ou inconstitucional praticada por agentes públicos

Lorde Devlin, crendo que uma anomalia devia ser restritamente confinada, claramente articulou (ao preço de criar outras anomalias e ilocidades) que uma linha deveria ser estabelecida para garantir que atitudes opressivas cometidas por empresas privadas ou indivíduos não fossem abarcadas pela primeira categoria. O juiz argumentou que acreditava haver uma diferença identificável, pois “os funcionários do governo são também funcionários do povo e quando utilizam de seu poder devem

²²³ WILCOX, 2009, p. 34.

²²⁴ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome and Another*, 1972. No original: “[w]e had to choose between confining [the scope of exemplary damages] strictly to classes of cases where it was firmly established, although that produced an illogical result, or permitting it to be extended so as to produce a logical result. In my view it is better in such cases to be content with an illogical result than to allow any extension”.

fazê-lo de maneira subordinada ao seu dever de serviço”²²⁵. O juiz ainda argumentou que aqueles que abusassem de seu poder não sendo funcionários governamentais receberiam sua punição através da imposição de uma indenização agravada – o que Wilcox aponta como inconsistente e uma prova que a distinção realizada não é isenta de problemas, uma vez que a indenização agravada não contém uma função punitiva²²⁶.

A validade dessa linha distintiva criada por Lorde Devlin foi também criticada em *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, com o destaque de Lorde Nicholls que a formulação da primeira categoria era de alguma forma minada pela segunda categoria, que não requer que os réus sejam funcionários públicos (e em regra eles não são)²²⁷. Movido por percepção similar, o visconde Dilhorne, em *Broome*, já argumentara que é a conduta do réu, não seu *status*, que deve determinar sua responsabilidade²²⁸.

A verdade por trás desta “triste distinção” (“*forlorn distinction*”) é que, quando da decisão do caso *Rookes* em 1964, a jurisprudência estava firmemente estabelecida no sentido de que agentes públicos poderiam ser obrigados a indenizar quantias que seriam injustificáveis exclusivamente por uma função compensatória. Havia, contudo, apenas um caso de uma indenização exemplar concedida contra um ente privado – que foi reformado. Decorrente disso, Devlin acreditou que poderia restringir a “anomalia” representada pela indenização exemplar apenas à hipótese que ela já estava jurisprudencialmente sedimentada²²⁹.

1.7.2.2 Conduta calculada pelo réu para obter lucro para si que excede a indenização eventualmente concedida ao autor

Em *Broome*, e podendo analisar em retrospectiva, Lorde Reid pôde discordar de Lorde Devlin, e indicar que a segunda categoria “não era

²²⁵ *Rookes v. Barnard*, 1964; WILCOX, 2009, p. 34. No original “*for the servants of the government are also the servants of the people and the use of their power must always be subordinate to their duty of service*”.

²²⁶ WILCOX, *loc. cit.*

²²⁷ *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, 2002; WILCOX, 2009, p. 35.

²²⁸ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome and Another*, 1972.

²²⁹ WILCOX, 2009, p. 35. Uma mentalidade similar parece ter embasado os julgadores do caso *AB v. South West Water Services Ltd.*, de 1993, responsáveis pela criação da, também tida como ilógica, “*cause of action test*”, hoje revogada pelo caso *Kuddus*.

bem escrita”²³⁰. Suponha-se que uma pessoa com intuito hostil cometa um ilícito com desrespeito grave pelos direitos de outrem, mas não para benefício próprio, apenas movida por malícia: por que ela também não deveria ser punida²³¹? A mesma dúvida foi levantada por Lorde Nicholls em *Kuddus*, que afirmou não estar convencido pela formulação da segunda categoria, argumentando que “[n]ão há razão óbvia do porquê, se garantida a disponibilidade da indenização punitiva, que o motivo de lucro seja suficiente [para configurar a responsabilidade] mas o motivo de malícia não seja”²³².

Entende-se que a opinião de Lorde Devlin ao estabelecer a segunda categoria era que nos casos em que o lesante não houvesse o intuito de auferir lucro, a reparação ao lesado não poderia ser feita por intermédio de uma indenização punitiva, apenas de uma indenização agravada²³³. Isso gera perplexidade até para os julgadores britânicos, consoante a manifestação de Lorde Wilberforce em *Broome*: “se a ‘indenização agravada’ deve ‘fazer o trabalho da indenização punitiva’ e se se supõe que júris ou juízes continuarão concedendo indenizações tanto quanto antes, então nada se ganhou ao trocar o rótulo; e estamos incentivando o faz de conta e encorajando pleitos fictícios”²³⁴.

A razão para se excluir as condutas maliciosas dessa segunda categoria foi, novamente, porque esses casos não possuíam um respaldo jurisprudencial firmemente estabelecido. Wilcox sintetiza que o propósito real por trás desta segunda categoria seria não a punição do réu, mas sim a prevenção do enriquecimento sem causa²³⁵.

²³⁰ *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, 2002. Visconde Dilhorne, julgando o mesmo caso, concordou com a crítica. No original: “not happily phrased”.

²³¹ WILCOX, 2009, p. 35.

²³² *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, 2002. No original: “[t]here is no obvious reason why, if exemplary damages are to be available, the profit motive should suffice but a malicious motive should not”.

²³³ WILCOX, *loc. cit.*

²³⁴ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome and Another*, 1972. No original: “if ‘aggravated damages’ are ‘to do the work of punitive damages’ and if it is to be supposed that juries, or judges, will continue giving damages much as before, then nothing has been gained by changing the label and we are indulging in make belief and encouraging fictional pleading”.

²³⁵ WILCOX, 2009, p. 36.

1.7.2.3 Escopo mais amplo?

A decisão do caso *Kuddus*, que levantou tantas dúvidas sobre as estabelecidas categorias do caso *Rookes*, deixa dúvidas quanto a subsistência das categorias no direito inglês. Sugere-se que elas possivelmente já tenham servido o propósito que buscavam, e estariam em vias de serem descartadas²³⁶. A própria *Law Commission*, em seu relatório de 1997, já defendia a substituição das categorias por um teste geral, uma consideração se o réu “violou deliberada e ultrajantemente os direitos do autor”²³⁷. Lembra-se, porém, que todas as proposições desse relatório em relação à indenização exemplar foram rejeitadas em 1999, e a despeito do posicionamento que as categorias poderiam estar próximas de serem descartadas, continua sendo a posição do governo que a indenização exemplar em ações cíveis não deve ser estendida para além das instâncias limitadas já previstas pelos precedentes²³⁸.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ THE LAW COMMISSION, 1997.

²³⁸ INGLATERRA, DCA, 2007, p. 77-78. O pronunciamento do governo sobre a questão se deu nos seguintes termos: “*It remains the Government’s view that the availability of exemplary damages in civil proceedings should not be extended beyond the limited instances in which they are currently available under the common law, namely in the case of oppressive, arbitrary or unconstitutional action by a public servant and where the tortfeasor’s conduct was calculated to make a profit which might well exceed the compensation payable to the claimant. These categories were established in the case of Rookes v Barnard. In Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary, the House of Lords disapplied the cause of action rule formulated in AB v South West Water Services Ltd which had further restricted the availability of exemplary damages. The cause of action rule held that exemplary damages could only be granted if the cause of action was one for which exemplary damages would have been awarded prior to 1964 (i.e. before the case of Rookes v Barnard). However, the House of Lords decision did not create any new causes of action where exemplary damages can be claimed. [...] The Government accepts the decision in Kuddus, which represents a sensible change removing an arbitrary restriction on claims, but considers that there should be no further lessening through statute of the restrictions on the availability of exemplary damages. The purpose of the civil law on damages is to provide compensation for loss, and not to punish. The function of exemplary damages is more appropriate to the criminal law, and their availability in civil proceedings blurs the distinctions between the civil and criminal law. The Government does not intend any further statutory extension of their availability.*”

1.7.3 Enriquecimento sem causa

Outra crítica tecida sobre a indenização punitiva é que o autor, ao receber como indenização uma quantia maior que a que poderia se justificar como uma quantia compensatória, estaria se enriquecendo indevidamente ao receber uma quantia que não faz jus – um enriquecimento indevido, ou um *windfall* – às custas do réu. Isso decorre também da crítica à aproximação entre as funções cumpridas pelo direito civil e pelo direito penal: aceitar que a responsabilidade civil cumpra uma função de alguma forma “pública” acaba fazendo com que o indivíduo, e não o Estado, retenha os valores conferidos em nome da sociedade. Esse ponto é ainda mais contundente no que diz respeito às condutas puníveis cometidas por funcionários públicos, que fazem com que o valor indenizatório saia dos cofres públicos, com a provável consequência de reduzir as quantias disponíveis para cumprir funções também públicas²³⁹.

Usando a metáfora do *windfall*, argumentou-se, em contrário, que um lesado só poderia se beneficiar caso “o vento esteja soprando a seu favor”. Ou seja, já que foi ele quem se deu ao trabalho e dispendeu dinheiro ingressando com a ação, buscando defender um interesse público, ele seria a pessoa mais apropriada para receber a indenização exemplar. Visto dessa forma, a indenização exemplar não seria um “*windfall*”, mas sim uma “*recompensa*” (“*bounty*”). Ademais, pode-se argumentar que uma vez que a indenização tenha sido imposta contra o réu, o propósito social de dissuasão já se cumpriu, e é irrelevante então se o autor recebe o valor da indenização ou se ele é aplicado para o benefício de alguma causa social ampla²⁴⁰. Alguns dos estados dos Estados Unidos, abordando o problema do enriquecimento indevido, promulgaram legislações prevendo uma indenização compartilhada entre o lesado e o próprio estado, ou algum fundo estatal²⁴¹. A *Law Commission* inglesa analisou essa possibilidade em seu relatório de 1997, mas concluiu que, uma vez que se esperavam apenas quantias moderadas a título punitivo, os custos operacionais prevaleceriam sobre os benefícios de dividir a indenização²⁴².

²³⁹ WILCOX, 2009, p. 36-37.

²⁴⁰ WILCOX, 2009, p. 37.

²⁴¹ V. item 2.3.4.3 (*Split-recovery* – indenização compartilhada ou repartida), à pág. 154.

²⁴² THE LAW COMMISSION, 1997, p. 143-144; 186. Algumas das demais problemáticas levantadas apontam que nos casos em que a indenização punitiva fosse concedida contra o Estado, esse tipo de divisão não faria sentido. Os autores,

Além disso, essa prática poderia resultar em distorções táticas, por parte dos litigantes, na realização de acordos²⁴³.

1.7.4 A utilização de júris

Na Inglaterra, em casos civis, a utilização do tribunal do júri é restrita por previsão legislativa aos casos de fraude, difamação, prisão ilegal²⁴⁴, e litigância de má-fé²⁴⁵. Conquanto sua jurisdição seja limitada, muitos dos que defendem a abolição da indenização punitiva culpam o júri por indenizações com montantes excessivos, caracterizando-o como inerentemente volátil e facilmente instigado à indignação²⁴⁶.

Até 1990, as cortes de apelação em regra não interferiam com os montantes indenizatórios determinados por júri, também porque não havia a possibilidade de recorrer do *quantum*. Tudo que uma corte de revisão podia fazer era anular a indenização, que seria então decidida por outro júri – e se este também concedesse uma indenização vultosa, a corte ficava virtualmente impotente. Isso foi fundamentalmente alterado com legislação promulgada em 1990 (*Court and Legal Services Act*), que possibilitou a edição de normas que garantissem à Corte de Apelação o poder

contudo, contemplam que esse problema poderia ser sanado de duas maneiras: se se previsse que a indenização compartilhada não se aplicasse em casos de indenizações contra o Estado (o que consideram ser uma medida com ainda menor custo-benefício); ou se se previsse que a indenização paga fosse dirigida a fundo estatal específico.

²⁴³ WILCOX, *loc. cit.*

²⁴⁴ No original: “*false imprisonment*”. O conceito é mais amplo, e abarca as hipóteses de cárcere privado e de prisão ilegal (GARNER, 2009, p. 677). No original: “*[f]alse imprisonment is a common-law misdemeanor and a tort. It applies to private as well as governmental detention*”. Sua utilização como base para uma indenização exemplar na Inglaterra diz respeito mais às hipóteses de prisão ilegal, a exemplo dos primeiros precedentes do instituto: *Wilkes v. Wood* ou *Huckle v. Money*.

²⁴⁵ No original, “*malicious prosecution*”. Este conceito jurídico na *common law* diz respeito especificamente ao ingresso malicioso de uma ação (civil ou penal) temerária, sem um embasamento razoável, que seja decidida em favor do réu. A partir desses elementos, o réu faz jus a uma indenização. É também intitulado de “*abuse of process*” ou “*vexatious suit*” (GARNER, 2009, p. 1044).

²⁴⁶ WILCOX, 2009, p. 37. As demais hipóteses de aplicação da indenização punitiva – como em casos de agressões físicas (“*assault and battery*”) e danos a coisas móveis e imóveis (“*trespass to goods*” ou “*trespass to land*”) – são analisadas por juízes.

de alterar o *quantum* indenizatório conferido. Essa discricionariedade da Corte de Apelação foi regulamentada pelo *Civil Procedure Rules*²⁴⁷. A partir da regulamentação, o direito a um novo julgamento continua existente, mas as cortes tendem a preferir alterar o montante indenizatório concedido²⁴⁸.

Similarmente, buscando refrear indenizações excessivas, o relatório de 1997 da *Law Commission* recomendava que juízes, ao invés de júris, determinassem o montante indenizatório²⁴⁹. Em contrário, no caso *Thompson and Hsu v. Commissioner of Police of the Metropolis*, Lorde Woolf refletiu que:

Questões muito difíceis de credibilidade terão sempre que ser resolvidas. É desejável que essas [questões] sejam determinadas pelos compatriotas do autor, ao invés dos juízes, que, assim como a polícia, se preocupam em manter a lei e a ordem. Similarmente, o júri, por causa de sua composição, é um corpo peculiarmente adequado a tomar a decisão definitiva sobre a indenização, o que inclui decidir se a indenização agravada ou exemplar é cabível neste tipo de demanda – e o júri manter essas importantes atribuições é uma importante salvaguarda da liberdade dos cidadãos²⁵⁰.

Destaca-se uma aparente divergência de opiniões entre a doutrina e a jurisprudência sobre o papel do júri na concessão da indenização

²⁴⁷ *Civil Procedure Rules (CPR)*, 1998, rule 52.10, (3): “52.10 Appeal court’s powers: [...] (3) In an appeal from a claim tried with a jury the Court of Appeal may, instead of ordering a new trial – (a) make an order for damages; or (b) vary an award of damages made by the jury”.

²⁴⁸ WILCOX, 2009, p. 38.

²⁴⁹ THE LAW COMMISSION, 1997, p. 5-6; *passim*.

²⁵⁰ *Thompson and Hsu v. Commissioner of Police of the Metropolis*, 1997; WILCOX, 2009, p. 38. No original: “[v]ery difficult issues of credibility will often have to be resolved. It is desirable for these to be determined by the plaintiff’s fellow citizens rather than judges, who like the police are concerned in maintaining law and order. Similarly the jury because of their composition, are a body which is peculiarly suited to make the final assessment of damages, including deciding whether aggravated or exemplary damages are called for in this area of litigation and for the jury to have these important tasks is an important safeguard of the liberty of the individual citizen”.

exemplar. De toda a sorte, o sistema britânico, ao contrário dos Estados Unidos²⁵¹, é mais restrito quanto à utilização de júris em casos cíveis.

1.7.5 Montantes indenizatórios excessivos

No *leading case Rookes*, Lorde Devlin preocupou-se que alguns montantes concedidos pelo júri em casos anteriores representavam uma punição maior do que a que seria provavelmente imposta caso o ilícito fosse processado criminalmente – e sem as proteções típicas do processo penal. Vários fatores são levados em consideração na determinação do montante indenizatório (cf. item 1.6), buscando-se moderar a indenização punitiva concedida. Foi, porém, antecipado por Devlin que “a Câmara pode considerar necessário impor limites arbitrários às indenizações que são concedidas a título punitivo” e o julgador também prognosticou que “exortações por moderação podem não ser o suficiente”²⁵². Em determinados tipos de casos, conceberam-se jurisprudencialmente instruções almejando a moderação do montante indenizatório.

1.7.5.1 Casos de prisão ilegal ou litigância de má-fé envolvendo a polícia

No já referido caso *Thompson and Hsu v. Commissioner of Police of the Metropolis*, de 1997, Lorde Woolf determinou instruções ao júri e balizas ao montante indenizatório aplicáveis aos casos de prisão ilegal ou litigância de má-fé envolvendo a polícia²⁵³.

O júri (ou o juiz), ao determinar sobre o cabimento da indenização punitiva, deveria ser instruído a considerar: (1) se o autor já foi compensado por seus danos e se as indenizações compensatória e agravada incluem um grau de punição para o réu; (2) que a concessão de uma indenização punitiva deve ser feita apenas se o júri achar que o conjunto das indenizações concedidas ainda são inadequados para punir o réu por sua conduta opressiva, arbitrária, ou inconstitucional; (3) que uma indenização punitiva provê um *windfall* ao autor, e a concessão dessa indenização

²⁵¹ Que, apesar do sistema federalista e de particularidades da aplicação do instituto nos diversos estados, utiliza eminentemente o júri na consideração da indenização punitiva (v. pág. 95 *et. seq.*).

²⁵² *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 38; WILCOX, p. 38-39. No original: e “*the House may find it necessary to [...] place some arbitrary limit on awards of damages that are made by way of punishment. Exhortations to be moderate may not be enough*”.

²⁵³ *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis*, 1997.

pode significar a remoção de uma verba que poderia ser utilizada pela polícia para o benefício do público; e (4) que o montante da indenização punitiva não deve ser maior que o mínimo necessário para marcar a desaprovação do júri pela conduta do réu. Já as balizas ao montante indenizatório estabelecem que: (1) em casos em que a indenização exemplar for apropriada, é improvável que seu montante seja *menor* que £5.000,00 – de outra forma o caso provavelmente não justifica a concessão de uma indenização exemplar; (2) a conduta deve ser particularmente gravosa para justificar uma indenização de £25.000,00, e a cifra de £50.000,00 deve ser tida com o máximo absoluto; e (3) será incomum a hipótese em que a indenização exemplar consista em um montante maior que três vezes o conjunto das demais indenizações concedidas, exceto quando este conjunto totalizar um montante modesto²⁵⁴.

Consequência disso, pode-se afirmar que o caso *Thompson and Hsu* foi bem-sucedido em restringir vultosas indenizações punitivas²⁵⁵.

1.7.5.2 Casos de difamação

No caso *John v. Mirror Group Newspapers Ltd.*, de 1997, o réu em sua defesa afirmou que uma indenização punitiva excessiva teria como consequência um “*chilling effect*” (ou “efeito censor”)²⁵⁶ à liberdade de expressão. Analisando o argumento, a corte enfatizou que

²⁵⁴ WILCOX, 2009, p. 39-40.

²⁵⁵ No próprio caso, a indenização punitiva inicialmente concedida a Thompson de £50.000,00 foi reduzida para £25.000,00, e a indenização punitiva inicialmente concedida a Hsu de £200.000,00 foi reduzida para £15.000,00. No ano seguinte, em *Gosswell v. Commissioner of Police for the Metropolis*, a indenização punitiva inicialmente concedida de £170.000,00 foi reduzida para £15.000,00. Cf. WILCOX, 2009, p. 40-41 para uma lista mais expressiva de casos que revelam o impacto das instruções e balizas do caso *Thompson*.

²⁵⁶ Literalmente, um efeito de “resfriamento” na publicação de notícias, impactando a liberdade de expressão. Cf. SCHAUER, Frederick. Fear, risk and the first amendment: unraveling the chilling effect. *Boston University Law Review*, Boston, v. 58, p. 685-732, 1978 (analisando o significado e desenvolvimento do “*chilling effect*”); SIERRA, Joana de Souza. *Um estudo de caso: o direito ao esquecimento contra a liberdade de imprensa*. 2013. 89 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, UFSC, Florianópolis, 2013, p. 64 (cunhando a nomenclatura do termo *chilling effect* em língua portuguesa como *efeito censor*).

[O] princípio [da liberdade de expressão] requer que a indenização exemplar nunca exceda o mínimo necessário para concretizar a função pública inerente a esta indenização, que é punir o réu, ensiná-lo que ilícitos não compensam, e dissuadir terceiros. [...] A liberdade de expressão não deverá ser restringida pela concessão de uma indenização exemplar, exceto até o ponto que seja estritamente necessário para que se protejam as reputações²⁵⁷.

Para isso, um dos fatores mais relevantes na determinação da indenização exemplar nesse tipo de caso é a consideração acerca da condição econômica do réu. Como consequência, casos que envolvem jornais ou outros meios de comunicação de massa costumam receber indenizações mais elevadas²⁵⁸. No caso citado, o júri havia concedido £75.000,00 a título compensatório e £275.000,00 a título punitivo, montantes que foram reduzidos para £25.000,00 e £50.000,00, pois a Corte de Apelação considerou que seriam valores suficientes para garantir justiça para ambas as partes e proteger plenamente os interesses públicos envolvidos²⁵⁹.

1.7.5.3 Casos envolvendo locação de imóveis

Os casos envolvendo disputas entre locadores e locatários de imóveis (“*landlord/tenant cases*”, um rol de casos clássicos de imposição da indenização punitiva na Inglaterra), em especial quando tratando de despejos cometidos de maneira abusiva, tendem a conter montantes indenizatórios menores e muito mais consistentes. Os extremos variam entre £100,00 a aproximadamente £20.000,00, mas a média encontrada parece ser na órbita dos £1.000,00, montante considerado adequado à maior parte das hipóteses²⁶⁰.

²⁵⁷ *John v. Mirror Group Newspapers Ltd.*, 1997. No original: “*principle requires that an award of exemplary damages should never exceed the minimum sum necessary to meet the public purpose underlying such damages, that of punishing the defendant, showing that tort does not pay, and deterring others. [...] Freedom of speech should not be restricted by awards of exemplary damages save to the extent shown to be strictly necessary for the protection of reputations*”.

²⁵⁸ WILCOX, 2009, p. 42.

²⁵⁹ *John v. Mirror Group Newspapers Ltd.*, 1997.

²⁶⁰ WILCOX, 2009, p. 42-43.

1.7.6 Múltiplos réus²⁶¹

A hipótese de responsabilidade solidária levanta considerações quanto à imposição de uma indenização exemplar – com base no fato que um réu com ínfimo grau de culpa pode ser levado a pagar inteiramente tal indenização²⁶². Em *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, Lorde Wilberforce ressaltou que um único montante pode ser concedido a título exemplar contra réus em solidariedade passiva, e que este montante deve ser representativo do menor grau de responsabilidade encontrado entre os réus. Assim, autores que quisessem diferenciar entre os réus podiam fazê-lo de diferentes formas, como, por exemplo, optando por processar apenas o réu mais culpado, ou ingressando com ações distintas²⁶³. O problema com esse argumento é que: (1) iniciar ações distintas pode desencorajar o lesado, por ser custoso; (2) considerando que a condição econômica do réu pode ser utilizada na determinação do montante, o lesado poderia acabar optando por processar o réu mais abastado, ao invés do mais culpado²⁶⁴.

Wilcox aponta que em demais jurisdições da *commonwealth*, como é caso da Austrália, indenizações punitivas distintas são concedidas contra lesantes individualmente com base no seu grau de culpabilidade. Assim, a corte pode levar em consideração a boa-fé de um único lesante, bem como o fato que algum lesante já tenha sido previamente punido, sem ilibar os demais. Uma sugestão similar foi feita pela *Law Commission* em seu relatório de 1997, mas não recepcionada pelo governo – cuja posição foi que um maior desenvolvimento jurisprudencial dessa área do direito poderia ajudar a esclarecer as dúvidas²⁶⁵.

²⁶¹ Analisam-se neste item especificamente as críticas e dúvidas doutrinárias acerca dessa questão. A forma como a jurisprudência resolve essas hipóteses foi apresentada à pág. 70, nota 203. Já o tratamento dado à hipótese do item seguinte, dos múltiplos autores, foi apresentado à pág. 70, notas 201 e 202.

²⁶² WILCOX, *op. cit.*, p. 43.

²⁶³ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome and Another*, 1972.

²⁶⁴ WILCOX, 2009, p. 44. Ademais, o argumento dos julgadores ingleses não parece acertado. A própria possibilidade da solidariedade passiva entre os réus busca facilitar com que o autor consiga reparação pelo dano que sofreu. Assim, para evitar distorções e ilogicidades, a concessão de uma indenização punitiva contra réus em solidariedade passiva não deveria ser adstrita ao grau de culpa do menos culpável – esse réu poderia se eximir de arcar com uma conduta que não cometeu através de uma ação regressiva contra o verdadeiro causador do dano.

²⁶⁵ WILCOX, *loc. cit.*

1.7.7 Múltiplos autores

Um único ato ilícito pode gerar uma multiplicidade de lesados. É majoritária a opinião inglesa no sentido de que a indenização punitiva gera “consequências desarrazoadas” (“*unreasonable consequences*”) em casos envolvendo mais do que uma vítima²⁶⁶.

O caso *Riches v. News Group Newspapers Ltd.*, em que os lesados ingressaram em litisconsórcio contra o réu, estabeleceu que, nessas hipóteses, uma vez que a indenização compensatória fosse determinada, o juiz ou júri deveriam determinar a necessidade de um montante punitivo adicional. Caso considerassem-no necessário, após sua quantificação ele deveria ser igualmente distribuído entre os autores²⁶⁷.

Todavia, nem todos os casos em que há uma multiplicidade de lesados envolvem litisconsórcios. Foi o que ocorreu em *AB v. South West Water Services Ltd.*, em que 180 lesados ingressaram com ações individuais. Essa hipótese gerou uma dúvida ainda não respondida pelas cortes britânicas: “se a determinação for feita separadamente em momentos diferentes para autores diferentes, como a corte pode saber que punição total é apropriada”²⁶⁸? A incerteza acerca do número e da extensão das potenciais ações indenizatórias dificulta a avaliação de uma indenização punitiva justa. O caso levantou ainda uma segunda questão: caso uma indenização fosse determinada, o montante total deveria ser dividido igualmente pelo número de autores ou de acordo com a gravidade do dano individualmente sofrido? Ainda: como lidar com hipóteses em que algum dos autores tenha agido de forma a merecer uma indenização reduzida? Em ambos os casos, avaliações específicas para cada vítima podem constituir

²⁶⁶ KOZIOL, 2008, p. 754. Estadunidense, Thomas Colby ressalta essa problemática ao criticar a imposição de uma indenização punitiva que leve em consideração a reprecensibilidade da conduta do réu e busque puni-la e dissuadi-la em sua integralidade, abarcando assim o que chama de “totalidade do dano” (“*total harm punitive damages*”) em uma única indenização (COLBY, Thomas B. Beyond the multiple punishment problem: punitive damages as punishment for individual, private wrongs. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 87, p. 583-678, 2003). Analisa-se a crítica desse autor ao item 2.2.1.2 (Reivindicação do interesse público – a problemática da indenização pela “totalidade do dano”), pág. 122, nota 387.

²⁶⁷ V. pág. 70, nota 202.

²⁶⁸ *AB v. South West Water Services Ltd.* 1993. No original: “[if] the assessment is made separately at different times for different plaintiffs, how is the court to know that the overall punishment is appropriate?”.

uma tarefa demasiado complexa, e as meras custas processuais pagas pelo réu na multiplicidade de ações poderiam totalizar um montante suficiente como punição – embora lembre-se que as custas, na Inglaterra, não são utilizadas na consideração do montante punitivo²⁶⁹.

1.7.8 Responsabilidade por fato de terceiro

A responsabilização civil de empregadores por atos de seus funcionários na duração de uma relação empregatícia é ponto pacífico do direito inglês. Todavia, em *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, Lorde Scott observou, especialmente no tocante à primeira categoria de *Rookes*, que “de maneira silenciosa e sem qualquer princípio ou justificativa própria, um sistema de punição indireta da Administração Pública, enquanto empregadora, por meio de uma indenização exemplar, se infiltrou no direito civil inglês”²⁷⁰. Como em muitos casos anteriores, a corte em *Kuddus* supôs que uma indenização exemplar poderia ser imposta a um *Chief Constable* ou comissário, e nesse caso o réu não argumentou o contrário. Em casos mais recentes, contudo, a questão da adequação da imposição de uma indenização punitiva em hipóteses de responsabilidade indireta foi expressamente levantada e abordada pelas cortes²⁷¹.

Desde então o entendimento jurisprudencial se sedimentou, sendo hoje seguro afirmar que a indenização punitiva pode ser conferida em hipóteses de responsabilização indireta, em casos envolvendo a primeira categoria de *Rookes* (“ação opressiva, arbitrária, ou inconstitucional praticada por agentes públicos”). Já quanto as hipóteses da segunda categoria (“conduta calculada pelo réu para obter lucro para si que excede a indenização eventualmente concedida ao autor”), pelo menos nos casos de difamação tanto a doutrina quanto a jurisprudência consideram que os atos de um repórter podem ser imputados ao seu empregador. O governo não abordou essa questão em seu parecer sobre a indenização exemplar publi-

²⁶⁹ WILCOX, 2009, p. 45.

²⁷⁰ *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, 2002. No original: “silently and without any proper or principled justification for it, a system of vicarious punishment of public employers, via an award of exemplary damages, has crept into the English civil law”. A referência à “public employers” diz respeito ao julgador estar tratando com a primeira categoria do caso *Rookes*.

²⁷¹ WILCOX, 2009, p. 47. Para detida análise dos precedentes recentes nesse sentido, cf. *Id.*, p. 47-49.

cado em 2007. A posição corrente envolvendo esta categoria é que se admite uma indenização exemplar em casos de responsabilidade indireta, a exceção das hipóteses em que o lesante “tenha engajado em um método equivocado e não autorizado de exercer suas funções empregatícias, ou quando tenha realizado, como gracejo, e por sua própria vontade, conduta manifestamente ilícita”²⁷².

1.7.9 Possibilidade de seguro contra uma indenização exemplar

O sistema jurídico britânico não permite que nenhum seguro cubra a indenização que deve ser paga por um réu considerado culpado. Em compensação, a aceitação de hipóteses de responsabilização indireta de um empregador levantou dúvidas sobre a possibilidade de cobertura de indenizações exemplares nesse tipo de caso. Uma das contendas é que a possibilidade de se segurar viola o interesse público, frustrando os objetivos de punição e dissuasão do instituto²⁷³.

O caso *Lancashire County Council v. Municipal Mutual Insurance Ltd.*, de 1997, abordou e regulou a questão. O caso dizia respeito a um segurador que se recusou a reembolsar uma autoridade local por duas indenizações exemplares que lhe foram imputadas. Em ambas as indenizações, a responsabilidade foi imputada indiretamente. A corte concordou com a proposição geral do réu que ninguém pode se segurar contra responsabilidade consequente da realização de um crime, mas asseverou que não via base para estender esse princípio e negar a possibilidade de seguros em casos de responsabilidade indireta. O raciocínio do julgador decorreu de várias considerações: (1) embora as funções punitiva e dissuasória sejam sem dúvida prejudicadas, as possibilidades de o autor receber o montante indenizatórios são melhoradas; (2) embora o montante indenizatório seja segurado, a indenização exemplar ainda terá provavelmente um efeito punitivo, vez que pode haver limites de responsabilidade na apólice, e que o segurado provavelmente pagará prêmios mais altos no futuro e/ou terá dificuldade em renovar sua apólice; (3) há um interesse público também em garantir a eficácia contratual – se a seguradora aceitou tal condição e recebeu o prêmio, ela deve assumir o risco contratado. Assim, concluiu-se que os contratos de seguro envolvendo indenizações

²⁷² WILCOX, 2009, p. 49-50. No original: “engaged in a misguided and unauthorised method of performing their authorised duties or were engaged in what was tantamount to an unlawful frolic of their own”.

²⁷³ WILCOX, 2009, p. 50.

exemplares só deveriam ser considerados nulos com base no interesse público em hipóteses bastante claras²⁷⁴.

O parecer de 1997 da *Law Commission* trouxe duas outras considerações, não tratadas em *Lancashire*: (1) que lesados podem não requerer indenizações punitivas quando saibam que os réus não tenham capacidade financeira para arcar com elas – uma capacidade que poderia ser garantida por uma apólice de seguro; (2) que negar a possibilidade de se segurar contra uma indenização punitiva criaria uma inconsistência e injustiça, já que alguns réus poderiam ou se “auto segurar”, ou receber quantias de terceiros para arcar com sua indenização²⁷⁵.

O caso *Lancashire County Council* resolve claramente a questão do seguro contra indenizações punitivas em hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro. Subsistem dúvidas, contudo, quanto à possibilidade de seguros nos casos em que a indenização exemplar tenha sido imposta a alguém por sua própria conduta ilícita. Nesses casos, o argumento do interesse público seria mais forte, e sua consideração poderia persuadir a corte a negar a cobertura do seguro²⁷⁶.

1.8 Considerações sobre o modelo jurídico inglês e aportes doutrinários brasileiros

Para dar início a uma análise acerca do peculiar sistema inglês de responsabilidade civil, e de sua construção singular de uma indenização dita agravada que coexiste com a indenização punitiva, é preciso destacar um ponto essencial do desenvolvimento da responsabilidade civil da *common law*: tanto a doutrina como a jurisprudência, historicamente, não deram atenção a um dos elementos essenciais da responsabilidade civil, o *dano*²⁷⁷.

Lecionam Deakin e Markesinis com propriedade sobre esta particularidade:

²⁷⁴ WILCOX, 2009, p. 50-51.

²⁷⁵ THE LAW COMMISSION, 1997, p. 167-169. O segundo argumento, embora elogiado pelos pareceristas, não soa completamente lógico, uma vez que poderia ser utilizado para criticar a vedação de seguros também em hipóteses de indenizações compensatórias decorrentes de responsabilidade direta (determinado lesante pode ser mais abastado que outro – podendo mais facilmente se “auto segurar”; ou receber dinheiro de terceiros para pagar a indenização).

²⁷⁶ WILCOX, 2009, p. 51.

²⁷⁷ Para uma perspectiva sobre como o dano pode também ser um elemento ignorado no Brasil, cf. PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 6 *et. seq.*; SCHREIBER, 2015, p. 104-109.

Embora encontre-se muita jurisprudência sobre a indenização, pouco esforço se devotou em definir o dano. O advogado atuante na *common law*, ao contrário do advogado atuante na *civil law*, raramente se pergunta “quê dano é ressarcível em uma ação de responsabilidade civil?”, já que seu sistema, por um longo tempo, se concentrou não no *damnum*, mas sim na *injuria*. A razão para essa ênfase diferenciada é histórica: a indenização com base no dano, até recentemente, estava exclusivamente sob o controle dos júris a partir do momento em que a conduta do réu fosse considerada ilícita. Apenas nos casos em que o dano era em si próprio um elemento do ilícito os juízes podiam se manifestar em termos de *dano*. Então a tarefa de fixar limites de responsabilidade teve de ser atingida através dos conceitos que o juiz tinha controle exclusivo. Causalidade (*causation*), proximidade da causa (*remoteness*), e o “dever de cuidado” (*duty*), foram os instrumentos óbvios. Essa herança ainda deixa marcas no direito moderno com o resultado de que muitas questões envolvendo o dano ainda são abordadas – e foram abordadas nesse livro – sob o manto da causalidade²⁷⁸ (grifos no original).

De fato, mesmo nos Estados Unidos, os tratados e a manualística em matéria de *tort law* não costumam enfrentar diretamente o elemento do dano (alternadamente intitulado como *damage*, *harm*, *injury*, *wrong*,

²⁷⁸ DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 940. No original: “[t]hough one finds a great deal of case law and literature on damages, little effort has been devoted to defining damage. The common lawyer, unlike the civil lawyer, rarely asks himself the question ‘What damage is redressable in a tort action?’ since his system, for a long time, concentrated not on *damnum* but on *injuria*. The reason for this different emphasis is historical: damage awards lay, until comparatively recently, within the exclusive control of juries once the defendant’s behaviour had been found to be tortious. Only where damage was an element of tort itself could judges formulate rules in terms of damage. So the task of fixing the boundaries of liability had to be achieved through those concepts over which the judge had exclusive control. Causation, remoteness and, later, duty, were the obvious devices. This inheritance has still left its mark on modern law with the result that many issues of damages still receive – and have received in this book – their main attention under the general heading of causation”.

ou *loss*). Abordam-no apenas tangencialmente, ao focar o aspecto mais geral da responsabilidade (*liability*)²⁷⁹.

Os comparatistas europeus costumam dar alguma atenção ao elemento, até por uma questão de necessidade, mas também optam por deslocar a análise para a responsabilidade e a indenização, enquanto “terreno comum” das diferentes jurisdições²⁸⁰.

Essa indiferença e (voluntária) ignorância em relação ao conceito de dano acarretam complicações desconhecidas por um jurista brasileiro²⁸¹. Dentre essas possíveis manifestações, está a subsistente resistência à caracterização de determinados danos extrapatrimoniais como indenizáveis, por serem considerados pouco concretos²⁸².

É possivelmente a falta de atenção conferida a uma caracterização precisa do dano que fez com que os juristas ingleses se ativessem mais atentamente a outros elementos da responsabilidade civil – a exemplo da causalidade, proximidade da causa, ou do desenvolvimento do “dever de cuidado”, acima destacados. Para além desses elementos, nota-se que, na indenização, dá-se destaque à conduta do causador do dano, em contraponto ao dano sofrido pelo lesado, como é prática do nosso sistema.

Assim, embora trabalhando em uma estrutura indenitária, o enfoque, conquanto mais ilógico, na conduta do lesante na construção do liame de responsabilidade levou a considerações que surpreendem um jurista de tradição romanística. Exemplo disso, a manifestação do juiz Lorde Devlin no *leading case Rookes*, que afirmou: “o júri (ou o juiz, se a indenização é por ele decidida) pode levar em consideração a motivação

²⁷⁹ KEETON *et al*, 1984; EPSTEIN, Richard A. *Torts*. New York: Aspen Publishers, 1999.

²⁸⁰ VAN DAM, 2006, p. 301-302.

²⁸¹ Cf. DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 122-123, para uma perspectiva das dificuldades conceituais inglesas pela ignorância ao conceito de *dano*.

²⁸² Assim, e enfrentando muita discussão doutrinária e jurisprudencial, reconhece-se hoje, na Inglaterra e nos Estados Unidos, o *pain and suffering* como indenizável especificamente por vir atrelado a um dano físico “concreto”, mas os *wounded feelings* – conceitualmente aproximados aos danos anímicos – são reparados, na Inglaterra, apenas por intermédio de uma indenização agravada (v. pág. 52, nota 135).

Daí a manifestação dos autores no sentido de que a indenização agravada serve também nas hipóteses em que a indenização não pode ser calculada precisamente (DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 942). No original: “[a]ggravated damages, on the other hand, appear where the damages are general in the sense that they cannot be calculated precisely”.

e a conduta do réu nas hipóteses em que elas agravem o dano causado ao autor”. Sublinha-se que o juiz se referia à indenização agravada – de caráter compensatório – ao fazer tal constatação. Essa caracterização acaba integrando a própria conduta gravosa ao dano, reconciliando o enfoque diferenciado com a tradicional ótica reparatória da responsabilidade civil.

Essa e as demais manifestações de Devlin – e dos demais juízes em casos subsequentes, referendando sua “operação de quarentena” – demonstram também como, ao contrário dos Estados Unidos (o que ficará claro no capítulo subsequente), os ingleses são mais cautos com a função precípua da responsabilidade civil, e com o impacto sistêmico de um instituto cujas funções primordiais sejam extracompensatórias.

A doutrina brasileira parece alheia à forma inglesa de aplicação da indenização punitiva, e, tomando por base a experiência estadunidense, ignora também o fato de que os ingleses compartilham preocupações como as que são aqui levantadas²⁸³.

Andrade, por exemplo, trata de maneira breve dos *aggravated damages*, mas os caracteriza devidamente:

São considerados como uma forma de compensação adicional, em casos nos quais a motivação ou a conduta do agente tenham constituído especial fator de angústia ou sofrimento mental da vítima, ou tenham acarretado agravação ou exacerbação desses estados psicológicos. Os requisitos para a imposição dessa espécie de indenização são: a) a existência de uma conduta dolosa excepcionalmente maliciosa, insultante, arrogante, humilhante ou insolente por parte do agente; b) um sofrimento mental ou estado psicológico negativo da vítima como consequência desse comportamento do agente. A agravação do sofrimento da vítima pode decorrer, também, de um comportamento subsequente ao ilícito. Desde o julgamento do *leading case* inglês *Rookes v. Barnard*, os *aggravated damages* são considerados como forma de sanção puramente compensatória, inconfundível, portanto, com os

²⁸³ Andrade, em sua obra monográfica nacional sobre a indenização punitiva apresenta a Inglaterra como berço do instituto, mas pauta sua análise na experiência estadunidense (ANDRADE, 2009). Similarmente: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; MARTINS-COSTA, PARGENDLER, 2005.

punitive damages. Argumenta-se que os *aggravated damages* não têm finalidade punitiva, pois visam apenas a compensar um dano aos sentimentos da vítima, em circunstâncias nas quais a indenização básica não seria suficiente como forma de compensação²⁸⁴.

Contudo, o autor conclui sua análise da indenização agravada afirmando: “[t]odavia, a vinculação dessa forma de sanção ao comportamento do agente denuncia um viés parcialmente punitivo, situando o instituto a meio caminho entre a compensação e a punição”²⁸⁵. Discorda-se desse posicionamento. Pela análise realizada até o presente momento, pode-se considerar que a indenização agravada se submete ao princípio da reparação integral, enquanto busque ou ressarcir danos aqui ressarcíveis sob o manto do dano moral (em sentido estrito ou amplo), ou considere a conduta particularmente gravosa do lesante como integrante do próprio dano.

Há, contudo, algum mérito na crítica autor, sabendo que há uma zona limítrofe ínfima entre as duas indenizações (agravada e punitiva), que também é reconhecida pelos doutrinadores ingleses:

A despeito de dificuldades e do fato que alguns detalhes continuam não resolvidos, não há dúvida que a indenização agravada, ao contrário da indenização punitiva (exemplar), tem natureza compensatória, já que a ênfase é na compensação do dano agravado sofrido pelo reclamante. Todavia, os interesses afetados são tão incapazes de valoração monetária precisa, que muitas vezes é difícil dizer onde a “satisfação” do lesado termina e a punição do lesante começa – daí a confusão conceitual [com a indenização exemplar]²⁸⁶.

²⁸⁴ ANDRADE, 2009, p. 185-186.

²⁸⁵ *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 35. No original: “*the jury (or the judge if the award is left to him) can take into account the motives and conduct of the defendant where they aggravate the injury done to the plaintiff*”.

²⁸⁶ DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, 2008, p. 944. No original: “[n]otwithstanding these difficulties and the fact that matters of detail remain unresolved, it is beyond doubt that aggravated damages, unlike punitive (exemplary) damages, are compensatory in nature, since the emphasis is on the aggravated injury to the

Assim, as únicas hipóteses que *podem* ser claramente extracom-pensatórias²⁸⁷ ocorrem na imposição de uma indenização exemplar, de aplicação restrita pelas categorias positivadas em *Rookes*. Mesmo esses casos são hoje rigorosamente controlados por instruções e balizas informadas ao júri e levadas em consideração na revisão judicial dos valores, garantindo montantes indenizatórios que, embora descolem-se do dano sofrido pelo lesado, não atingem patamares exorbitantes.

Por decorrência do fato de que a doutrina (e, sem dúvida, também a jurisprudência) brasileira embasam-se mais no modelo jurídico estadunidense, opta-se por discorrer sobre o caráter punitivo-pedagógico do dano moral – e sua suposta confusão com o instituto da indenização punitiva – após a análise da experiência estadunidense, ao item 2.5.

claimant which is being compensated. However, the interests affected are so incapable of precise monetary valuation that it is often difficult to say where 'satisfaction' for the claimant ends and punishment of the defendant begins – hence the conceptual confusion with the next heading”.

²⁸⁷ Acredita-se que pela própria preocupação inglesa com a função indenitória da *tort law*, nem toda a aplicação da indenização exemplar corresponda a uma indenização extracompensatória. Destarte, ao contrário do que se alertou no caso *Broome*, não é a indenização agravada que por vezes parece fazer o papel da indenização punitiva, mas sim o inverso. Isso é sem dúvida mais claro nas restritas hipóteses em que a indenização punitiva é prevista estatutariamente, que os próprios juristas ingleses sugeriram sua renomeação.

2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

No ordenamento jurídico estadunidense, a indenização punitiva é definida como “a indenização, que não compensatória ou nominal²⁸⁸, conferida com intuito de punir alguém por sua conduta ultrajante e dissuadir o ofensor e outros como ele de condutas similares no futuro”²⁸⁹. Um júri (ou um juiz, sob algumas circunstâncias) pode²⁹⁰ conferir a indenização punitiva em casos em que se conclua que o réu causou o dano ao autor de maneira intencional ou maliciosa, ou ainda quando sua conduta reflita um desprezo consciente, gravemente culposo, arbitrário, ou opressivo pelos direitos ou interesses do lesado²⁹¹.

Nenhum estado permite a indenização punitiva em casos de simples ou mera negligência. Esse tipo de indenização pode ser conferido contra um empregador por ato de seu empregado, embora alguns estados

²⁸⁸ A indenização nominal (“*nominal damages*”) é uma indenização conferida em situações em que o réu tenha cometido um ato ilícito que não gerou dano, ou que o autor não consiga comprovar o dano causado, nas situações em que essa prova não é dispensada. Seu valor é geralmente insignificante (GARNER, 2009, p. 447). Exemplo curioso é o do caso *United States Football League v. National Football League*, de 1986, envolvendo uma ação antitruste promovida pela parte autora, em que o júri considerou que a ré havia criado um monopólio *de facto*, mas não reconheceu nenhum dos outros pleitos da autora. Assim, a indenização concedida foi de \$1, o que, pela legislação antitruste dos Estados Unidos, que previa indenizações triplas para casos do tipo, foi “majorado” para \$3 (*USFL v. NFL*, 1986).
²⁸⁹ *Restatement (Second) of Torts* § 908, 1979. No original: “(...) *damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future*”.

²⁹⁰ Importante ressaltar que a imposição de uma indenização punitiva nunca é *requerida* – mesmo nos casos em que ela seja apropriada, afirma-se que o júri deve ser alertado de que pode se recusar a concedê-la (MORRIS, Clarence. *Punitive damages in personal injury cases*. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 21, p. 216-230, 1960, p. 217).

²⁹¹ OWEN, 1976, p. 1265-1266; OWEN, 1994, p. 364; SEBOK, 2009, p. 155. No original: “(...) *the defendant is found to have injured the plaintiff intentionally or ‘maliciously’, or in which the defendant’s conduct reflected a ‘conscious’, ‘reckless’, ‘wilful’, ‘wanton’, or ‘oppressive’ disregard of the rights or interests of the plaintiff*”.

restringam essas indenizações a casos em que o empregador tenha ordenado, participado ou consentido com a conduta ilícita²⁹². O dano causado ao lesado pode ser físico, emocional, financeiro, ou envolver algum dano à propriedade. O montante indenizatório é determinado pelo júri através da consideração da seriedade do ilícito, a seriedade do dano sofrido pelo lesado, e a capacidade financeira do lesante²⁹³.

Dan Markel, em denso estudo monográfico propondo uma ressimetização radical do instituto, destaca que dependendo da forma como estrutura-se o que tipicamente se chama de indenização punitiva em determinada jurisdição, ela pode cumprir uma série de outros propósitos além da punição retributiva – como a internalização de custos, a dissuasão específica e geral, e a compensação da vítima e dos seus advogados. Destarte, afirma que seria muito mais preciso se referir a esse tipo de indenização como “indenização extracompensatória”²⁹⁴. As diversas possíveis funções do instituto serão tratadas no item 2.2 (Funções da indenização punitiva).

Cinco estados proíbem a indenização punitiva prevista pelos precedentes judiciais: Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire, e Washington. Louisiana é um estado que possui codificação do seu direito civil, e não reconheceu a indenização punitiva a não ser em casos em que seja legalmente prevista. Similarmente, Massachusetts e Washington, embora não possuam um Código Civil, não reconhecem a indenização punitiva a não ser em hipóteses estatutariamente autorizadas. Já Nebraska e New Hampshire são jurisdições que se recusaram completamente a adotar a indenização punitiva. Em anos recentes, a mobilização em todo o país por limitações ao instituto foi tamanha que a forma e o

²⁹² O *Restatement (Second) of Torts* ratifica a abordagem mais restrita, garantindo a indenização punitiva contra um empregador apenas nos casos em que este tiver autorizado ou ratificado o ato do empregado, quando constata-se culpa grave na contratação ou manutenção daquele empregado, ou quando o empregado possuía cargo gerencial e agia representando o empregador (*Restatement (Second) of Torts*, 1979, § 209; OWEN, 1994, p. 364).

²⁹³ OWEN, 1976, p. 1266-1267; OWEN, 1994, p. 364-365; SEBOK, 2009, p. 155.

²⁹⁴ MARKEL, Dan. Retributive damages: a theory of punitive damages as intermediate sanction. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 94, p. 239-340, 2009, p. 241-242. Doravante: “MARKEL, *Retributive...*, 2009”.

conteúdo da indenização punitiva variam, de estado para estado, enormemente²⁹⁵.

Quatro características importantes sobre o sistema estadunidense da indenização punitiva devem ser levadas em consideração na presente análise. Em primeiro lugar, embora a doutrina estadunidense da indenização punitiva tenha advindo da *common law*, ela se desenvolveu independentemente de outras nações da *Commonwealth* e sofreu profundas alterações no decorrer da história jurídica dos Estados Unidos. Em segundo, o sistema federativo dos Estados Unidos – com cinquenta jurisdições estaduais que atuam paralelamente a um sistema de leis federais – produziu uma diversidade notável dentro desse país. Terceiro, a despeito dessa diversidade, a constituição federal tem o potencial de limitar significativamente o escopo das experimentações que os estados possam se aventurar a produzir, e esse potencial tem sido cada vez mais percebido nos anos recentes. Por fim, a indenização punitiva é concedida raramente e de maneira previsível – tipicamente em um montante modesto, se comparado com a indenização compensatória em que se baseia²⁹⁶.

²⁹⁵ LONG, John D. Punitive damages: an unsettled doctrine. *Drake Law Review*, Des Moines, v. 25, p. 870-892, 1976, p. 874 (apontando ainda diferentes levantamentos de doutrinadores sobre que estados rejeitavam o instituto no decorrer do século XX); AUSNESS, 1986, p. 4 (citando ainda Porto Rico, que veda a indenização punitiva em qualquer hipótese; e Indiana, que só permite a indenização punitiva se o réu não tiver sido punido criminalmente pela mesma conduta); OWEN, 1994, p. 369 (diferindo do exposto apenas ao situar New Hampshire como estado que aceita a indenização punitiva quando prevista estatutariamente); SCHWARTZ, BEHRENS, MASTROSIMONE, 1999, p. 1004 (citando Michigan como estado que permite apenas uma indenização “exemplar” como compensação por danos psicológicos derivados de insultos e ofensas à honra, mas que não permite a indenização punitiva para propósito de punição); SEBOK, 2009, p. 155 (cujo levantamento mais atual é o aqui exposto).

²⁹⁶ SEBOK, 2009, p. 156. De fato, afirma-se que uma série de estudos empíricos comprovam que a concessão de uma indenização punitiva ocorre raramente – mais raramente ainda nas áreas que mais chamaram a atenção (a responsabilidade por fato do produto e o erro médico) – e que em regra a indenização punitiva se correlaciona fortemente com a indenização compensatória (EATON, Thomas A.; MUSTARD, David B.; TALARICO, Susette M. The effects of seeking punitive damages on the processing of tort claims. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 34, n. 2, p. 343-370, 2005, p. 347-348).

Essas conclusões causam estranheza – cf. YÁGUÊZ, 2012, p. 36 – aos juristas de tradição romano-germânica, que partem da preconcepção de que a indenização

2.1 Retrospecto histórico – as três eras da indenização punitiva

A transposição do instituto da indenização punitiva – que, como se viu, foi explicitamente reconhecido pelas cortes britânicas nos julgados *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money* de 1763 – para os Estados Unidos aconteceu de maneira rápida, com uma indenização a esse título sendo reconhecida vinte e um anos após o primeiro precedente britânico²⁹⁷.

2.1.1 O primeiro momento – punição por insulto e humilhação (c. 1750-1880)

Assim como na Inglaterra, os casos mais antigos dos Estados Unidos focam-se no caráter insultante e humilhante do ato ilícito do réu²⁹⁸, caracterizados também como as tradicionais *torts* intencionais²⁹⁹. O primeiro caso a aplicar o instituto em solo estadunidense foi *Genay v. Norris*, de 1784. A Suprema Corte de Carolina do Sul concedeu o que chamou de *vindictive damages* contra um médico, acusado de envenenar um desafeto após uma discussão³⁰⁰. A Corte considerou que a gravidade excepcional da culpa era comprovada uma vez que o ilícito fora cometido por um profissional que não poderia alegar ignorância sobre seus atos e sobre os efeitos da droga ministrada à vítima³⁰¹.

punitiva é um instituto que costumeiramente gera indenizações milionárias, incentivando o que aqui chamamos “indústria do dano moral” (no inglês, “*litigation lottery*”). Sebok, em artigo anterior, ressalta como, a contrário do que propagam os *tort reformers*, a indenização punitiva não está, nem esteve, perto de sair do controle (SEBOK, Anthony J. Punitive damages: from myth to theory. *Iowa Law Review*, Iowa City, v. 92, p. 957-1036, 2007, p. 959). Em igual sentido, trazendo evidências empíricas que desconstruem essa caracterização alegórica dos *punitive damages*: DANIELS, Stephen; MARTIN, Joanne. Myth and reality in punitive damages. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 75, n. 1, p. 1-64, out. 1990; RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1330-1333; OWEN, 1994, p. 371-373.

²⁹⁷ OWEN, 1976, p. 1263; AUSNESS, 1986, p. 4; OWEN, 1994, p. 369.

²⁹⁸ SEBOK, 2007, p. 1009; SEBOK, 2009, p. 160. Concordam RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1291-93, afirmando que as cortes costumavam conceder a indenização punitiva contra “*bullies*” que oprimiam os mais fracos ou socialmente impotentes. Também concediam a mulheres, em casos de estupro ou assédio sexual. Citam por fim que haveria até mesmo algumas tentativas, não tão bem sucedidas, de utilizar o remédio para coibir a violência racial.

²⁹⁹ SCHWARTZ, BEHRENS, MASTROSIMONE, 1999, p. 1007.

³⁰⁰ OWEN, 1994, p. 369.

³⁰¹ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1290-1291.

Outro dos casos mais antigos comumente mencionados é *Coryell v. Colbaugh*, de 1791, tratando de uma quebra de promessa de casamento. No caso, a corte instruiu o júri a “não estimar a indenização com base em qualquer prova de sofrimento ou dano concreto, mas sim conceder uma indenização que servisse de *exemplo*, para prevenir ofensas similares no futuro”³⁰².

Cabe aqui também a análise trazida anteriormente, quando do desenvolvimento do instituto no direito inglês³⁰³, que afirmava que por mais diversos que fossem os casos que aplicavam a indenização punitiva, todos compartilhavam de um atributo comum: envolviam atos que afrontavam a honra das vítimas³⁰⁴. Ao recepcionar a indenização punitiva em seu estado embrionário, os tribunais dos Estados Unidos importaram também este ideário³⁰⁵.

Não é possível afirmar, porém, que os casos mais antigos dos Estados Unidos fossem unanimemente favoráveis à concessão da indenização punitiva. Em *Fay v. Parker*, o juiz Foster afirmou que a indenização punitiva era “uma heresia monstruosa [...], uma excrescência desagradável e insalubre, deformando a simetria do ordenamento jurídico [...] [um conceito] fora de lugar, irregular, anômalo, excepcional, injusto, anticientífico, para não dizer absurdo e ridículo quando incluído entre as reparações civis”³⁰⁶. Em variados momentos entre 1860 e 1920, estados como Massachusetts, Colorado, Connecticut, Louisiana, Nebraska, Washington, Michigan, e New Hampshire rejeitaram a indenização punitiva³⁰⁷.

A controvérsia se manifestou também na academia. Em meados do século XIX dois dos doutrinadores de maior renome do país, Theodore Sedgwick, advogado e editor de periódico jurídico, e Simon Greenleaf,

³⁰² DANIELS, MARTIN, 1991, p. 7.

³⁰³ V. item 1.3, pág. 34, nota 61.

³⁰⁴ ELLIS JR., 1982, p. 15.

³⁰⁵ SEBOK, 2009, p. 160.

³⁰⁶ BELLI SR., 1980, p. 4; WILCOX, 2009, p. 32. No original: “A monstrous heresy [...] an unsightly and an unhealthy excrescence, deforming the symmetry of the body of law [...] out of place, irregular, anomalous, exceptional, unjust, unscientific, not to say absurd and ridiculous when classed among civil remedies”. A Suprema Corte de Colorado foi mais comedida, afirmando apenas que a punição e a compensação eram funções que deveriam continuar separadas e distintas (RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1302)

³⁰⁷ SEBOK, 2009, p. 161.

professor de Harvard, protagonizaram um dos mais célebres embates sobre o tema³⁰⁸.

Greenleaf argumentava que a indenização punitiva busca punir uma conduta que se situa entre o direito público e o direito privado, criando uma confusão entre as funções pública e privada. Isso não era coerente com sua própria visão da ciência do direito, na qual um instituto jurídico deveria fulcrar-se devidamente em um desses polos, nunca na indecisão. Assim, em seu influente *Treatise on the Law of Evidence*, o autor rejeitou categoricamente a indenização punitiva³⁰⁹.

Já Sedgwick, com visão mais pragmática sobre a ciência jurídica, escreveu um tratado igualmente influente intitulado *A Treatise on the Measure of Damages*, rejeitando os métodos e conclusões de Greenleaf. Nesta obra de 1847, Sedgwick argumentou que o Direito “permite ao júri conceder o que chama de indenização ‘punitória’ (*punitory*), vingativa, ou exemplar; em outras palavras, mescla os interesses da sociedade e da parte lesada, e concede uma indenização não apenas visando a recompensar o lesado, mas também punir o ofensor”³¹⁰.

Em tratado publicado posteriormente ao embate, Thomas Street reconheceu que, assim como na maior parte das controvérsias, cada ponto de vista detinha apenas porções da verdade. A seu ver, porém, assistia o peso da autoridade a Sedgwick, uma vez que caracterizava o posicionamento de Greenleaf como uma generalização levada longe demais³¹¹. Street também apontou uma ambiguidade nas teorias, afirmando que não fazia diferença quem estava certo do ponto de vista prático, já que determinado dano que em uma jurisdição ensejava uma indenização exemplar, em outra ensejava uma indenização compensatória por sofrimento psicológico, insulto, ou ultraje³¹².

³⁰⁸ WALTHER, PLEIN, 1965, p. 379; OWEN, 1994, p. 370.

³⁰⁹ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1299; SEBOK, 2009, p. 161.

³¹⁰ SEBOK, 2009, p. 161. No original: “*permits the jury to give what it terms punitive, vindictive, or exemplary damages; in other words, blends together the interest of society and the aggrieved individual, and gives damages not only to recompense the sufferer but to punish the offender*”.

³¹¹ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1300.

³¹² SEBOK, 2009, p. 161. No original: “*damages which in one jurisdiction are recoverable as exemplary damages are, in another jurisdiction, recovered under the guise of compensatory damages for mental suffering, insult, or outrage*”.

O posicionamento de Sedgwick foi eventualmente reafirmado pela jurisprudência. Em 1951 a Suprema Corte dos Estados Unidos foi compelida a admitir que a doutrina da indenização punitiva estava tão arraigada no direito daquele país que não era possível mais aceitar argumentos contrários ou questionar a admissibilidade geral de uma indenização a esse título³¹³.

Sedgwick já apontara a tendência de estados como West Virginia, Nevada, e Wyoming de chamar indenizações por *pain and suffering*³¹⁴ de indenizações “exemplares”. O autor insistia, porém, que o fato de que as indenizações compensatórias decorrentes desse tipo de dano terem seu montante compensatório determinado da mesma forma que uma indenização exemplar – com base na conduta do lesante – não significava que as indenizações seriam equivalentes em escala ou que eram a mesma coisa³¹⁵.

Street, não convencido, argumentou que se houvesse uma teoria de compensação sofisticada o suficiente para abarcar todos os danos causados pelo insulto, a indenização exemplar não seria necessária³¹⁶.

Acredita-se que os questionamentos sobre a distinção entre *pain and suffering* e a indenização punitiva destacados foram decorrentes de uma sofisticação da teoria da indenização compensatória, e não por um enfraquecimento da aceitação e apoio ao instituto da indenização punitiva³¹⁷.

Ressalta-se que, neste primeiro momento da aplicação da indenização punitiva, raramente ela era concedida em casos de grave negligência³¹⁸, focando-se em condutas intencionais e arbitrárias. A possibilidade de aplicação em casos de grave negligência, até então exceção, começou a ser reconhecida na responsabilidade por fato de produto e em casos envolvendo remédios em que falhas no dever de cuidado (“*duty of care*”) ameaçavam a segurança pública. Exemplo disso o caso *Fleet v. Hollen-*

³¹³ AUSNESS, 1986, p. 4; *Day v. Woodworth*, 1851.

³¹⁴ Relembra-se que *pain and suffering* diz respeito ao desconforto físico ou emocional decorrente de lesão física. V. pág. 52, nota 135.

³¹⁵ SEBOK, 2009, p. 161-162.

³¹⁶ *Id.*, p. 162.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ “Grave negligência” refere-se ao conceito de “*gross negligence*”. Uma análise desse conceito e sua diferenciação da “culpa grave” (“*recklessness*”) são realizadas no item 2.3.2.2, quando se trabalha a culpabilidade.

kemp, de 1852, em que uma farmácia entregou um remédio acidentalmente misturado com substância tóxica, o que levou o júri a crer que a conduta do farmacêutico fora “uma negligência inescusável” e permitir que a indenização de U\$1.141,75 fosse mantida, pois tratava-se de uma das “classes de casos em que a indenização exemplar pode ser concedida pelo júri”³¹⁹.

Na mesma época, inclusive, concluía um juiz federal, no caso *Western Union Telegraph Co. v. Thompson*, de 1851:

Algumas vezes o júri, para o bem da sociedade, quando alguma ilegalidade ultrajante é cometida, pode conceder não apenas uma compensação ao ofendido, mas ir além [na quantificação da indenização] buscando o bem do povo, e afirmar aos infratores: “eu vou lhe punir, e ir além. Vou lhe castigar e lhe admoestar; e, embora a parte lesada não tenha sofrido todo esse dano, eu vou conceder esta indenização adicional para o bem público”³²⁰.

Rustad e Koenig reafirmam ainda as características identificadas por Sebok como classificadoras desse primeiro momento (o caráter de insulto e humilhação), ao asseverar que o “emblema” da indenização punitiva no século XIX era o “despeito ou malevolência”³²¹.

2.1.2 O segundo período – punição por abuso de poder (c. 1880-1950)

A indenização punitiva entra em sua segunda fase no Direito estadunidense no início do século XX. Surgem demandas pela indenização

³¹⁹ RUSTAD; KOENIG, 1993, p. 1292. No original: “[t]he court permitted the award [...] to stand because this was one of a ‘class of cases where exemplary damages may be given by the jury’”.

³²⁰ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1291. No original: “[s]ometimes the jury, for the good of society, when some outrageous lawlessness is committed, may award not only compensation to a party, but may go further for the benefit of the public, and say to the law-breakers: ‘I will sting you, and put a little more on you. I will chastise you and make you smart; and, although the injured party has not been damaged the whole amount, I will give the additional sum for the public good’”.

³²¹ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1304. No original: “the emblem of nineteenth-century punitive damages was ‘spite or ill-will’”.

punitiva em ações envolvendo linhas férreas e transações comerciais, e as cortes começam a reconhecer a aplicabilidade do instituto nesses casos³²².

Embora com taxonomia diferente³²³, esse recorte temporal proposto por Sebok é ratificado por Rustad e Koenig, que afirmam que ao final do século XIX os réus mais comuns em casos de indenização punitiva deixam de ser os indivíduos particulares para dar lugar às grandes corporações³²⁴.

Isso é resultado de transformações sofridas pelo próprio Direito estadunidense, com o crescimento do escopo da responsabilidade da pessoa jurídica, sob o manto da doutrina do *respondeat superior*³²⁵; além de mudanças na própria cultura política desse país, através do surgimento do movimento trabalhista e do progressismo, que levaram as cortes a analisar com maior escrutínio as transações privadas, contratos de trabalho, e relações consumeristas. A indenização punitiva passa a ser reconhecida em casos de relações comerciais que tenham sido utilizadas como meio para o abuso de poder econômico³²⁶.

Um exemplo do momento histórico do instituto pode ser apreendido das instruções ao júri no caso *Lake Shore & Mich. S. Ry. Co. v. Prentice*, de 1893 (envolvendo ação movida contra empresa que prestava transporte ferroviário), que expunha:

Se uma empresa pública, assim como um indivíduo, age opressivamente, arbitrariamente, [ou] abusa de seu poder, e um cidadão sofre por decorrência desta conduta um dano, diz a lei que este cidadão, em adição à sua compensação estrita, pode

³²² SEBOK, 2009, p. 163.

³²³ Os autores propõem que tanto o primeiro quanto o segundo período da indenização punitiva seriam períodos de abusos de poder, identificando o primeiro período como “abuso de poder por particulares” (o que aqui – *cf.* SEBOK, 2009, p. 159 – preferiu-se chamar de insulto ou humilhação, evidenciando também o caráter particular da ofensa) e este segundo de “abuso de poder por grandes corporações” (RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1295).

³²⁴ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1295. Sugerem os autores que isso também acontece pois anteriormente ao início do século XX, era mais comum a existência de pequenos negócios ao invés de grandes e influentes corporações (RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1309).

³²⁵ A doutrina que dispõe que os atos de um funcionário, no cumprimento de seu dever, são de responsabilidade da empresa que o emprega (RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1296; GARNER, 2009, p. 1426).

³²⁶ SEBOK, 2009, p. 163.

receber um *smart money*; uma quantia que sirva como punição para o uso opressivo de poder.³²⁷

No início do século XX a indústria de transporte ferroviário figurou habitualmente como ré em ações que buscavam indenizações punitivas. Em diversos casos tais corporações foram responsabilizadas por: expulsar passageiros sem motivo; insultar passageiros; falhar em atender a sinalização de passageiros para parar em determinadas estações; recusar prestação de serviço para cegos; falhar em tomar o devido cuidado com passageiros doentes ou inválidos; dentre outros³²⁸.

Para a concessão de uma indenização punitiva contra uma empresa era necessário que o ilícito houvesse sido ordenado, ou tolerado através de uma recusa a se tomarem as medidas corretivas cabíveis; ou seja, que a empresa soubesse ou ratificasse os atos ilícitos de seus funcionários³²⁹.

A despeito da consideração de Michael Rustad e Thomas Koenig acerca do instituto ser atrelado à justiça social, afirmando categoricamente os autores que “a consistente função histórica da indenização punitiva tem sido controlar os abusos de poder”³³⁰, Anthony Sebok crê que a base dos casos de abuso de poder ocorridos neste segundo período não assenta naquele mesmo *animus* humano visto no primeiro período, dos casos de “insulto” ou “humilhação”, mas sim no tratamento desigual ou injusto promovido pelo réu, que, sem boas razões, ignorava os ilícitos cometidos por seus empregados³³¹.

³²⁷ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1295. No original: “*If a public corporation, like an individual, acts oppressively, wantonly, [or] abuses power, and a citizen in that way is injured, the citizen, in addition to strict compensation, may have, the law says, something in the way of smart money; something as punishment for the oppressive use of power.*”

³²⁸ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1297; SEBOK, 2009, p. 163. Foram essas ações que, conforme anteriormente aludido, ajudaram a sedimentar o reconhecimento do *respondeat superior*.

³²⁹ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1295; SEBOK, 2009, p. 163. É decorrente disso que Sebok sugere que o período trate de *abusos* de poder: a vítima era lesada não só pela conduta do empregado da ré em abusar de sua posição profissional, como pela tolerância da empresa ré a esses abusos. Esta tolerância é vista pelo autor como a base do abuso de poder que ensejava a indenização punitiva nesses casos.

³³⁰ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1309. No original: “[*t*]he consistent historic function of punitive damages has been to control the abuses of the powerful”.

³³¹ SEBOK, 2009, p. 163. Neste sentido, não se imagina que a gerência das linhas férreas tinha um interesse pessoal em prejudicar ou humilhar os lesados por meio de seus empregados (*Ibid.*).

Imagina-se que a real razão que levava as empresas a não corrigir as ações de seus agentes (e por decorrência disso ratificar seus atos) se dava pois a empresa acreditava que não era economicamente vantajoso agir – que seria custoso responder à reclamação do lesado, e que o não-agir seria (espera-se) livre de custos. A correlação entre o tamanho ou domínio de mercado da ré e sua sensação de desobrigação em levar a reclamação da parte lesada a sério é justamente o que constitui seu abuso de poder³³².

A problematização feita ao instituto a partir do embate entre Sedgwick e Greenleaf até o início do século XX é apontada como a precursora dos ataques políticos e ideológicos contemporâneos por parte dos *tort reformers*. Sobre isso, opinam Michael Rustad e Thomas Koenig que as objeções à indenização punitiva, até este momento histórico analisado, surgiram perceptivelmente em um terreno doutrinário ou técnico, em contraponto à falta de cientificidade dos argumentos contemporâneos, que servem mais aos escusos interesses corporativos³³³.

Outro conjunto de casos enquadrados como “abuso de poder” que começou a dar azo a indenizações punitivas foi aquele em que, em determinada negociação, a parte mais forte decidiu tirar vantagem da parte mais fraca, buscando auferir algum tipo de lucro. Tratava-se em regra de *torts* embasadas em fraudes de um vendedor contra um comprador. As cortes não viam o ilícito praticado pelo réu nesses casos como contendo um *animus* específico de causar dano ao autor (como nos casos de “insulto ou humilhação”), mas sim como um desejo do réu de usar indevidamente o poder que possuía sobre a vítima – geralmente algum conhecimento sobre o verdadeiro estado das coisas que, tivesse compartilhado com a vítima, ela provavelmente evitaria se envolver no negócio fraudulento. Assim como nos casos envolvendo ferrovias, embora a conduta ilícita cometida pelo réu possa se assentar, em último grau, em uma razão de ganância, a pura ganância não era o suficiente para ensejar a indenização

³³² SEBOK, 2009, p. 163-164. O autor ainda traz interessante comentário de doutrinador do período, que afirma que embora o direito penal tenda a tratar de maneira mais severa ilícitos motivados por ódio do que ilícitos motivados por ganância, a responsabilidade civil, através do instituto da indenização punitiva, subverte essa lógica e começa a tratar os últimos mais como os primeiros.

³³³ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1298.

punitiva: era necessário este exercício adicional de poder sobre a vítima, que as cortes geralmente intitulavam como uma atitude “opressiva”³³⁴.

Ressalta-se que os casos envolvendo ferrovias receberam atenção doutrinária muito maior do que os casos de fraude: tratados jurídicos do período, como a obra de Sedgwick aludida acima, referem-se aos casos de ferrovias em várias páginas, e aos casos de fraude em poucos parágrafos³³⁵.

Esses dois conjuntos de casos (envolvendo companhias de transporte ferroviários e fraudes negociais), identificados como situações de “abuso de poder”, ainda se assemelham aos casos do período anterior, de indenização por “insulto e humilhação”. No que diz respeito às ferrovias, os empregados que abusavam dos consumidores claramente intentavam humilhar as vítimas; já a ratificação desses atos por parte das companhias mais discutivelmente constituiria uma humilhação *per se*, mas, do ponto de vista do consumidor ofendido, a falha das companhias em exercer responsabilmente o controle pelos atos de seus empregados poderia ser compreendida pelo menos como um desdém consciente. O mesmo desdém consciente pode ser muito mais claramente apreendido dos atos fraudulentos de vendedores, especialmente quando em negociações pessoais – e ainda mais, quando, como notaram as cortes, houvesse diferença de poder econômico e/ou social entre as partes³³⁶.

Apreende-se que, no início do século XX, a indenização punitiva começou a figurar mais proeminentemente como instrumento próprio à proteção ao consumidor: as cortes concediam indenizações punitivas con-

³³⁴ SEBOK, 2007, p. 1012-1013; SEBOK, 2009, p. 164. Como exemplo, o caso *Williams v. Detroit Oil & Cotton Company*, de 1908, em que o presidente da ré recebeu dinheiro de alguns de seus empregados, dentre eles o autor da ação, para contratar seguros contra acidentes, e embolsou este dinheiro. A corte afirmou que: “somos favoráveis à opinião de que a concessão de uma indenização exemplar não deve ser feita exceto em casos em que o ilícito tenha sido acompanhado por uma conduta maliciosa ou opressiva” (*Ibid.*). No original: “[*To award exemplary damages*] we are inclined to the opinion that this should not be done except in those cases where the misrepresentation has been attended by malicious or oppressive conduct”.

³³⁵ SEBOK, 2009, p. 164.

³³⁶ SEBOK, 2009, p. 164-165.

tra réus em transações comerciais contendo graus de “malícia, fraude, insulto, ou um desprezo gravemente culposo e arbitrário aos direitos da vítima”³³⁷.

2.1.3 O terceiro momento – a atração da dissuasão eficiente (c. 1950-2000)

A terceira transformação sofrida pela indenização punitiva começa em meados do século XX, no período do pós-Guerra. Trata-se da expansão do escopo da indenização punitiva para casos de *business torts*³³⁸ e responsabilidade por fato do produto³³⁹.

A expansão ocorrida a partir da década de 1950 é suficiente para que em 1985 possa-se afirmar que, como que do dia para a noite, a indenização punitiva parece assumir um protagonismo na litigância de virtualmente qualquer matéria de direito privado. Dentre as matérias afetadas identifica-se, justamente, as *business torts* de diferentes tipos, e, de maneira ainda mais incisiva, a responsabilidade por fato do produto³⁴⁰.

No que diz respeito às *business torts*, um estudo empírico realizado em 1987 confirmou a crença dos pesquisadores de que, especificamente

³³⁷ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1303. Ainda havia, porém, uma relutância clara em aplicar o instituto em casos de erro médico (*Id.*, p. 1302). No original: “*malice, fraud, insult, or wanton and reckless disregard of the rights of the plaintiff*”.

³³⁸ Compreendidas como “ilícitos que interfiram com algum aspecto de determinado interesse econômico ou com alguma relação negocial, causando um prejuízo econômico ao invés de um dano à propriedade ou à integridade física. Incluem interferências ilícitas em relações contratuais, interferências intencionais em perspectivas de vantagens econômicas, práticas negociais injustas, apropriações indevidas de segredos comerciais, e violações à propriedade industrial”. (GARNER, 2009, p. 1626). No original: “*A tort that impairs some aspect of an economic interest or business relationship and causes economic loss rather than property damage or bodily harm. Business torts include tortious interference with contractual relations, intentional interference with prospective economic advantage, unfair business practices, misappropriation of trade secrets, and product disparagement.*”

³³⁹ SEBOK, 2009, p. 165.

³⁴⁰ OWEN, David G. Foreword: the use and control of punitive damages. *William Mitchell Law Review*, St. Paul, v. 11, p. 309-317, 1985, p. 309.

entre 1960 e 1984, eram crescentes em número e montante as indenizações punitivas conferidas nesses casos (envolvendo especialmente anti-truste, má-fé de seguradoras, e algumas relações empregatícias)³⁴¹.

Prosser e Keeton também apontam esta mudança ocorrida a partir de 1970 no tratamento jurisprudencial das condutas ultrajantes cometidas por seguradoras: passam-se a conferir indenizações punitivas contra condutas que em alguns casos estão associadas a alguma *tort* específica, como a provocação intencional de um sofrimento mental; e em outros casos associadas à violação de algum dever implícito de boa-fé ou honestidade³⁴².

Já a responsabilidade por fato de produto vinha sendo regida pela responsabilidade objetiva desde o início da década de 1960. Decorrente disso, assumia-se que uma ação com base em responsabilidade por fato de produto, dispensando prova da culpa, seria incompatível com um pleito por indenização punitiva, que requer uma valoração da culpabilidade do lesante³⁴³. Não obstante, ao final da década de 1970, inúmeras cortes aceitavam um pedido por indenização punitiva em uma ação de responsabilidade por fato do produto se o autor conseguisse provar que o estado defeituoso do produto fora resultado de um “desprezo intencional e gravemente culposo”³⁴⁴ para com seus direitos³⁴⁵.

³⁴¹ PETERSON, Mark; SARMA, Syam; SHANLEY, Michael. *Punitive damages: empirical findings*. Santa Monica: RAND Corporation, 1987. 99 p. (The Institute for Civil Justice), p. 22; RUSTAD, 1998, p. 37.

³⁴² KEETON *et al*, 1984, p. 11.

³⁴³ Essa mesma consideração foi levantada por Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler: “não há de se pensar em punir com a indenização casos de responsabilidade objetiva, que obedecem a diversa racionalidade, sendo irrelevante, para esse regime, a apreciação da subjetividade, já que a conduta culposa não é elemento do suporte fático de incidência da regra de atribuição de responsabilidade” (MARTINS-COSTA, PARGENDLER, 2005, p. 21). A solução das cortes e da doutrina (v. nota 345, abaixo) contorna inteiramente o problema: não é porque a análise de elementos subjetivos é *irrelevante* em hipóteses de responsabilidade objetiva que ela *não pode* ser realizada. Assim, mesmo nesses casos, se o autor conseguir comprovar uma culpa especialmente grave do réu, a indenização punitiva é cabível.

³⁴⁴ No original: “*wilful and reckless disregard*”.

³⁴⁵ OWEN, 1976, p. 1268-1271; SEBOK, 2009, p. 165. Owen argumenta que a suposta incompatibilidade possui um apelo superficial, mas não sobrevive a uma análise mais severa. Em primeiro lugar, por apontar que a ideia de que a aplicação da responsabilidade objetiva precluiria uma consideração sobre a culpa do réu é

Essa construção teórica foi possível a partir da crítica que a responsabilidade objetiva por fato do produto servia bem para reparar os danos causados por um produto defeituoso distribuído por um fabricante “inocente” (já que a responsabilidade era imposta mesmo quando o fabricante tivesse exercido corretamente o dever de cuidado); mas que os princípios da responsabilidade objetiva não serviam para lidar corretamente com problemas no outro lado do espectro da culpabilidade, quando o dano adviesse de um fabricante que comercializasse seu produto com desprezo intencional ou irresponsável pela segurança do consumidor (e aponta-se que nem o direito penal possuía mecanismos capazes de punir tais ilícitos)³⁴⁶.

altamente duvidosa. A seu ver, de fato, ao invés de abandonar a noção de culpa, a responsabilidade objetiva expande esta noção ao estender ao fabricante “inocente” de um produto defeituoso as consequências legais da culpa. E mesmo que a responsabilidade objetiva de fato eliminasse a necessidade da prova da culpa do fabricante, isso só diria respeito ao estabelecimento da responsabilidade pela indenização compensatória. Sendo uma doutrina de responsabilidade desenvolvida para compensar vítimas de acidentes com produtos por seus danos efetivamente sofridos, a teoria da responsabilidade objetiva nunca buscou delimitar os remédios que seriam apropriados no caso do acidente da vítima ser atribuível a alguma culpa “agravada” do fabricante. Em segundo lugar, argumenta que a incompatibilidade se sustenta ainda sob a inválida assunção de que o pleito pela indenização punitiva deve ser estabelecido no mesmo suporte fático utilizado para requerer a indenização compensatória – algo que já havia sido repudiado desde pelo menos 1852, no caso *Fleet v. Hollenkemp*. Ademais, a indenização punitiva já vinha sendo utilizada e considerada apropriada em variadas outras *causes of action* que também eram resguardadas pela responsabilidade objetiva, como *nuisance, trespass to land and liability for ultra-hazardous activities, negligence per se, defamation e implied warranty in the sale of drugs* (OWEN, 1976, p. 1269-1271).

Nadine Roddy, analisando julgados do período, conclui que a maioria das cortes passou a aceitar que a indenização punitiva era apropriada em casos de responsabilidade objetiva por fato do produto, especialmente após precedente que refutou a inconsistência da indenização punitiva com a responsabilidade objetiva arguindo que o autor podia estabelecer os elementos necessários para a configuração da responsabilidade objetiva (referentes à indenização compensatória) e então acrescer a eles as provas necessárias de que a conduta do réu fosse grave o suficiente para fazer jus a uma indenização punitiva (RODDY, Nadine E. Punitive damages in strict products liability litigation. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 23, n. 2, p. 333-361, 1981).

³⁴⁶ OWEN, 1976, p. 1259. O autor, hoje catedrático no assunto, em uma de suas primeiras publicações sobre a indenização punitiva, escreve monograficamente

As cortes acreditavam que pelo padrão restrito às condutas “intencionais e irresponsáveis” a indenização punitiva seria relegada a um estrato muito pequeno de casos de responsabilidade por fato de produto, mas estavam enganadas. Ela continuou sendo uma indenização raramente concedida, mas foi quase que universalmente requerida nesse tipo de ação. Isso porque uma vez que todos os casos de responsabilidade por fato do produto tratam de um *design* específico do produto ou de algum tipo de advertência em rótulos, o cerne do caso se assentaria sempre em uma “escolha consciente” por parte do fabricante³⁴⁷.

A relativamente rápida aceitação da indenização punitiva em casos de responsabilidade por fato de produto ocorre pela confluência de dois argumentos distintos. O primeiro deles seria a justificação da aplicação da indenização punitiva em casos de “abuso de poder”, desenvolvida na primeira metade do século XX³⁴⁸.

Neste sentido, Dan B. Dobbs argumenta que – analogamente aos casos de seguradoras que não pagavam os prêmios quando da ocorrência do sinistro, além de bancos, companhias telefônicas, e demais prestadoras de serviços públicos que cometiam algum abuso sério de sua posição – a fabricante do produto defeituoso teria um controle monopolístico sobre os meios de reunir informações acerca dos riscos, e também dos meios de eliminar esses riscos. Isso permitiria concluir que um fabricante que flagrantemente abusasse dessa posição, e disso resultasse um dano a ou morte de um consumidor, haveria cometido não só uma quebra contratual como também uma quebra de um dever imposto pela lei, devendo, portanto, estar sujeito a uma indenização punitiva³⁴⁹.

sobre a aplicação dessa em casos de responsabilidade por fato do produto, e esclarece que até a publicação do seu artigo (em 1976), nem a doutrina nem a jurisprudência haviam explorado a questão sobre se a indenização punitiva seria um remédio apropriado e útil neste tipo de caso (*Id.*, p. 1260).

³⁴⁷ SEBOK, 2009, p. 165-166. As seguintes condutas por parte do fabricante foram identificadas como recorrentes na concessão de indenizações punitivas em casos de responsabilidade por fato do produto: (1) conduta fraudulenta; (2) consciente violação de padrões de segurança; (3) testes e procedimentos de manufatura inadequados; (4) falhas em avisar previamente perigos conhecidos antes da distribuição e venda do produto; e (5) falhas após a distribuição e venda em remediar perigos conhecidos (OWEN, 1976, p. 1329).

³⁴⁸ SEBOK, 2009, p. 166.

³⁴⁹ DOBBS, Dan B. Ending punishment in “punitive” damages: deterrence-measured remedies. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, v. 40, n. 3, p. 831-917, 1973, p. 206-207; OWEN, 1976, p. 1272.

Trata-se de uma combinação, de certa forma, dos casos de ferrovias (em que o lesante, geralmente uma grande empresa, evita tomar atitudes que preveniriam o dano) e dos de fraude (em que o vendedor omite ou mente a respeito de características do produto para ganho próprio): nos casos de fato do produto um réu poderoso decide não exercer seu poder visando a obter mais lucro. O “mal” que a indenização punitiva busca conter é a indiferença que a empresa demonstra em relação à sociedade, ao contrário de um desdém ou desrespeito direcionado a uma vítima em particular³⁵⁰.

A corte já houvera notado, em *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, de 1981, que os consumidores começaram a depender da indenização punitiva para sua proteção, já que nem o pagamento de uma reparação integral nem a regulação governamental induziam uma companhia a agir pelo interesse público. Esse famoso caso, popularmente conhecido como “caso Ford Pinto” (“*Ford Pinto case*”), envolvia uma falha de *design* em um dos modelos de carro da companhia ré, especificamente quanto ao posicionamento do tanque de combustível em local inadequado, potencializando a chance de o veículo se incendiar em colisões contra sua traseira. Nele, restou comprovado que a Ford não tomou medidas cabíveis para remediar a questão porque não acreditava que seria processada por tal defeito, ou mesmo que fosse, que não seria considerada responsável. Além disso, comprovou-se que a empresa havia determinado que se fosse processada e responsabilizada pelas mortes causadas pelo produto defeituoso, ainda seria mais barato pagar todas as indenizações compensatórias decorrentes do que reduzir seus lucros modificando seu produto³⁵¹.

O segundo argumento pela aceitação da indenização punitiva em casos de responsabilidade por fato de produto é a dissuasão. Essa justificativa – oposta ao argumento de insulto ou humilhação, utilizado como primeiro fundamento para aplicação do instituto – afirma que as escolhas feitas por atores comerciais não podem ser caracterizadas através da linguagem de emoções humanas, como desdém, humilhação, ou abuso de poder, mas apenas em termos econômicos. Os negócios são motivados por lucro, que, por si só, não é algo ruim ou bom. As decisões negociais

³⁵⁰ SEBOK, 2009, p. 166.

³⁵¹ *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 1981; SEBOK, 2009, p. 166-167. Outro caso de grande visibilidade ilustrativo desse ponto é o caso *Liebeck v. McDonald's*, de 1994, popularmente conhecido como o “McDonald’s Coffee Case”, que por algumas particularidades específicas será apresentado quando da análise da função educativa da indenização punitiva no item 2.2.3.

seriam ruínas, do ponto de vista da sociedade, somente se não maximizassem a riqueza total desta, mesmo que maximizassem os lucros daquele negócio. Nesse sentido, muitos doutrinadores apontaram que a indenização punitiva seria o instrumento perfeito para a criação de incentivos *ex ante* para garantir a conformidade desses agentes com a responsabilidade civil³⁵².

Nesta visão econômica, a indenização punitiva deveria ser aplicada naqueles casos em que o réu soubesse de antemão que havia uma probabilidade de sua conduta ilícita não ser detectada. Esta abordagem faz com que, em consequência, não se utilize a repreensibilidade moral da conduta do réu nem na determinação sobre o cabimento da indenização punitiva, nem na quantificação do seu montante indenizatório³⁵³. Não se presume nem se conclui nada sobre a atitude do réu perante a vítima: apenas se afirma que se o sistema jurídico não é 100% efetivo em identificar atores ineficientes, então deve conceder indenizações punitivas para garantir que nenhum ator futuro tente tomar vantagem da eficácia imperfeita do sistema³⁵⁴.

O argumento em prol da dissuasão foi defendido por dois grupos bastante distintos: os defensores de direitos do consumidor, de ideologia mais progressista; e os teóricos da análise econômica do direito, de alas mais conservadoras da academia. A partir do momento que a teoria da dissuasão fundamentada na análise econômica do direito começou a ser apoiada por estes grupos, a indenização punitiva se tornou saliente em *business torts* que envolvessem seguros, relações empregatícias, propriedades reais, contrato, e transações comerciais e de consumo. De acordo

³⁵² SEBOK, 2009, p. 167. Ressalta-se que o que se busca com a dissuasão não é, obviamente, desestimular completamente determinada prática, mas sim uma dissuasão “eficiente” ou “ideal” (daí o título da presente seção), para evitar abusos sem desincentivar condutas lícitas (SCHWARTZ, 1982, p. 135).

³⁵³ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 111, n. 4, p. 869-962, fev. 1998, p. 889-905. Os autores ainda expressam matematicamente esse *quantum*: “a indenização total imposta contra o causador do dano deve ser igual ao dano multiplicado pelo inverso da probabilidade de o causador do dano ser considerado responsável, em uma hipótese em que deveria ser responsabilizado” (*Id.*). No original: “*the total damages imposed on an injurer should be equal to the harm multiplied by the reciprocal of the probability that the injurer will be found liable when he ought to be*”.

³⁵⁴ SEBOK, 2009, p. 167-168.

com estatísticas recentes, as *business torts*, que compreendem 13% de todos os casos de responsabilidade civil dos Estados Unidos, produzem 50% dos vereditos que conferem indenizações punitivas. Outra estatística que comprova o domínio da indenização punitiva em ilícitos financeiros demonstra que 60 centavos de cada dólar pago em uma ação por ilícito financeiro correspondiam à indenização punitiva, o que constitui uma percentagem muito maior do que em qualquer outro tipo de ilícito³⁵⁵.

2.1.4 Conclusões acerca do retrospecto histórico

O processo de desenvolvimento histórico da indenização punitiva é assim descrito pelo juiz Richard Neely no julgado *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, de 1992:

Originalmente, a indenização punitiva era concedida apenas com vistas a dissuadir condutas maliciosas e de má-fé. Contudo, a definição de malícia dentro do âmbito das indenizações punitivas vem se expandindo para abarcar não só essas condutas, mas também as condutas dotadas de extrema negligência que provavelmente causarão danos sérios. Geralmente, então, em uma ação por indenização punitiva, podemos distinguir entre o réu “verdadeiramente mau”, e o réu “verdadeiramente estúpido”. Nosso intuito é continuar a desencorajar ambas as desagradáveis formas de conduta³⁵⁶.

³⁵⁵ SEBOK, 2009, p. 168. Sebok argumenta que é provável que os dois grupos que defendiam a dissuasão – os defensores de direitos do consumidor e os teóricos da análise econômica do direito – certamente possuíam diferentes visões sobre o quão desejável seria uma situação em que a única razão por que uma empresa mudaria seu ponto de vista fosse para maximizar seus lucros. É provável que defensores dos direitos do consumidor acreditassem que essa atitude que faz com que o modelo dissuasório funcione – o desejo de minimizar os custos – fosse, em si própria, um sintoma da ilicitude das empresas.

³⁵⁶ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1305. No original: “*Originally, punitive damages were awarded only to deter malicious and mean-spirited conduct. However, the punitive damages definition of malice has grown to include not only mean-spirited conduct, but also extremely negligent conduct that is likely to cause serious harm. Generally, then, we can distinguish between the ‘really mean’ punitive damages defendant, and the ‘really stupid’ punitive damages defendant. We want to discourage both forms of unpleasant conduct*”

A história da indenização punitiva no direito estadunidense inicia, portanto, com a preocupação principal das cortes em permitir que vítimas de insulto e humilhação pudessem recorrer ao direito privado. Embora o insulto e humilhação não tenham desaparecido enquanto preocupações do direito, a indenização punitiva se expandiu ao final do século XIX para abarcar casos em que agentes de negociações comerciais, em especial empresas, seriam punidos por tomar condutas antissociais que expressassem algum abuso de posição ou de poder. A última expansão teria ocorrido a partir do pós-Guerra. Muito embora alguns autores enxerguem como diferentes as duas novas hipóteses de aplicação da indenização punitiva (as *business torts* e a responsabilidade por fato do produto³⁵⁷), Sebok identifica entre elas uma identidade no foco em promover eficiência social, dissociado das razões anteriores (da preocupação com o insulto, humilhação, e abuso de poder, que subsistem independentemente). A partir desse desenvolvimento, a conduta antissocial de um agente de uma transação comercial poderia ser punida simplesmente por ser considerada ineficiente³⁵⁸.

2.2 Funções da indenização punitiva

As funções abaixo declinadas não seguem uma estrutura delimitada por algum doutrinador específico. Em verdade, os diversos autores que se propuseram a discorrer sobre o tema não são uníssomos em suas sistematizações do que consideram como funções da indenização punitiva³⁵⁹. Há, contudo, um fio condutor identificável nas diferentes propostas analisadas, razão pela qual propõe-se a sistematização do instituto em

³⁵⁷ A expansão da indenização punitiva para os casos de responsabilidade por fato do produto é considerada em obra mais recente de Michael Rustad e Thomas Koening como o mecanismo que teria garantido que os necessários testes de segurança de produtos colocados à venda ocorressem nos laboratórios das indústrias e não no domicílio dos consumidores (RUSTAD, KOENIG, 2001, p. 190).

³⁵⁸ SEBOK, 2009, p. 165 e 169. RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1309, afirmando que a racionalidade pragmática desenvolvida no século XX acerca da indenização punitiva previa sua aplicação na hipótese de ações extremamente descuidadas cometidas por grandes corporações; uma expansão justificada pelo elevado risco a que a sociedade era submetida na maioria desses casos.

³⁵⁹ Diferentes vocábulos são utilizados até mesmo para se referir à noção de "funções": *rationales* (LONG, 1976, p. 875), *justifications* (MALLOR, Jane; ROBERTS, Barry. Punitive damages: Toward a principled approach. *The Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 31, p. 639-670, jan. 1980, p. 647), *statements of purpose*

cinco funções: duas primárias (*punitiva e dissuasória*) e três secundárias (*educativa, compensatória, e de policiamento*). A maioria das cortes tende a se referir apenas às funções primárias do instituto em seus julgados, mas isso acaba por mascarar a variedade de funções específicas que ele se presta a cumprir³⁶⁰.

As funções primárias são, à primeira vista, as únicas pacíficas em sede doutrinária e jurisprudencial. Dizem respeito ao intuito de punir o causador do dano e dissuadir ou desestimular o ofensor e terceiros de agir desta mesma forma no futuro. O *Restatement (Second) of Torts* corrobora essa compreensão³⁶¹. As teorias da punição e dissuasão – chamadas nos países da *common law* de *punishment* e *deterrence* são assim apresentadas por Prosser e Keeton:

A ideia de punição, ou de desencorajar outras ofensas, usualmente não entra na responsabilidade civil, exceto na medida em que possa levar os tribunais a balancear as coisas em favor dos interesses dos autores em determinar se um ilícito foi efetivamente cometido. Em casos em que o ato do réu foi intencional e deliberado, e teve o caráter de indignação frequentemente associado aos crimes, quase todos os tribunais vêm permitido ao júri conceder em uma ação de responsabilidade civil uma indenização a título “punitivo” ou “exemplar”, ou por vezes chamada “*smart money*”. Tal indenização é concedida em adição e em separado da compensação integral pelo dano sofrido, com o propósito de punir

(BELLI SR., 1981, p. 5), *purposes* (ELLIS JR., 1982, p. 3; SEBOK, 2009, p. 165), *social functions* (AUSNESS, p. 1986, p. 38), *goals* (DOBBS, 1989, p. 844), e *functions* (DOBBS, 1989, p. 844; OWEN, 1994, p. 373).

³⁶⁰ OWEN, 1994, p. 373. Em artigo propositivo de uma simplificação do instituto, Dobbs ressalta que: “a indenização ‘punitiva’ visa de fato a cumprir nada menos do que cinco objetivos distintos, a maioria dos quais não buscam uma punição. [...] propósitos ocultos atrás do que chamamos, enganosamente, de indenização ‘punitiva’” (DOBBS, 1989, p. 841-842). No original: “‘*punitive*’ damages are in fact aimed at no less than five distinct objectives, most of which are not punitive at all. [...] hidden purposes behind what we call, misleadingly, ‘punitive’ damages”.

³⁶¹ LONG, 1976, p. 876; BELLI SR., 1980, p. 6; OWEN, 1994, p. 364.

o agente, de ensiná-lo a não cometer o ilícito novamente, e dissuadir terceiros de seguir seu exemplo³⁶².

O aspecto punitivo foi estabelecido em decisão judicial da Suprema Corte dos Estados Unidos no ano de 1851 – *Day v. Woodworth*. Já o aspecto de dissuasão da teoria pode ser claramente apreendido de decisão de 1850 da Suprema Corte de Tennessee – *Polk, Wilson & Co. v. Fancher*³⁶³.

O fato de que a vasta maioria dos estados atribui tais funções à indenização punitiva não significa dizer que elas sejam utilizadas de maneira uniforme: a aplicação da indenização punitiva possui diferentes matices, e os vocábulos “punição” e “dissuasão” têm significados diversos em diferentes jurisdições. Uma análise mais profunda é necessária, portanto, para determinar o papel que a indenização punitiva cumpre na sociedade estadunidense³⁶⁴.

2.2.1 Função punitiva

A função que dá nome ao instituto objeto do presente trabalho é também a mais controversa, até por ser a função com maior grau de subjetivismo, de influência da moralidade, e de conexão mais evidente com o direito penal³⁶⁵.

³⁶² KEETON *et al*, 1984, p. 9. No original: “*The idea of punishment, or of discouraging other offenses, usually does not enter into tort law, except in so far as it may lead the courts to weight the scales somewhat in favor of the plaintiff’s interests in determining that a tort has been committed in the first place. In one rather anomalous respect, however, the ideas underlying criminal law have invaded the field of torts. Where the defendant’s wrongdoing has been intentional and deliberate, and has the character of outrage frequently associated with crime, all but a few courts have permitted the jury to award in the tort action ‘punitive’ or ‘exemplary’ damages, or what is sometimes called ‘smart money’. Such damages are given to the plaintiff over and above the full compensation for the injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching the defendant not to do it again, and of deterring others from following the defendant’s example*”.

³⁶³ LONG, 1976, p. 876-877.

³⁶⁴ SEBOK, 2009, p. 171.

³⁶⁵ Afirma-se que, também por influência das demais ciências sociais, a teoria moderna do direito civil e do direito penal compartilham o propósito de controle

Ela é também intitulada como vingativa³⁶⁶, retributiva³⁶⁷, *desert*³⁶⁸ (substantivo derivado do verbo “*to deserve*”, guardando correlação com o sentido de “merecimento”), ou como aquela que visa a “expressar a desaprovção da sociedade por condutas ultrajantes”³⁶⁹.

Esta função é dita retributiva pois busca prover uma retribuição à vítima de um “ilícito agravado”³⁷⁰. Ademais, a função punitiva é fundada em um conceito de justiça ou equidade; na teoria criminológica do justo merecimento (“*just desert*”)³⁷¹. Sua lógica vem fulcrada no fato de que a conduta do lesante é tida como errada em um sentido moral, fazendo com que o ofensor mereça sofrer pelo ilícito que cometeu, independentemente de se isso vai lhe reformar o caráter, dissuadir suas condutas futuras, ou servir de exemplo aos demais³⁷². Owen aponta que essa forma de retri-

social. Contudo, no paradigma reparatório convencional, que predataria essa contemporânea interseção entre o direito civil e penal, era inapropriado se referir ao direito civil como um instrumento de controle social (MANN, Kenneth. Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 101, p. 1795-1873, 1992, p. 1807-1809).

³⁶⁶ LONG, 1976, p. 877; BELLI SR., 1981, p. 5. Os autores sistematizam a função vingativa em apartado à função punitiva (que constroem conjuntamente à função dissuasória), mas prefere-se enxergar esta primeira como elemento integrante da segunda. Já SEBOK, 2009, p. 173-174, por sua vez, divide a função vingativa em duas: uma buscando reivindicar o interesse público, e outra buscando reivindicar o interesse do particular. O autor associa a função vingativa “pública” à punição e a função vingativa “privada” à compensação.

Para uma análise da função vingativa no ordenamento jurídico inglês, cf. VARUHAS, Jason. The concept of ‘vindication’ in the law of torts; rights, interests and damages. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 34, n. 2, p. 253-293, 2014.

³⁶⁷ AUSNESS, 1986, p. 39; OWEN, 1994, p. 375.

³⁶⁸ DOBBS, 1989, p. 844.

³⁶⁹ MALLOR, ROBERTS, 1980, p. 648.

³⁷⁰ OWEN, 1994, p. 375. No original: “*aggravated wrong*”. O autor considera a presente função a base filosófica principal da indenização punitiva (*Id.*).

³⁷¹ ELLIS JR., 1982, p. 7; SCHWARTZ, Gary T. Deterrence and punishment in the Common Law of punitive damages: a comment. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 56, n. 1, p. 133-153, fev. 1982, KUKLIN, Bailey. Punishment: the civil perspective of punitive damages. *Cleveland State Law Review*, Cleveland, v. 37, p. 1-118, 1989, p. 135. 10, 24, 54-85.

³⁷² ELLIS JR., 1982, p. 4. DOBBS, 1989, p. 844. Ellis ressalta que “[a] utilização do termo ‘punição’ para denotar a imposição de uma sanção a alguém implica um objetivo retributivo, e, assim sendo, uma noção de merecimento. Quando uma

buição é apropriada pois as condutas passíveis de fazerem jus a uma indenização punitiva possuem natureza *quasi-criminal* (“quase criminal”)³⁷³.

2.2.1.1 Reivindicação do interesse privado – a função vingativa

No que diz respeito a um possível elemento vingativo associado à função punitiva, aponta-se que não só um dos termos ainda utilizados para se referir à indenização punitiva é *vindictive damages* (“indenização vingativa”)³⁷⁴, como a prevenção da vingança privada através da possibilidade de uma vingança regulada pelo Estado foi uma das justificativas dos séculos XVIII e XIX para a aplicação da indenização exemplar na Inglaterra, e tanto as cortes como alguns doutrinadores continuaram a citá-la como uma das razões de ser do instituto ao final do século XX nos Estados Unidos³⁷⁵.

É justamente essa noção de vingança pessoal que foi reconhecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Day v. Woodworth*, de 1851. O caso envolvia uma invasão de propriedade perpetrada pelo dono de um moinho contra o dono de outro moinho, que instalara uma barragem na jusante do rio. A Corte, ressaltando as controvérsias sobre o instituto, arguiu que a própria intangibilidade do dano que resulta de determinados atos ilícitos justificava sua separação da indenização compensatória³⁷⁶:

sanção é merecida, a imposição desta sanção é em si mesma o ‘bem’ que se busca, não sendo necessária nenhuma outra boa consequência como resultado” (ELLIS JR., *loc. cit.*). No original: “[t]he use of the term ‘punishment’ to denote imposing a detriment upon someone implies a retributive aim and, therefore, a notion of desert. When a detriment is deserved the imposition of the detriment is in itself the ‘good’ being sought and it is not necessary that any other good consequences result”.

³⁷³ OWEN, 1994, p. 375.

³⁷⁴ LONG, 1976, p. 877.

³⁷⁵ BELLI SR., 1981, p. 5. O autor exime-se de responder, por considerar a dúvida filosófica, se essa justificativa pode ser tida como válida pelo direito moderno. Afirmando também a utilização recente desta justificativa, LONG, 1976, p. 877. Ainda, defendendo tal posicionamento, OWEN, 1976, 1280: “em um nível elementar, a sociedade pode usar a punição judicial para manter a paz pública ao canalizar a retaliação individual no tribunal”. No original: “at an elemental level, society can use judicial punishment to maintain the public peace by channeling individual retaliation into the courtroom”.

³⁷⁶ SEBOK, 2009, p. 174.

O dano causado pelo lesante é incapaz de uma valoração monetária precisa; e a indenização deve depender das circunstâncias que demonstrem o grau de torpeza moral da conduta do lesante, e pode ser propriamente intitulado como uma indenização vingativa ao invés de compensatória³⁷⁷.

Já a Suprema Corte de Illinois, no caso *City of Chicago v. Martin*, de 1868, expressou o entendimento de que a indenização com cunho vingativo é conferida para reparar graus de malícia e insulto (“*for the malice and insult*”) que acompanhassem um dano, situação na qual “o júri não estaria constrito a aderir estritamente a uma linha compensatória”³⁷⁸.

Owen concede que pode parecer estranho a um sistema jurídico moderno conter um elemento que esteja associado a um tipo de vingança privada, mas acredita “completamente apropriado que o direito [privado] proporcione ao lesado pela conduta ilícita arbitrária de outrem uma possibilidade de descarregar seu ultraje ao extrair do lesante uma multa judicial”. Acredita ainda o autor que este tipo de retribuição é apropriado pois protege e promove os dois valores primordiais que sustentam o Direito – a liberdade e a igualdade³⁷⁹.

Defendendo esse ponto de vista, o autor trabalha com uma metáfora envolvendo o furto (o que justifica como possível vez que a indenização punitiva busca punir aquelas condutas de natureza “quase criminal”): o lesante (o “ladrão”) merece a punição que recebe por ter “furtado” coisas de valor, tanto do indivíduo quanto da sociedade, que devem ser devolvidas, com intuito de prevenir o injusto empobrecimento da vítima (e da sociedade) e o injusto enriquecimento do ladrão. A justiça só poderia ser restaurada através de uma punição, que serviria como “restituição” do furto. E isso porque, segue o autor, quando uma pessoa intencionalmente

³⁷⁷ *Day v. Woodworth*, 1851; SEBOK, *loc. cit.* No original: “[t]he wrong done to the plaintiff is incapable of being measured by a money standard; and the damages assessed depend on the circumstances showing the degree of moral turpitude or atrocity of the defendant’s conduct, and may properly be termed...vindicative rather than compensatory”.

³⁷⁸ SEBOK, 2009, p. 174. No original: “jury is not bound to adhere to a strict line of compensation”.

³⁷⁹ OWEN, 1994, p. 375. No original: “entirely appropriate for the law to allow a person injured by the wanton misconduct of another to vent his outrage by extracting from the wrongdoer a judicial fine”.

viola os direitos de outra, o agente acaba por “furtar” a autonomia da vítima. Se esses furtos de autonomia não forem sujeitos a uma penalidade adicional à mera restituição dos bens subtraídos (que ocorre com a concessão da indenização compensatória), estar-se-ia deixando de reparar integralmente a vítima (e a sociedade), pois este furto envolveria dois elementos: (1) a transferência de bens da vítima ao ladrão, o que é reparado justamente com a indenização compensatória; e (2) a conduta deliberadamente ofensiva dessa transferência, em violação dos direitos da vítima, o que, apenas com a indenização compensatória, não seria reparado. A punição serviria então para restaurar a igualdade da vítima em relação ao ladrão, e reafirmar a igualdade de todos e o dever de cada pessoa respeitar os direitos dos demais³⁸⁰.

Diametralmente oposto, Dobbs, em denso estudo monográfico, propõe uma superação do fator punitivo em prol de uma aplicação exclusiva do fator dissuasório³⁸¹. Justifica essa escolha justamente na arbitrariedade inerente à função punitiva, uma vez que atrelada a um julgamento

³⁸⁰ OWEN, David G. The moral foundations of punitive damages. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, v. 40, p. 705-739, 1988, p. 710-711; OWEN, 1994, p. 375-376. Além do próprio interesse do lesado, expõe o autor que a quebra do pacto recíproco que prevê que cada membro da sociedade abdique de parte de sua liberdade – a liberdade de interferir com a liberdade dos outros – na busca de seus próprios objetivos pessoais, na forma de uma invasão à liberdade de outrem, coloca o lesante em um patamar acima dos demais cidadãos, e, portanto, empobrece a sociedade como um todo. Punir tais agentes causadores de danos serviria também para restaurar a sociedade ao seu padrão igualitário, e reforçar a confiança daqueles que seguem as leis na justiça do sistema jurídico (OWEN, 1994, p. 376). A restauração desse “desequilíbrio social” gerado pela conduta ilícita do agente causador do dano foi recentemente elaborada enquanto uma função própria e independente da indenização punitiva: a função da igualdade social (“*social equality function*”) (BUSH, Brittan J. The overlooked function of punitive damages. *Rutgers Law Journal*, Camden, v. 44, n. 2, p. 161-211, 2014, p. 163).

³⁸¹ DOBBS, 1989. O autor – preocupado com o fato que a indenização punitiva não possuía balizas quantitativas que garantissem segurança e previsibilidade na determinação do *quantum* indenizatório, e, sendo assim, não estaria constricto a limites efetivos – propõe sua teoria dissuasória como forma de evitar a imposição de limites extremadamente arbitrários, como “limites pré-estabelecidos” (“*legislative caps*”) (DOBBS, 1989, p. 834). Sua proposta de reforma conceitual não vingou, e a alternativa arbitrária da imposição de um limite apriorístico para as indenizações é hoje vigente em pelo menos dezoito estados, e analisada mais minuciosamente ao item 2.3.4.4 (*Caps on damages* – limites indenizatórios pré-estabelecidos).

moral da conduta do lesante, o que carece de sistemática previsível e segura. Esse problema influencia tanto quando esta função é utilizada na determinação da responsabilidade do lesante, quanto (e talvez mais ainda, em sua ótica) na determinação do montante indenizatório³⁸².

2.2.1.2 Reivindicação do interesse público – a problemática da indenização pela “totalidade do dano”

A proeminência, pelo menos na teoria, da função punitiva não é surpreendente: trinta e oito estados mencionam que a indenização punitiva, pelo menos em parte, busca punir o réu por certos atos especialmente ofensivos. Curioso é notar que apenas quatro estados – Dakota do Norte, Carolina do Sul, Texas, e Wyoming – garantem ampla discricionariedade no cumprimento dessa função, não impondo restrições à sua operacionalização. Desses, Carolina do Sul prevê que tal punição serve estritamente para reivindicar violações a direitos privados através de uma indenização extra para o lesado pelo dano que sofreu; porém, Wyoming e Texas reconhecem que tal punição serve também ao interesse e ao bem da sociedade como um todo. Já Nova Iorque, em posição oposta à Carolina do Sul, assimila mais fortemente o argumento em prol de uma proteção ao público em detrimento do privado, e reconhece que o propósito da indenização punitiva é o de reivindicar violações a direitos públicos e não reivindicar danos privados³⁸³. Esse tipo de proposição sem sombra de dúvidas ultrapassa os tradicionais limites da reparação³⁸⁴.

³⁸² DOBBS, 1989. A proposta principal do seu artigo é abandonar a função punitiva na determinação do montante indenizatório; mas, secundariamente, também propõe que se modifique o próprio juízo sobre a responsabilização (aplicabilidade do instituto (modificando o “*trigger of liability*”) para que se afaste também desta função (*Id.*, p. 840).

³⁸³ Essa ideia foi descrita em um julgado do estado como “uma espécie híbrida entre uma demonstração de indignação ética e a imposição de uma multa criminal” (SEBOK, 2009, p. 175). No original: “*a sort of hybrid between a display of ethical indignation and the imposition of a criminal fine*”.

³⁸⁴ SEBOK, 2009, p. 175. Sete estados – Indiana, Maine, Minnesota, Nebraska, New Jersey, Vermont, e Washington – reconhecem que a concessão de uma indenização punitiva visando a punir a conduta do réu em prol de um interesse social e público pode ter uma interseção direta com sanções penais (*Id.*).

A possibilidade de uma função punitiva com intuito de reivindicar o interesse público já era prevista também doutrinariamente³⁸⁵.

Decorrente dessa abertura, muitos advogados, embora geralmente representando apenas uma das vítimas de determinada conduta passível de receber uma indenização punitiva, pedem ao júri que o montante indenizatório seja o suficiente para punir o réu não só pelos danos causados ao autor, mas também pelo total do escopo danoso que a conduta causou às vítimas e à sociedade. Muitas cortes, sem maiores considerações, começaram a explicitamente endossar o princípio de que o réu deveria ser punido não só pelo dano que causou ao autor, mas também pelo dano causado às demais vítimas. Essa prática levanta dúvidas, desde pelo menos 1967 (quando o problema foi identificado pelo juiz Friendly em *Roginsky v. Richardson-Merrell Inc.*), acerca da possibilidade de se operarem injustamente punições múltiplas – como no caso de vários particulares requerendo uma indenização punitiva que abarque a “totalidade do dano” (entendido como a totalidade do escopo do dano social causado durante todo o curso da conduta ilícita). Muitos doutrinadores concordam que seria até inconstitucional sujeitar o réu a uma indenização tal que ultrapasse a quantia necessária para reivindicar o interesse legítimo do Estado em punir a atividade ilícita³⁸⁶.

Já Thomas Colby, em seu artigo monográfico crítico à reparação de uma violação do interesse público por meio da indenização punitiva, afirma que esta preocupação acerca da concessão de uma indenização que abarque a “totalidade do dano” não ataca o verdadeiro problema: este reside na construção teórica que foi base da compreensão moderna do instituto, da utilização da indenização punitiva como instrumento apto a proteger o interesse público, em uma nova transgressão da zona limítrofe entre o público e o privado que foi ignorada pela maioria dos juristas³⁸⁷.

³⁸⁵ OWEN, 1976, 1280, afirmando que “a punição serve como forma de vingança para o povo como um todo [...] a punição pode restaurar o equilíbrio emocional da sociedade como um todo”. No original: “*punishment serves as a form of revenge for the public at large [...] punishment may also restore the emotional equilibrium of society as a whole.*”

³⁸⁶ COLBY, 2003, p. 583-588.

³⁸⁷ COLBY, 2003, p. 589. Considera o autor que a indenização punitiva utilizada para este fim constitui “uma forma anômala de direito penal que, exercido de maneira privada, constitui uma exceção única à regra geral que não se pode punir ilícitos públicos sem a garantia das salvaguardas processuais penais” (*Id.*). No original: “*that account [...] treats punitive damages as punishment for public, societal wrongs, as a sort of anomalous, privately enforced form of criminal law*”

Em que pese o posicionamento de que uma associação entre as sanções penais e a indenização punitiva na responsabilidade civil seja gravemente incorreta³⁸⁸, fato é que a maioria das cortes hodiernamente pressupõem a aplicabilidade da indenização punitiva como punição a violações do interesse público, e a Suprema Corte repetidamente reafirmou sua constitucionalidade³⁸⁹. O consenso moderno parece ser que, muito embora a indenização punitiva sirva fins penais, ela tenha ganhado uma isenção completa dos procedimentos e regras especiais que protegem aqueles que são processados criminalmente³⁹⁰.

2.2.1.3 Discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca da função punitiva

Uma das críticas mais antigas à existência de uma função punitiva na responsabilidade civil data de 1872, da manifestação do juiz Foster no caso *Fay v. Parker*, caracterizando o instituto da indenização punitiva como uma deformidade no que fora um sadio ordenamento jurídico. Foster reconhece que parte do problema decorre da existência de danos não resguardados pelo ordenamento jurídico estadunidense, os quais vinham, como também ocorrido anteriormente na Inglaterra, sendo abarcados pela indenização punitiva: a exemplo de determinados danos intangíveis³⁹¹ e

that stands as a unique exception to the general rule that the courts may not punish public wrongs without affording criminal procedural safeguards”.

³⁸⁸ COLBY, 2003, p. 602-603 (defendendo que a presunção de que a indenização punitiva sirva ao propósito de reivindicar o interesse público é fundamentalmente errada).

³⁸⁹ SEBOK, 2009, p. 176. São apresentados pelas cortes como argumentos em favor de uma distinção entre as sanções penais e a indenização punitiva dois fatos: (1) muito embora a indenização punitiva também vise a resguardar o interesse público, sua concessão depende de uma violação a interesse privado, e não uma violação a uma lei de direito público; e (2) para a concessão de uma indenização punitiva, necessariamente deve haver uma indenização compensatória. (*Id.*)

³⁹⁰ COLBY, 2003, p. 606; SEBOK, 2009, p. 176.

³⁹¹ A conceituação de danos intangíveis foi trazida à pág. 29, nota 40. Lembra-se também que, à época da manifestação do juiz Foster, o *leading case* inglês *Rookes v. Barnard*, que apartou conceitualmente a indenização agravada (que eventualmente viria a ser o instrumento reparatório possível aos danos intangíveis) da indenização punitiva, ainda não havia sido julgado.

O ulterior reconhecimento de danos intangíveis como danos autônomos adveio apenas em relação ao “*pain and suffering*” (já identificado como o desconforto

a ainda hoje original noção de que a própria conduta e motivação do lesante poderiam representar uma parcela do dano sofrido pela vítima. O juiz acreditava ser possível – e recomendado – garantir o devido ressarcimento à vítima contornando o problema; expressando esses danos como outros danos já reconhecidos pelo ordenamento³⁹², ao invés de criar uma categoria nova de indenização que via como desnecessária e que só poderia ser justificada pelo desejo de importar uma função penal para a responsabilidade civil³⁹³.

A decisão em questão é contemporânea ao embate doutrinário entre Sedgwick e Greenleaf, analisado ao item 2.1.1. Sendo Foster proveniente de um estado historicamente resistente à indenização punitiva (New Hampshire, que, vale lembrar, é até hoje um dos cinco estados a proibir completamente esse tipo de indenização³⁹⁴), metade da sua decisão neste

físico ou emocional decorrente de lesão física), por embasar-se em um dano “concreto” (a lesão pessoal, ou “*personal injury*”, que representa um dano físico). Demais danos do tipo, a exemplo do “*mental distress*”, ainda hoje têm sua reparação dificultada naquele ordenamento (KEETON *et al.*, 1984, p. 54-55). Lecionam Prosser e Keeton: “[m]uito embora tenha reconhecido cedo a agressão física como uma causa de ação, o direito demorou a aceitar o interesse da “paz de espírito” como individualmente merecedor de proteção legal, mesmo em casos de invasões intencionais” (*Ibid.*). No original: “[n]otwithstanding early recognition of a cause of action in assault cases, the law has been slow to accept the interest in Peace of mind as entitled to independent legal protection, even as against intentional invasions”.

³⁹² O juiz propusera expressamente que seria preferível expandir o conceito de lesão pessoal (“*personal injury*”) para que abarcasse também o “*pain and suffering*” decorrente dessa lesão, a expandir as funções da indenização punitiva para que reparasse também esse dano. Nenhuma das duas hipóteses se concretiza: com a eventual sofisticação da teoria compensatória o “*pain and suffering*” passa a ser considerado um dano autônomo e individualmente reparável (conforme nota 391 *supra*).

³⁹³ SEBOK, 2009, p. 169-170. Para o juiz Foster, conceder uma reparação individual do “*pain and suffering*” seria incorrer em uma dupla contagem indenizatória (em um *bis in idem*) – ele não concebia que o sofrimento decorrente de uma lesão física não fosse parte dessa mesma lesão, e, portanto, acreditava que conferir montantes indenizatórios diferentes resultaria em indenizar duas vezes um mesmo dano (SEBOK, Anthony J. What did punitive damages do? Why misunderstanding the history of punitive damages matters today. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 78, n. 1, p. 163-206, 2003, p. 183).

³⁹⁴ V. pág. 97.

caso é dedicada a rechaçar a indenização punitiva e deslegitimar os precedentes citados por Sedgwick em seu tratado defendendo o instituto.

Depreende-se desse momento histórico de sofisticação da teoria da indenização compensatória³⁹⁵ que a preocupação principal das cortes e da doutrina era a construção de um arcabouço teórico para garantir a reparação de alguns danos intangíveis (em especial o *pain and suffering*). Mas, relevante para fins de análise, percebe-se que nesse processo acabam sendo propostas ideias que vão além da concepção civilística brasileira tradicional de danos extrapatrimoniais, como o reconhecimento de Foster (note-se, um oponente da função punitiva em sede de responsabilidade civil) de que a própria motivação da conduta ilícita do lesante constituiria, senão um dano próprio, elemento integrante do dano total sofrido pelo lesado, sob a égide da reparação integral³⁹⁶, sendo passível de indenização.

O argumento de Owen, exposto ao final de sua metáfora, acima, guarda alguma identificação com este posicionamento de Foster. O autor, um ferrenho defensor da indenização punitiva, como sua extensa obra sobre o assunto revela³⁹⁷, identifica a motivação do lesante expressamente como um elemento integrante do que não poderia ser outra coisa senão o

³⁹⁵ V. item 2.1.1, em especial pág. 101, do presente trabalho para uma consideração sobre a sofisticação da teoria compensatória nos Estados Unidos.

³⁹⁶ Nesse sentido, a corte em *Fay v. Parker* cita, para deslegitimar a indenização punitiva enquanto remédio próprio, manifestação do professor Greenleaf que afirmara em seu tratado que “a indenização punitiva não possui embasamento doutrinário e não é nada mais do que uma reparação integral” (RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1321). No original: “*punitive damages were not doctrinally based and were really no more than full compensation*”.

³⁹⁷ No exemplo de: OWEN, 1976 (defendendo a expansão do escopo do instituto para a responsabilidade por fato do produto); OWEN, David G. Civil punishment and the public good. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 56, p. 103-121, 1982 (defendendo que o direito penal deixa passar incólumes extensas áreas de condutas ilícitas); OWEN, 1994 (concluindo que a indenização punitiva constitui uma ferramenta flexível para equilibrar a responsabilidade civil e o direito penal, ajudando a alcançar os objetivos de ambos); OWEN, David G. Aggravating punitive damages. *University of Pennsylvania Law Review Online [PENNumber]*, Philadelphia, v. 158, p. 181-194, 2010 (criticando a premissa do artigo do professor Dan Merkel, que sugeria que o caráter retributivo da indenização punitiva deveria buscar uma retribuição *pública*, e reiterando que a retribuição da indenização punitiva deve ser uma retribuição *privada*).

dano causado ao lesado, numa possível tentativa de conciliação da indenização punitiva com a reparação integral³⁹⁸. Essa discussão será retomada ao final do presente capítulo.

2.2.2 Função dissuasória

Em seu aspecto punitivo ou retributivo a indenização punitiva serve para retificar, em um sentido moral, os efeitos negativos da conduta ilícita do causador do dano. Contudo, a maior parte dos doutrinadores e das cortes consideram a dissuasão – a prevenção de condutas ilícitas similares no futuro – como a função predominante da punição em geral, e da indenização punitiva em específico³⁹⁹.

Anteriormente tida como uma consequência lógica da punição, a dissuasão era identificada como indissociável da função punitiva⁴⁰⁰. Porém, defendeu-se que evidenciar a distinção entre a punição e a dissuasão seria necessário para esclarecer ambiguidades significativas envolvendo a indenização punitiva⁴⁰¹. O alerta parece ter surtido efeito – seguramente pode-se afirmar que a teoria dissuasória evoluiu na direção de um distanciamento da função punitiva:

Embora possamos decidir que um réu perverso merece ter sua conduta dissuadida, a dissuasão, enquanto um objetivo jurídico, não é inerentemente punitiva. Podemos, por exemplo, impor um imposto sobre a importação de automóveis estrangeiros para dissuadi-la, mas não com base no fato de que a importação é especialmente má ou que quem importa carros merece sofrer por fazê-lo. Parte da

³⁹⁸ Cf. OWEN, 1994, p. 369, concordando com posicionamento da Corte de que “quando o dano fosse arbitrário ou malicioso, grave e ultrajante, o júri podia adicionar [esses elementos] à compensação do autor”. No original: “*when an injury was wanton or malicious, gross and outrageous, the jury may add to the plaintiff’s compensation*”.

³⁹⁹ OWEN, 1994, p. 377. Assim, a função dissuasória afasta-se do subjetivismo inerente à função punitiva, vez que a dissuasão não busca um objetivo tão arcaico quanto a punição, mas sim um fim prático e desprovido de um juízo de moralidade.

⁴⁰⁰ Cf. LONG, 1976, p. 876; MALLOR, ROBERTS, 1980, p. 648; BELLI SR., 1980, p. 6.

⁴⁰¹ SCHWARTZ, 1982, p. 135.

law of restitution e todas as medidas cautelares buscam a dissuasão, bem como a própria responsabilidade civil. Nada obstante, nenhuma delas é necessariamente punitiva, e nenhuma foi assim considerada⁴⁰²

A própria função compensatória possui, assim, uma carga dissuasória. Contudo, de acordo com a teoria econômica, o efeito dissuasório da indenização compensatória por si só é em regra insuficiente, especialmente se o montante indenizatório for baixo. A indenização punitiva acaba provendo a dissuasão que a indenização compensatória por si só não é capaz de atingir⁴⁰³.

Dada a presença ubíqua da função dissuasória da indenização punitiva na doutrina contemporânea, é surpreendente que ela não apareça com mais frequência em julgados do século XIX. Outrossim, embora não seja mencionada nominalmente, depreende-se que as cortes já a utilizavam em suas decisões⁴⁰⁴.

A ciência econômica geralmente assume papel relevante quando se trata da dissuasão. Se a indenização punitiva efetivamente consegue dissuadir determinados atos, é por decorrência do princípio econômico de

⁴⁰² DOBBS, 1989, p. 845. No original: “*Although we might decide that a wicked defendant should be deterred, deterrence as an objective of the law is not in itself punitive. We might, for example, impose a custom duty on the importation of foreign-made automobiles to deter their import, but not on the ground that their import is especially evil or that one who imports cars deserves to suffer for doing so. Some of the law of restitution and all injunctions are aimed at deterrence, as is ordinary tort law. Yet none of these is necessarily punitive, and none has been considered as such*”.

O autor ressalta esse ponto como essencial para desconstruir a noção de que a punição e a dissuasão andam de mãos dadas, premissa invariavelmente contraditória com seu manifesto intuito de tornar a indenização punitiva um remédio jurídico exclusivamente dissuasório (*Id.*)

⁴⁰³ ROBBENOLT, Jennifer K. Determining punitive damages: empirical insights and implications for reform. *Buffalo Law Review*, Amherst, v. 50, p. 103-203, 2002, p. 112.

⁴⁰⁴ SEBOK, 2009, p. 178.

que acrescentar custo a uma atividade necessariamente faz com que a frequência desta atividade diminua⁴⁰⁵. Ademais, o que a sociedade evidentemente busca não é apenas dissuadir completamente determinada prática, mas sim uma dissuasão “eficiente” ou “ideal”, para evitar abusos sem desincentivar condutas lícitas. Assim, a possibilidade de uma indenização tamanha que incite uma dissuasão além da necessária (“*overdeterrence*”) deve ser evitada⁴⁰⁶.

A função dissuasória é geralmente sistematizada entre a dissuasão *stricto sensu* ou *specific deterrence* (“dissuasão específica”) e a exemplaridade ou *general deterrence* (“dissuasão geral”). O primeiro diz respeito à dissuasão que age sobre o próprio lesante, ao sofrer a punição que lhe é conferida por sua conduta, e o segundo à dissuasão que age sobre terceiros ao notarem o exemplo da punição sofrida pelo lesante⁴⁰⁷ – surgindo daí o outro nome pelo qual o instituto é comumente intitulado, “*indenização exemplar*”⁴⁰⁸.

2.2.2.1 Dissuasão específica (*specific deterrence*)

Em precedente antigo, *Goddard v. The Grand Trunk Railway of Canada*, datado de 1869, tanto a opinião majoritária quanto a opinião divergente concordaram em um aspecto: que o propósito da indenização punitiva era a dissuasão específica. O posicionamento majoritário foi no sentido de que a dissuasão específica explicava o porquê de a indenização punitiva dever ser imposta contra a companhia férrea pela *tort* intencional cometida por seu empregado: “[s]ó quando for inteiramente compreen-

⁴⁰⁵ Este princípio econômico é utilizado para justificar a efetividade da dissuasão mesmo nos casos envolvendo empresas que tenham a possibilidade de internalizar o custo das indenizações. Chama-se esta teoria de dissuasão indireta, ou dissuasão de mercado (em contraposição às dissuasões específica e geral, tratadas em seguida, que são tidas como aspectos da dissuasão direta) e ela prevê que aquelas empresas que são forçadas a absorver o custo de acidentes e repassá-los ao consumidor através do preço dos seus produtos terão uma demanda menor, precisamente por essa elevação dos preços (OWEN, 1985, p. 669).

⁴⁰⁶ SCHWARTZ, 1982, p. 135.

⁴⁰⁷ ELLIS JR., 1982, p. 8 (prevendo uma distinção entre a dissuasão que atua sobre o lesante e a que atua sobre os demais, mas sem intitulá-las); DOBBS, 1989, p. 844-846; SEBOK, 2009, p. 178.

⁴⁰⁸ SEBOK, 2009, p. 179.

dido que não é lucrativo empregar funcionários descuidados e indiferentes, ou empregados imprudentes e insolentes, homens melhores tomarão seus lugares, nunca antes disso”⁴⁰⁹.

Em termos simples, a dissuasão específica operaria, portanto, no intuito de impedir que o lesante repita sua conduta ilícita⁴¹⁰.

A dissuasão proposta por Dobbs⁴¹¹ como o objetivo exclusivo da indenização punitiva é esta dissuasão específica. Dobbs, predatando Colby, mas já prevendo algumas de suas dúvidas sobre os riscos de se abarcar a “totalidade do dano” de todos os lesados pelo ilícito na concessão de uma indenização punitiva⁴¹², afirma que a dissuasão geral, ou exemplaridade, ultrapassa a matéria a ser analisada no caso concreto, potencialmente gerando sempre uma situação de *overdeterrence*⁴¹³. Já a dissuasão específica seria capaz de prover um padrão minimamente seguro a medir e limitar a indenização⁴¹⁴, além de constituir um objetivo prático para o direito – e retê-la descartando a função punitiva seria salvaguardar uma das ideias centrais da indenização “punitiva”, ao mesmo tempo prevenindo os juízes de fazer um julgamento moral que não lhes caberia⁴¹⁵.

⁴⁰⁹ SEBOK, 2009, p. 178. No original: “[w]hen it is thoroughly understood that it is not profitable to employ careless and indifferent agents, or reckless and insolent servants, better men will take their places, and not before”.

⁴¹⁰ DOBBS, 1989, p. 844; DANIELS, MARTIN, 1990, p. 7; RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1319.

⁴¹¹ Tratado à pág. 120, nota 381-382.

⁴¹² V. item 2.2.1.2 (Reivindicação do interesse público – a problemática da indenização pela “totalidade do dano”), em especial pág. 122, notas 386-387.

⁴¹³ DOBBS, 1989, p. 845-846. O autor, além de apontar uma inconsistência – não substancial, mas corretiva/reparatória; “*remedial inconsistency*” – entre as funções do instituto em comento, em especial entre a função punitiva e a dissuasória (*Id.*, p. 850), defende que a mera utilização de uma indenização extracompensatória com um caráter punitivo já seria suficiente para gerar uma situação de *overdeterrence* (*Id.*, p. 859).

⁴¹⁴ DOBBS, 1989, p. 858.

⁴¹⁵ DOBBS, 1989, p. 856. Sugere ainda que, abandonando-se a punição, não estaria lidando com uma pena *per se*, o que poderia eliminar a sugestão de que a aplicação da indenização punitiva seria ilícita se não se enquadrasse nos padrões requisitados na imposição de sanções criminais (*Ibid.*). Analisando a proposta de Dobbs por uma perspectiva europeia continental, Koziol afirma que, em muitos sistemas jurídicos europeus, a vedação ao enriquecimento sem causa cumpre a função que Dobbs propõe à indenização punitiva – e talvez seja até mais efetiva, uma vez que dispensa a necessidade de se provar a culpa do réu. O autor admite,

Destarte, a utilização exclusiva da dissuasão específica na determinação de uma indenização “punitiva” (acertadamente renomeada por Dobbs como extracompensatória⁴¹⁶) constituiria fator justo e previsível a ser utilizado tanto na determinação da responsabilidade (a indenização extracompensatória seria utilizada apenas quando se demonstrasse que a dissuasão fosse necessária), quanto na determinação do montante indenizatório (ou seja, a indenização não seria a quantia considerada como uma punição justa, mas sim a quantia necessária para dissuadir a conduta – geralmente o lucro auferido pelo réu com a atividade ilícita, ou em alguns casos o que este esperava lucrar com tal conduta)⁴¹⁷.

Ainda que as propostas de reforma de Dobbs não tenham sido acatadas, a busca de “reformular o caráter” do causador do dano é ainda hoje sem dúvida um objetivo da indenização punitiva, embora sua eficácia continue em debate, afirmando-se até que os resultados da dissuasão específica não se comprovam com frequência. Decorrência disso, a maioria dos estados que reconhecem a dissuasão como elemento central da indenização punitiva estendem seus efeitos às condutas de terceiros, ou seja, de outros potenciais causadores de dano que não o agente lesante do caso concreto⁴¹⁸.

contudo, que, ao contrário da proposta de Dobbs, ganhos econômicos indiretos não seriam reparados pelo enriquecimento sem causa (KOZIOL, 2008, p. 760).

⁴¹⁶ Julga-se acertado pois concorda-se com este posicionamento doutrinário (também encontrado em MARKEL, Dan. How should punitive damages work? *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 157, p. 1383-1484, 2009; YÁ-GÜEZ, 2012, p. 23-24) que propõe, por uma questão de clareza terminológica, referir-se a indenização punitiva como “indenização extracompensatória”, vez que o instituto, como se percebe, busca cumprir outras funções que não a mera punição (a função compensatória – item 2.2.4 – continuaria sendo anômala, mas ela é exclusiva do direito estadunidense).

⁴¹⁷ DOBBS, 1989, p. 915-917. Uma terceira possibilidade de montante indenizatório antevista pelo autor, menos relevante para a presente análise, é a da indenização extracompensatória equivaler aos honorários advocatícios e às custas processuais do autor – no intuito de corrigir as distorções causadas pela *American rule* (v. item 2.2.4, p. 137, nota 447) quando o dano atinge uma multiplicidade de vítimas que, pelas custas processuais (por vezes maiores do que o dano individualmente sofrido), encontram-se desincentivadas a propor ações indenizatórias contra o causador do dano. (*Id.*, p. 857; 888-908).

⁴¹⁸ SEBOK, 2009, p. 179. A seu turno, em estudo mais antigo com teor crítico ao instituto, James Sales e Kenneth Cole Jr. já afirmavam a existência de dúvida quanto ao fato de uma indenização exemplar efetivamente operar uma dissuasão

2.2.2.2 Dissuasão geral (*general deterrence*)

A dissuasão geral busca mandar uma mensagem a todos de que determinada conduta ilícita não será tolerada⁴¹⁹, e prevenir com que outros incorram em ilícitos similares⁴²⁰. Em precedente do século XIX, a corte afirmou explicitamente que “[n]estes casos, o direito se utiliza da ação de um particular como um instrumento de proteção pública, não em prol do autor daquela ação, mas sim do povo”⁴²¹.

Tipicamente, quando a indenização punitiva era defendida no século XIX com base em sua função de dissuasão geral, ela era chamada de “indenização exemplar”⁴²².

Mesmo em precedentes antigos a corte por vezes ressaltou a primazia da dissuasão geral sobre a dissuasão específica. Tome-se o exemplo do caso *Coryell v. Colbaugh*, de 1791, em que o réu, em sua defesa, arguiu que caso a indenização punitiva fosse conferida, seu montante deveria ser pequeno, pois, sendo pobre, presumivelmente a própria indenização compensatória já seria o suficiente para dissuadi-lo de condutas futuras. A corte rejeitou esse raciocínio, arguindo que, uma vez que a razão para se conferir a indenização exemplar era prevenir ofensas similares no futuro, o júri não se via constricto na indenização, e poderia conferir um montante que marcasse a sua desaprovação e servisse de exemplo aos demais, independentemente da situação econômica do réu⁴²³.

À primeira vista, com base nesta argumentação, e na esteira do já mencionado acerca de confusões anteriores que aproximavam a função punitiva e a dissuasória, a dissuasão específica guarda uma relação muito mais clara com a função punitiva⁴²⁴, já que, assim como a função punitiva, pensa exclusivamente no lesante e utilizaria sua situação econômica como fator na consideração do montante indenizatório.

Porém, esclarece-se que a busca por uma dissuasão específica também não levará necessariamente em consideração a situação econômica

específica, e ressaltam também como, até o momento de seus escritos, não existia nenhum estudo empírico nesse sentido (SALES, COLE JR., 1984, p. 1160).

⁴¹⁹ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1319; ROBBENNOLT, 2002, p. 112.

⁴²⁰ DANIELS, MARTIN, 1990, p. 7.

⁴²¹ *Hamilton v. Third Avenue R.R. Co.*, 1873; SEBOK, 2009, p. 179. No original: “[i]n such cases the law uses the suit of a private party as an instrument of public protection, not for the sake of the suitor but for that of the public”.

⁴²² SEBOK, 2009, p. 179.

⁴²³ SEBOK, 2009, p. 180.

⁴²⁴ SEBOK, 2009, p. 179.

do réu na determinação do *quantum*. E isso porque não é ela que é relevante à situação particular, e sim o lucro por ele auferido com a conduta ilícita, que não guarda qualquer relação com sua condição financeira – e é a remoção desse lucro que Dobbs argumenta deveria ser almejada através da dissuasão específica⁴²⁵.

Aponta-se que a eficácia da função dissuasória, especialmente em sua feição geral, depende de dois fatores essenciais: (1) se o ordenamento jurídico, por meio da indenização punitiva, de fato pune as pessoas que violem flagrantemente os direitos de outrem; e (2) se potenciais ofensores compreendem o que o instituto prescreve, sabendo que serão passíveis de receber uma punição⁴²⁶.

Sabendo-se que faz parte do senso comum que condutas ilícitas muitas vezes não são identificadas e devidamente reparadas, a indenização punitiva ajudaria a desencorajar tais condutas ao publicizar a punição de ofensores culpados por ilícitos manifestamente graves. Assim, a dissuasão geral se opera ao informar a potenciais ofensores: (1) que certas condutas que violem os interesses de outras pessoas são impróprias; (2) que violações intencionais ou flagrantes estão sujeitas a uma punição que excede a mera reparação; e (3) que, embora a punição seja incerta, ela é provável (devido ao incentivo que se dá às vítimas para que reclamem seus direitos) e pode ser substancial o suficiente para remover a aparente lucratividade da conduta danosa⁴²⁷.

Em 1996, em um dos *leading cases* da Suprema Corte dos Estados Unidos concernentes ao instituto em análise, o caso *BMW of North America v. Gore*, positivou-se o entendimento de que “um estado pode permitir indenizações punitivas para promover seus interesses legítimos em punir condutas ilícitas e desencorajar sua repetição”⁴²⁸. A vasta maioria dos estados incorpora esse princípio em suas legislações estaduais codificadas ou em sua forma de aplicação dos precedentes, especialmente com a ascensão dos casos de responsabilidade por fato do produto⁴²⁹.

⁴²⁵ DOBBS, 1989, p. 851. Uma vez que condutas ilícitas não são sempre identificadas e devidamente reparadas, levanta-se dúvida sobre a efetividade de uma dissuasão que, na pior das hipóteses, remove a lucratividade do ato ilícito do réu.

⁴²⁶ OWEN, 1994, p. 377.

⁴²⁷ OWEN, 1994, p. 377-378.

⁴²⁸ *BMW of North America v. Gore*, 1996. No original: “a state may permit punitive damages to further its legitimate interests in punishing unlawful conduct and deterring its repetition”.

⁴²⁹ SEBOK, 2009, p. 180.

De fato, a ferramenta dissuasória é especialmente aplicável em contextos envolvendo ilícitos repetidos motivados pelo desejo de se auferir lucro, em que a ilicitude da conduta do agente não é facilmente perceptível. Assim, quando o fabricante de um produto defeituoso é identificado e punido com uma indenização punitiva, a indenização serve em parte a “preencher” as indenizações compensatórias de todos aqueles que não acionaram judicialmente o fabricante⁴³⁰. Busca-se, assim, um equilíbrio que evite o oposto da *overdeterrence*: a *underdeterrence*⁴³¹.

Em que pesem os alertas quanto à possibilidade de indenizações múltiplas⁴³², as cortes hodiernamente não veem problemas com a extensão dos propósitos dissuasórios ao interesse da sociedade como um todo, por razões similares àquela que faz com que punições que busquem o bem maior da sociedade não sejam consideradas inconstitucionais⁴³³.

Mesmo havendo uma aceitação ampla da dissuasão geral, uma recente decisão da Suprema Corte abordou especificamente a possibilidade de o júri utilizar como base para a determinação do *quantum* indenizatório o dano causado pelo réu a terceiros. O caso é *Philip Morris USA v. Williams*, que representou uma verdadeira batalha travada entre a Suprema Corte de Oregon e a Suprema Corte dos Estados Unidos⁴³⁴. Sobre o assunto em comento, a Suprema Corte federal asseverou:

[A] cláusula do devido processo legal prevista na Constituição proíbe que um Estado utilize a indenização punitiva para punir um réu pelo dano que ele tenha causado a terceiros, mesmo aqueles representados pelo autor da ação, ou seja, danos que tenham sido causados àqueles que são, essencialmente, estranhos ao litígio⁴³⁵.

⁴³⁰ OWEN, 1994, p. 378, utilizando a expressão “*filler*”.

⁴³¹ DOBBS, 1989, p. 858-859.

⁴³² COLBY, 2003. V. também item 2.2.1.2 para um destaque sobre a problemática de indenizações múltiplas que abarquem a “totalidade do dano”.

⁴³³ SEBOK, 2009, p. 180.

⁴³⁴ O ponto nevrálgico discutido no caso diz respeito à cláusula do devido processo legal (“*due process clause*”) e à proporção entre a indenização compensatória e a indenização punitiva, e será devidamente analisado no item 2.4, quando se trata das discussões acerca da constitucionalidade do instituto.

⁴³⁵ *Philip Morris USA v. Williams*, 2007; SOLBERG, Joseph J.; HOSACK, Karen A. Punitive damages after Philip Morris USA v. Williams: has the smoke cleared? *Journal of Law, Business & Ethics*, v. 18, p. 73-90, 2012, p. 83. No original: “*the*

Não obstante, Williams havia argumentado que o dano causado a terceiros fora utilizado apenas como prova da repreensibilidade da conduta do réu, elemento cuja análise seria necessária para a determinação da imposição de uma indenização punitiva. A Suprema Corte aquiesceu, ressaltando que o vedado pela cláusula do devido processo legal seria exclusivamente “a utilização da indenização punitiva visando a punir um réu diretamente pelos danos que supostamente causou a terceiros”⁴³⁶. Esse posicionamento foi mais tarde ratificado pela Suprema Corte de Oregon, que afirmou categoricamente que permitiria evidências de danos causados a terceiros serem utilizadas como prova do grau de repreensibilidade da conduta dos réus⁴³⁷.

2.2.3 Função educativa

A primeira função auxiliar da indenização punitiva é identificada como a função educativa, que se assimila a um elemento da dissuasão geral, mas independe da efetiva aplicação de uma indenização punitiva para sua concretização. Assim, a função educativa serve a dois propósitos: (1) notificar a sociedade da existência, de um lado, de um interesse ou direito legitimamente protegido, e, de outro, de um dever correlato a ser respeitado; (2) proclamar a importância que o ordenamento confere a este

Constitution's Due Process Clause forbids a State to use a punitive damages award to punish a defendant for injury that it inflicts upon nonparties or those whom they directly represent, i.e., injury that it inflicts upon those who are, essentially, strangers to the litigation”. Em construção com alguma ambiguidade, a Corte afirma que não se deve levar em consideração, na determinação do *quantum* indenizatório, o dano causado a terceiros, sejam eles pessoas desconhecidas do autor da ação que pede pela aplicação da indenização punitiva, sejam eles pessoas que o autor da ação represente juridicamente (como no exemplo do filho do autor) – ou seja, considerando a natureza individual do instituto, cada lesado que busque tal indenização deve ingressar com uma ação própria.

⁴³⁶ *Philip Morris USA v. Williams*, 2007; SOLBERG, HOSACK, 2012, p. 84. No original: “use a punitive damages verdict to punish a defendant directly on account of harms it is alleged to have visited on nonparties”.

⁴³⁷ SOLBERG, HOSACK, 2012, p. 84.

direito em particular, e a correspondente condenação que a sociedade vincula à flagrante violação desse direito⁴³⁸. A existência desse remédio judicial serve a reafirmar o compromisso da sociedade em manter seus padrões jurídicos e morais⁴³⁹.

A imposição de indenizações punitivas ajuda a “espetacularizar” (“*sensationalize*”) as consequências de condutas impróprias de uma maneira que serve para informar e lembrar o réu e a sociedade como um todo que determinado direito-dever legal não só existe, mas que ele recebe uma ferrenha proteção⁴⁴⁰. Em casos envolvendo a responsabilidade por fato do produto, a função educativa também age de forma a informar o público sobre produtos defeituosos⁴⁴¹.

Infelizmente, a função educativa não é sempre cumprida por dois motivos. Primeiro, embora determinadas instâncias de condutas ilícitas extremas (como o caso Ford Pinto) recebam ampla cobertura midiática e publicização, isso não é regra. Segundo, não é incomum que aconteçam acordos entre o autor e o réu após o júri determinar a incidência da indenização punitiva (os réus se comprometem a não recorrer do julgado, e em troca disso pedem o silêncio do autor quanto aos termos monetários do acordo e quanto às características dos danos por ele sofridos). Assim, a sociedade raramente aprende a verdade sobre a periculosidade de produtos na ocorrência de acordos confidenciais: os fatos se tornam obscuros e distorcidos⁴⁴².

Exemplo disso, o famoso caso *Liebeck v. McDonald's Restaurants*, de 1994, popularmente conhecido como o “*McDonald's Coffee Case*”. O caso, enquadrado como responsabilidade por fato do produto, diz respeito ao acidente de uma senhora de 79 anos que, ao derramar o café vendido pela empresa ré em seu colo, sofreu queimaduras de terceiro grau. No decorrer do julgamento, restou comprovado que a empresa tinha consciência de uma série de outros danos causados pela alta temperatura

⁴³⁸ OWEN, 1976, p. 1280-1281 (ainda tratando da função educativa como integrante à função dissuasória); OWEN, 1994, p. 374 (sistematizando a função educativa em apartado, e lhe conferindo eficácia própria); CADY, Troy L. Disadvantaging the disadvantaged: the discriminatory effects of punitive damages caps. *Hofstra Law Review*, Hempstead, v. 25, n. 3, p. 1005-1039, 1997, p. 1010.

⁴³⁹ OWEN, 1994, p. 375; CADY, 1997, p. 1010.

⁴⁴⁰ OWEN, 1994, p. 374.

⁴⁴¹ CADY, 1997, p. 1010. Afirma Owen que a *American Medical Association* costumeiramente traz visibilidade a indenizações punitivas que tenham sido concedidas contra laboratórios farmacêuticos (OWEN, *loc. cit.*).

⁴⁴² CADY, 1997, p. 1010.

do café (que, também se comprovou, era imprópria para consumo). A empresa havia considerado que seria economicamente mais vantajoso arcar com as eventuais indenizações do que adequar as normas de todas as suas franquias. O júri concedeu US\$160.000,00 a título compensatório (referente aos procedimentos cirúrgicos e demais gastos médicos) e US\$2.7 milhões a título punitivo (equivalente ao lucro estimado de dois dias de venda da bebida) para autora. O juiz da causa reduziu o valor punitivo para US\$680.000. As partes eventualmente acordaram extrajudicialmente por um valor não-divulgado, antes que a apelação fosse julgada. Os fatos do caso acabaram sendo completamente deturpados pela mídia e por proponentes da *tort reform*, que o usaram como a epítome de uma litigância frívola⁴⁴³.

Isso dificulta “o papel vital do sistema jurídico de alertar a sociedade sobre perigos de segurança e estigmatizar, e assim desestimular, condutas antiéticas”⁴⁴⁴.

A problemática da ocultação do efeito educativo da indenização punitiva devido à realização de acordos extrajudiciais, inclusive, poderia ser ainda mais grave a partir de outra consideração doutrinária: a de que a mera existência e disponibilidade do instituto no ordenamento levariam ao aumento da tentativa de resolução dos casos extrajudicialmente. A esse impacto sistêmico se deu o nome “*shadow effect*”. Assim, ocorreria o efeito contrário do esperado: quanto maior a possibilidade de condenação à indenização punitiva, menor seria a sua visibilidade, pelo incentivo à resolução extrajudicial do litígio. Tais receios, entretanto, têm-se provado falsos, como demonstram Thomas Eaton, David Mustard, e Susette Talarico que, em estudo empírico que levou em consideração 25.000 casos, conseguiram comprovar que a indenização punitiva não tem um efeito estatisticamente significativo em nenhuma das fases do litígio – ou seja, sua mera disponibilidade não leva necessariamente a um número maior ou mesmo menor de acordos extrajudiciais⁴⁴⁵.

⁴⁴³ CADY, 1997, p. 1032-1033; RYAN, Patrick S. Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Washington, D.C., v. 10, n. 1, p. 69-93, 2003; ANDRADE, 2009, p. 214-217.

⁴⁴⁴ CADY, 1997, p. 1011. No original “*the justice system’s vital role of warning society about safety hazards and stigmatizing, and thereby deterring, unethical conduct*”.

⁴⁴⁵ EATON, MUSTARD, TALARICO, 2005.

2.2.4 Função compensatória

Um objetivo secundário de grande destaque e que inicialmente soa controverso é a função compensatória (“*compensation*”). Sua lógica pauta-se no fato de que muitos elementos tidos como danosos não são passíveis de indenização e que isso poderia ser sanado pela imposição de uma indenização punitiva⁴⁴⁶.

Prosser e Keeton também ressaltam essa função afirmando que “decisões ocasionalmente mencionam o propósito adicional de reembolsar o autor por elementos do dano que não são geralmente compensáveis, como dissabores emocionais ou as despesas do litígio”⁴⁴⁷.

O não reconhecimento de determinados danos intangíveis como passíveis de reparação também é utilizado como justificativa tanto para a existência de uma função compensatória inerente à indenização punitiva, como para a própria existência desse tipo de indenização (como se viu quando das “razões de desenvolvimento” do instituto na Inglaterra). A discussão do caso *Fay v. Parker* apresentada sob o item 2.2.1.3 do presente estudo é elucidativa neste sentido, e demonstra alguns dos esforços das cortes em evidenciar a inadequação da indenização punitiva como mecanismo de reparação de algo que poderia ser suprido a partir de uma

⁴⁴⁶ BELLI SR., 1980, p. 6; OWEN, 1994, p. 378-379.

⁴⁴⁷ KEETON *et al*, 1984, p. 9. Importante esclarecer que no sistema jurídico estadunidense, independentemente de ter ganhado ou não a causa, afirma-se que cada parte deve arcar com suas próprias custas e honorários advocatícios (tal regra é a já aludida *American rule* – vide *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*, 1975; EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. The English versus the American rule on attorney fees: an empirical study of public company contracts. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 98, n. 2, p. 327-382, 2013, p. 328-329). Cady destaca como muitos doutrinadores afirmam que, mesmo sem considerar os honorários advocatícios, indenizações compensatórias sofrem de subvalorizações sistêmicas, e que a imposição de uma indenização punitiva ajuda a reparar o autor integralmente (CADY, 1997, p. 1012).

sofisticação da indenização compensatória. A sofisticação ocorre em meados do século XIX⁴⁴⁸, mas de forma incipiente: apesar do *pain and suffering* ter recebido algum resguardo legal⁴⁴⁹, muitos outros danos intangíveis, claramente reconhecidos como danos morais em nosso ordenamento, continuaram sem reparação naquele país⁴⁵⁰.

Uma série de decisões do século XIX citou a compensação como o objetivo a ser alcançado através da concessão de uma indenização punitiva. Um dos exemplos mais claros é o caso *Detroit Dailey Post v. McArthur*, de 1868, decidido pela Suprema Corte de Michigan. No caso, envolvendo uma ação por difamação, a corte reconheceu que embora a indenização punitiva varie em proporção direta à conduta culpável do lesante, seria enganoso dizer que a indenização concedida se baseava na “má intenção” (“*wrong intent*”) do réu. Ao invés, a indenização “visa a reparar o dano sentimental causado no lesado”. Reconhecia a corte porém o agravamento do dano sofrido pelo lesado decorrente da perversidade do intuito do autor, o que seria ainda mais evidente no caso de ilícitos dolosos. Assim, pronunciou que nossos “instintos básicos de humanidade” reconheciam que um dano causado voluntariamente é “geralmente um dos maiores ilícitos que pode ser cometido, e a honra e os sentimentos feridos podem, sob certas circunstâncias, justificar uma indenização suntuosa”⁴⁵¹.

Outros estados seguiram o exemplo de Michigan. Minnesota, por exemplo, usa especificamente a expressão “insulto” para explicar do que decorrem os sentimentos feridos que seriam reparados pela indenização punitiva. Sob a compreensão de uma “compensação por insulto”, a indenização punitiva não é verdadeiramente punitiva, e assim não incorreria na possibilidade de uma dupla contagem (*bis in idem*). Em Kentucky, no caso em que uma viúva recebeu indenização punitiva pela morte culposa do marido, o réu argumentou, em sede de apelação, que não havia sido

⁴⁴⁸ SEBOK, 2009, p. 162.

⁴⁴⁹ KING JR., Joseph H. Pain and suffering, noneconomic damages, and the goals of tort law. *SMU Law Review*, Dallas, v. 57, n. 1, p. 163-210, 2004, p. 164.

⁴⁵⁰ KEETON *et al*, 1984, p. 55; OWEN, 1994, p. 379. Prosser e Keeton apresentam a relutância do ordenamento jurídico estadunidense e inglês em reconhecer danos como o sofrimento psicológico como reparáveis, por considerá-los demasiado “metafísicos” ou “especulativos” (KEETON *et al*, *loc. cit.*).

⁴⁵¹ SEBOK, 2009, p. 171-172. No original: “*instincts of common humanity [...] often the greatest wrong that can be inflicted, and injured pride and affection may, under some circumstances, justify heavy damages*” (grifos no original).

corretamente seguido o princípio de que a indenização punitiva não visava a compensação⁴⁵². A Corte de Apelações confirmou o entendimento do caso e a aplicação da indenização punitiva buscando também a função compensatória. Essa visão também foi adotada pela Suprema Corte de Iowa e da Califórnia⁴⁵³.

Desses, apenas Michigan chegou ao ponto de determinar que a função compensatória seria a exclusiva da indenização punitiva, com exceção nos casos em que se permitisse essa indenização estatutariamente (que, por previsão legal, poderiam atingir montantes extracompensatórios), com base no entendimento de que a função da indenização seria reparar o lesado pelo dano efetivamente sofrido, o que por sua vez limitaria a indenização à extensão desse dano. Em entendimento similar, o estado de Connecticut limita a indenização punitiva às despesas do litígio⁴⁵⁴.

Sebok apresenta ainda Porto Rico como uma jurisdição que se enquadraria nesta acepção compensatória, ressaltando que lá não se reconhece aplicabilidade para a teoria da indenização punitiva, existindo “a concessão de indenizações por ‘danos morais’ quando comprovada significativa lesão à saúde, bem-estar, ou felicidade” do lesado⁴⁵⁵.

Essa visão puramente compensatória da indenização punitiva é claramente minoritária nos Estados Unidos. A acepção majoritária é que a imposição e a mensuração de uma indenização punitiva não precisam e não devem ser limitadas pela reparação do dano sofrido pelo autor. Ao invés, na aplicação desse tipo de indenização o foco é deslocado para o réu, e o objetivo torna-se condenar a magnitude do seu ilícito através da punição ou da dissuasão⁴⁵⁶.

⁴⁵² O réu criticou especificamente a instrução do juiz ao júri, que fora feita nos seguintes termos: “*by punitive damages is meant exemplary damages, by way of smart money, as well as those given by way of compensation*”.

⁴⁵³ SEBOK, 2009, p. 172.

⁴⁵⁴ LONG, 1976, p. 875; SEBOK, 2009, p. 173. Em estudo mais antigo, Long apresentava doutrinadores que identificavam Kentucky e Connecticut como estados a utilizarem a indenização punitiva exclusivamente buscando a compensação, e outros que identificavam também New Hampshire (LONG, 1976, p. 875).

⁴⁵⁵ SEBOK, 2009, p. 173. No original: “*awards ‘moral damages’ upon a showing of significant psychic impairment of health, welfare, and happiness*”.

⁴⁵⁶ SEBOK, 2009, p. 173.

2.2.5 Função de policiamento

A última função notavelmente apontada da indenização punitiva é chamada *policing*⁴⁵⁷ ou *law enforcement*⁴⁵⁸ (“policiamento”) e visa a encorajar que indivíduos e seus advogados proponham ações contra ofensores nas situações em que a conduta desses ofensores seja considerada ultrajante – incentivando que entes privados ajam em prol do interesse público⁴⁵⁹.

Esta função se vê pautada exclusivamente no incentivo financeiro que é oferecido ao lesado⁴⁶⁰. Ela serve como um argumento do porquê o autor da ação merece ser recompensado, mas não como um argumento do porquê os réus deveriam sofrer um prejuízo. Assim sendo, é uma função claramente auxiliar que não se sustenta individualmente⁴⁶¹.

Uma vez que um número significativo de infrações está além do escopo do direito penal (e da atuação dos promotores públicos), o ímpeto que a indenização punitiva dá à vítima para propor uma ação contra a pessoa que lhe causou um dano beneficia a sociedade como um todo, ao garantir que tais ações danosas sejam mais efetivamente prevenidas. Conclui-se que tal função tenha uma correlação lógica muito forte com a função da dissuasão⁴⁶².

É possível enxergar-se a função de policiamento como outra face da dissuasão: a dissuasão opera *ex ante*, prevenindo possíveis ofensores de violar as regras; e o policiamento opera *ex post*, ao identificar e punir os ofensores que não forem desestimulados de cometer a conduta ilícita⁴⁶³.

⁴⁵⁷ CADY, 1997, p. 1011.

⁴⁵⁸ ELLIS JR., 1982, p. 3; AUSNESS, 1986, p. 69; OWEN, 1994, p. 380.

⁴⁵⁹ AUSNESS, 1986, p. 69; OWEN, 1994, p. 380-381; KAUFMAN, Elizabeth. Punitive Damages: a review, evaluation & critique of current practices & proposals for reform. New York: NYU, 2003, p. 5

⁴⁶⁰ Calabresi chamava, de forma não pejorativa, incentivos desse tipo de “subornos” previsto pela legislação (CALABRESI, Guido. The costs of accidents: a legal and economic analysis. New Haven: Yale University Press, 1970).

⁴⁶¹ ELLIS JR., 1982, p. 10. A função de policiamento pressupõe que a imposição de um prejuízo ao réu seja justificada pela função punitiva, dissuasória, ou alguma outra consideração (*Ibid.*).

⁴⁶² AUSNESS, 1986, p. 69; OWEN, 1994, p. 380; KAUFMAN, 2003, p. 5. Ausness considera até que a função de policiamento pode ser enxergada como integrante à função dissuasória (AUSNESS, *loc. cit.*).

⁴⁶³ OWEN, 1994, p. 380.

Alguns doutrinadores utilizam a função de policiamento para responder a argumentos que identificam a potencialidade da concessão de uma indenização punitiva criar um enriquecimento sem causa (“*windfall gain*”). Assumindo-se que a extensão da indenização punitiva reflete o dano causado na sociedade, e não no lesado, a possibilidade desta indenização serviria não só a induzir como também a recompensar o particular por agir como um “promotor público ‘privado’” (“*private attorney general*”)⁴⁶⁴. Através desse incentivo e recompensa, a função de policiamento serviria também a promover as demais funções do instituto⁴⁶⁵, o que ressalta sua natureza acessória.

Racionaliza-se que a importância principal dessa função resida nas hipóteses em que o lesante causou uma infinidade de danos pequenos o suficiente para que não seja interessante, para qualquer lesado individualmente, a proposição de uma ação indenizatória⁴⁶⁶.

2.3 Fatores relevantes para a imposição de uma indenização punitiva

A seguir, analisam-se os elementos que são considerados pelo júri ou pelo juiz na aplicação da indenização punitiva⁴⁶⁷. As regras que regulam essa aplicação resultam da combinação do desenvolvimento jurisprudencial, de estatutos, e de legislações constitucionais estaduais e federais. Assim como na análise das funções do instituto, à primeira vista os estados parecem ter políticas e estipulações bastante similares quanto à sua aplicação, mas uma análise mais detida revela nuances e variações nessa aplicação em diferentes áreas dos Estados Unidos⁴⁶⁸.

Estrutura-se este tópico em quatro itens: (1) o pré-requisito de admissibilidade; (2) a conduta requerida – o padrão de culpabilidade; (3) os requisitos probatórios; e (4) a determinação do *quantum* indenizatório.

2.3.1 Pré-requisito de admissibilidade

Um dos pontos mais uníssonos da aplicação do instituto da indenização punitiva diz respeito à condição primeira para sua aplicação: que se

⁴⁶⁴ AUSNESS, 1986, p. 70.

⁴⁶⁵ OWEN, 1994, p. 380.

⁴⁶⁶ AUSNESS, 1986, p. 69-70.

⁴⁶⁷ Para uma comparação teórica da atuação de um juiz e da atuação de um júri na concessão de uma indenização punitiva, cf. ROBBENNOLT, 2002, p. 146-158.

⁴⁶⁸ SEBOK, 2009, p. 180.

constate, no caso concreto, a ocorrência de *actual damages*⁴⁶⁹. Afora pouquíssimas exceções, como Idaho ou o District of Columbia, todas as jurisdições dos Estados Unidos que possibilitam a aplicação da indenização punitiva requerem, no mínimo, que se demonstre algum dano concreto sofrido pelo lesado⁴⁷⁰.

A *ratio* por trás desse requisito foi exposta em 1980 por Belli Sr., que afirmou:

Uma vez que a indenização punitiva é meramente incidental à causa da ação, ela sozinha nunca pode constituir a base de uma ação. Assim, o autor precisa demonstrar que sofreu uma lesão ou que teve seus direitos infringidos⁴⁷¹.

As diferenças entre as jurisdições estadunidenses aparecem em dois aspectos: no grau de comprovação exigido na demonstração desse dano, e na possibilidade ou não de que o dano “base” represente apenas uma indenização nominal⁴⁷². Sobre a comprovação requerida, o padrão é que o dano esteja comprovado no procedimento judicial, mas pelo menos dois estados (Colorado e Florida) pressupõe que a mera alegação desse dano é suficiente para a concessão da indenização punitiva. Quanto ao segundo aspecto, pelo menos nove estados⁴⁷³ possibilitam a aplicação da

⁴⁶⁹ Compreendidos como “o montante concedido ao reclamante para compensar pelo dano ou perda comprovadamente sofridos; a indenização que restitui as perdas reais”. Também chamado de “indenização compensatória”, “indenização tangível”, ou “indenização real” (GARNER, 2009, p. 445). No original: “[a]n amount awarded to a complainant to compensate for a proven injury or loss damages that repay actual losses – Also termed compensatory damages, tangible damages; real damages” (Grifos no original).

⁴⁷⁰ KOZIOL, Helmut. Punitive damages: admission into the seventh legal heaven or eternal damnation? In: Koziol, Helmut; Wilcox, Vanessa (Eds.). *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 275-308, p. 278.

⁴⁷¹ BELLI SR., 1980, p. 9. No original: “[s]ince punitive damages are merely incidental to a cause of action, they alone never may constitute the basis of the action. Thus, the plaintiff must show that he has been injured or that his rights have been infringed”.

⁴⁷² Ver pág. 95, nota 288 para uma definição sobre a indenização nominal.

⁴⁷³ São eles: Alabama, Alaska, Georgia, Kentucky, Missouri, New Jersey, New Mexico, Oklahoma, e Carolina do Sul.

indenização punitiva em casos em que a única indenização conferida seja a indenização nominal⁴⁷⁴.

2.3.2 Requisito de conduta – padrão de culpabilidade

O padrão da conduta ilícita passível de uma indenização punitiva é definido por variados termos em diferentes jurisdições estaduais: “malícia”, “fraude”, “opressão”, comportamento “ultrajante”, “indiferença consciente ou gravemente culposa para com os direitos de outrem”, ou conduta ilícita “intencional e arbitrária”⁴⁷⁵. Não é, porém, o vocábulo utilizado para qualificar a conduta que caracteriza a divergência na aplicação do instituto nos diferentes estados, e sim o grau de culpabilidade requerido para fazer jus a uma indenização desse tipo. As divergências são preponderantes nos casos de malícia e negligência⁴⁷⁶.

Do ponto de vista acadêmico, Owen, criticando a imprecisão das definições apresentadas, sugere que, dessas, a melhor seria a consideração da conduta ilícita como uma “indiferença consciente ou gravemente culposa para com os direitos de outrem”⁴⁷⁷. Contudo, o autor não a considera perfeitamente adequada, e propõe que ela poderia ser aprimorada se reescrita da seguinte forma: “a indenização punitiva é apropriada para conduta que seja realizada com um desprezo consciente ou gravemente culposo pelos direitos de outrem, e que constitua um desvio extremo de uma conduta lícita”⁴⁷⁸. O acréscimo do conceito de desvio extremo adiciona uma

⁴⁷⁴ SEBOK, 2009, p. 311-322.

⁴⁷⁵ OWEN, 1989, p. 727. No original: “*The standard of liability is variously defined in terms of ‘malice’, ‘fraud’, ‘oppression’, ‘outrageous’ behavior, ‘conscious or reckless indifference to the rights of others’, or ‘wilful and wanton misbehavior’*”. O autor ainda defende que a deficiência comum dos termos utilizados está na sua vagueza (*Ibid.*). ELLIS JR., 1982, p. 35, aponta como os termos comumente utilizados se sobrepõem e são até substancialmente redundantes, referindo-se a eles coletivamente como o “grupo da culpa grave” (“*recklessness group*”). MARKEL, *How should...*, 2009, p. 1436, descreve a conduta passível de ser responsabilizada pela indenização punitiva como um “*mens rea* elevado malicioso ou gravemente culposo” (“*heightened mens rea of recklessness or malice*”).

⁴⁷⁶ SEBOK, 2009, p. 181.

⁴⁷⁷ OWEN, 1989, p. 728.

⁴⁷⁸ No original: “*punitive damages are appropriate for conduct that is in conscious or reckless disregard of the rights of others, and that constitutes an extreme departure from lawful conduct*”. Bush, em contraponto, afirma que toda

dimensão importante tanto à conduta ilícita consciente (ou dolosa) quanto à conduta ilícita gravemente culposa. No que diz respeito à conduta dolosa, esse acréscimo impede a punição no caso de um ilícito deliberado, mas trivial, para o qual a punição seria excessiva. Já quanto a conduta gravemente culposa, o acréscimo ajuda a distanciar e, por conseguinte, distinguir, a conduta ilícita flagrante e exagerada, merecedora de sanção, do ilícito negligente, não merecedor. Esse acréscimo resguarda, minimamente, as pessoas que cometam erros em boa-fé⁴⁷⁹.

2.3.2.1 Dolo

Os atos ilícitos dolosos constituem um dos pontos mais pacíficos da doutrina da indenização punitiva nos Estados Unidos. Todos os estados que permitem a aplicação da indenização punitiva preveem sua aplicabilidade quando restar comprovado que o dano foi causado de maneira intencional⁴⁸⁰. A definição desse dolo ou intencionalidade segue o *Restatement (Second) of Torts*, em sua Seção 8A, que especifica que a conduta será dolosa “se houver sido cometida ou com o propósito de atingir aquele resultado, ou quando o agente estiver substancialmente certo de que sua ação atingiria aquele resultado”⁴⁸¹.

2.3.2.2 Culpa grave

O conceito de culpa grave é utilizado no decorrer do trabalho em equiparação funcional ao conceito anglo-americano de “*recklessness*”. Na *common law*, define-se essa expressão como a “conduta pela qual o agente não deseja uma consequência danosa, mas, não obstante, prevê a possibilidade dessa consequência e conscientemente assume o risco”⁴⁸²

conduta ilícita intencional (a “indiferença consciente” aqui referida) ou gravemente culposa por si só já representa um desvio significativo de uma conduta que a sociedade considera razoável (BUSH, 2014, p. 162).

⁴⁷⁹ OWEN, 1989, p. 730.

⁴⁸⁰ SEBOK, 2009, p. 181.

⁴⁸¹ *Restatement (Second) of Torts*, 1965, § 8A. No original: “*an act is intentional if it was done with either the purpose of bringing about the result or if the actor was substantially certain that his or her action would bring about the result*”.

⁴⁸² GARNER, 2009, p. 1385. No original: “[*c*]onduct whereby the actor does not desire harmful consequence but nonetheless foresees the possibility and consciously takes the risk”.

ou ainda o “estado de espírito em que a pessoa não se importa com as consequências de suas ações”⁴⁸³.

Embora ambas as definições apresentadas pressuponham a consciência, por parte do agente, dos riscos inerentes à conduta ilícita, a definição do conceito de *recklessness* em matéria cível resume-se a um alto grau de descuido, e descreve uma conduta que envolve risco grave para outras pessoas, esteja o agente ciente desse risco ou não. Por conta disso, trata-se de um qualificador objetivo e não subjetivo⁴⁸⁴. O *Restatement (Second) of Torts* esclarece que todas as formas de *recklessness* se distinguem de um mero descuido pelo fato de que os atos em questão não só colocam outra pessoa em uma situação de risco despropositado, “mas também que tal risco é substancialmente maior do que o necessário para caracterizar a conduta como mero descuido”⁴⁸⁵.

Essa distinção, no que toca (o grau de) a ciência do autor sobre os riscos gerados por sua conduta ilícita, é relevante na aplicação do instituto da indenização punitiva. Sistematizam-se duas formas possíveis de conduta “*reckless*” (gravemente culposa): um “*reckless disregard*” (“desprezo gravemente culposo”, caracterizada pela culpa inconsciente) pelo bem-estar dos demais; e uma “*deliberate indifference*” (“indiferença deliberada”, caracterizada pela culpa consciente) pelo bem-estar dos demais⁴⁸⁶.

⁴⁸³ *Ibid.* No original: “[t]he state of mind in which a person does not care about the consequences of his or her actions”.

Há uma estreita correlação entre as definições apresentadas e os conceitos de culpa consciente e dolo eventual, cuja distinção não aparenta ser conhecida pelo jurista da *common law*, uma vez que se equipara as situações em que o lesante apenas tem consciência dos riscos (e, não desejando o resultado possível, provavelmente busca evitá-lo) àquela em que o lesante ignora o resultado da sua ação.

⁴⁸⁴ SALMOND, John. *The law of torts: a treatise on the English law of liability for civil injuries*. Atualização de R.F.V. Heuston 17. ed. Londres: Sweet & Maxwell Ltd., 1977, p. 194; GARNER, *loc. cit.*

⁴⁸⁵ *Restatement (Second) of Torts*, 1965, § 500. No original: “but also that such risk is substantially greater than that which is necessary to make his conduct [careless]”.

⁴⁸⁶ SEBOK, 2009, p. 181. ELLIS JR., 1982, p. 35, prevê essa sistematização, anotando como, dentre os termos que englobara sob o “*reckless group*”, os que poderiam ter conotações diferentes seriam a “*conscious indifference*” (que sugere um conhecimento prévio dos riscos) e o “*reckless disregard*” (que conota a existência de fatos que deveriam alertar o agente para os riscos, mesmo que ele não

O desprezo gravemente culposo é também intitulado de “desprezo irresponsável” ou “malícia implícita”⁴⁸⁷. A utilização da culpa inconsciente como base da aplicação da indenização punitiva data de meados do século XIX. Com o advento do automóvel no princípio do século XX, casos envolvendo danos causados por motoristas embriagados proveram o exemplo comum do tipo de negligência “agravada” que permitia a imposição da indenização punitiva⁴⁸⁸. Vinte e seis estados utilizam essa culpa inconsciente como padrão necessário para caracterização de uma conduta passível de receber uma indenização punitiva⁴⁸⁹.

A indiferença deliberada, por sua vez, é também chamada de “malícia expressa”⁴⁹⁰. Diz respeito aos casos em que a pessoa está ciente tanto do fato de que sua conduta cria um risco desnecessário a outrem, quanto está ciente de que esse risco é substancialmente maior do que aquele gerado por um mero descuido. Doze estados requerem a comprovação desse tipo de conduta para permitirem a indenização punitiva⁴⁹¹.

Por fim, um conceito mais controverso por vezes utilizado para caracterizar a conduta do agente lesante é o de “*gross negligence*” (“grave negligência”), que não se confunde com o conceito de *recklessness*

estivesse ciente desses riscos; sugere um ato cometido por alguém que encontrava-se alheio aos riscos de sua conduta); e que ambos poderiam ser subsumidos no conceito de “*recklessness*”.

⁴⁸⁷ No original: “*wanton disregard*” e “*implied malice*”.

⁴⁸⁸ O exemplo utilizado pelo autor gera dúvidas a um jurista brasileiro, uma vez que, aqui, se enquadra na hipótese em que o lesante assumiu o risco de sua conduta, pode ser não apenas uma culpa consciente, mas a depender de uma análise subjetiva também um dolo eventual (que, relembra-se, é desconhecido por aquele ordenamento jurídico – v. pág. 145, nota 483).

⁴⁸⁹ SEBOK, 2009, p. 182. Os estados são: Alabama, Alaska, Arkansas, Colorado, Connecticut, Georgia, Hawaii, Idaho, Iowa, Kansas, Minnesota, Missouri, New Jersey, New Mexico, New York, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Carolina do Sul, Dakota do Sul, Utah, Vermont, West Virginia, Wisconsin, e Wyoming.

⁴⁹⁰ No original: “*actual malice*”.

⁴⁹¹ SEBOK, 2009, p. 182. Os estados são: Arizona, California, Delaware, Kentucky, Maine, Maryland, Montana, Nevada, Dakota do Norte, Ohio, Rhode Island, e Virginia. Ressalta-se que esta conduta não se confunde com o dolo, já que uma indiferença deliberada não é a mesma coisa que uma certeza substancial (*Id.*, p. 183).

(“culpa grave”). Considerado um termo “infeliz de conteúdo mal definido”⁴⁹², ele “sugere que o risco previsível de dano excedia o custo de evitá-lo em uma proporção maior do que a que define a negligência, mas menor do que a que define a culpa grave”⁴⁹³. Assim, a “grave negligência” estaria em um ponto intermédio entre a “simples negligência” e a “culpa grave”. O estado do Texas permite indenizações punitivas com base em condutas gravemente negligentes. Alguns outros estados, como Oklahoma ou New York, já confundiram conceitualmente o padrão da “grave negligência” com o da “culpa grave”, intitulando o segundo como o primeiro⁴⁹⁴.

2.3.3 Requisito probatório

Em regra, nos Estados Unidos, requer-se, na esfera cível, para a responsabilização do causador de um dano, que as provas sejam consideradas “evidências preponderantes”⁴⁹⁵. Já na esfera penal, para a responsabilização do réu, requer-se que as evidências comprovem as circunstâncias em análise para “além de qualquer dúvida razoável”⁴⁹⁶. Historicamente, a indenização punitiva, muito embora sua ressaltada conexão com elementos do direito penal, foi tratada como qualquer outro instituto cível no que diz respeito aos requisitos probatórios – podendo ser concedida se

⁴⁹² PROSSER, Prosser, William L. *Handbook of the Law of Torts*. 4. ed. Eagan (MN): West Publishing Co., 1971, § 2, 10. No original: “*unhappy term of ill-defined content*”. A edição mais recente da obra de Prosser e Keeton afirma que “muitas cortes [estavam] insatisfeitas com um termo tão nebuloso, e sofriam na tentativa de lhe atribuir um ponto de referência mais ou menos definido” (KEETON *et al*, 1984, p. 212). No original: “*several courts [were] dissatisfied with a term so nebulous, and struggling to assign some more or less definite point of reference to it*”.

⁴⁹³ ELLIS JR., 1982, p. 36. No original: “*it suggests that the foreseeable risk of harm exceeded the cost of avoidance by a greater margin than that which defines negligence, but by less than that which defines recklessness*”. Igualmente, KEETON *et al*, 1984, p. 212: “(...) a ‘grave negligência’ não atinge o padrão do desprezo gravemente culposo pelas consequências, e difere da negligência comum apenas em grau, não em tipo. No original: “(...) ‘*gross negligence*’ falls short of a reckless disregard of the consequences, and differs from ordinary negligence only in degree, and not in kind.”

⁴⁹⁴ ELLIS JR., *loc. cit.*

⁴⁹⁵ No original: “*preponderance of the evidence*”.

⁴⁹⁶ No original: “*beyond a reasonable doubt*”.

o autor estabelecesse a responsabilidade do réu por meio de uma preponderância de evidências. Um novo padrão, intermediário, emergiu nos últimos vinte e cinco anos, sendo de aplicação específica para o caso da indenização punitiva e de outras penas cíveis (cuja natureza jurídica também é considerada “intermediária” entre o direito civil e o direito penal). Esse padrão pressupõe que a responsabilização só seria possível pela produção de “evidências claras e convincentes”⁴⁹⁷, em outras palavras, que a ocorrência dos fatos alegados seja altamente provável⁴⁹⁸.

Trinta e cinco estados adotaram esse padrão de alguma forma. Já o estado de Colorado, especificamente, adotou o padrão mais rígido previsto pelo direito penal (“*beyond a reasonable doubt*”). Embora não haja pesquisas empíricas que demonstrem que a alteração do padrão probatório (que é instruído ao júri) impacte o resultado dos julgados, o intuito por trás desta mudança é dificultar a imposição da indenização punitiva⁴⁹⁹.

2.3.4 Determinação do *quantum indenizatório*

O júri em regra possui uma discricção grande na determinação do montante de uma indenização punitiva. Ainda assim, vários fatores são comumente utilizados nessa quantificação, almejando a concretização das funções do instituto⁵⁰⁰. O *Restatement (Second) of Torts* propunha a consideração dos seguintes fatores: “(1) a natureza e o grau da conduta ilícita do lesante; (2) a natureza e o grau do dano sofrido pelo lesado; e (3) a

⁴⁹⁷ No original: “*clear and convincing evidence*”.

⁴⁹⁸ MARKEL, *How should...*, 2009, p. 1436-1437; SEBOK, 2009, p. 184. Cf. BELLI SR., 1980, p. 18 (recapitulando legislação federal que previa a utilização do padrão de “evidências claras e convincentes” na aplicação da indenização punitiva em casos de responsabilidade por fato do produto); REYNOLDS JR., Hugh E. Indiana supreme court applies clear and convincing evidence standard to claims for punitive damages arising out of breach of contract. *The Construction Lawyer*, Chicago, v. 4, n. 1, p. 16-17, 1983 (descrevendo como a Suprema Corte de Indiana utilizava o padrão de “evidências claras e convincentes” na aplicação da indenização punitiva em ilícitos decorrentes de inadimplementos contratuais); OWEN, 1994, p. 382-383 (defendendo a adoção do padrão de “evidências claras e convincentes” não só como apropriado, mas como necessário, uma vez que os ilícitos passíveis de punição também possuem natureza intermediária entre o direito civil e o direito penal); MARKEL, *Retributive...*, 2009 (defendendo, dentre outras garantias, a utilização desse padrão em sua proposta de reformulação da indenização punitiva).

⁴⁹⁹ SEBOK, *loc. cit.*

⁵⁰⁰ BELLI SR., 1980, p. 11.

condição econômica do lesante”⁵⁰¹. Além dos aportes jurisprudenciais, analisados nos itens subsequentes, várias propostas doutrinárias foram feitas buscando um aprimoramento ou completa reestruturação dessas balizas⁵⁰².

Todos os estados preveem a possibilidade de revisão judicial do montante indenizatório conferido a título punitivo, por razão de excesso, caso o montante deferido não pareça razoável diante das evidências do caso concreto ou caso não se enquadre nos padrões pré-estabelecidos pelos estados. Em que pese essa possibilidade, muitos estados não veem com bons olhos a prerrogativa de reverter determinações do júri, provavelmente decorrente da importante função representativa por ele cumprida no ordenamento jurídico dos Estados Unidos⁵⁰³.

Na prática judiciária, a determinação do montante indenizatório é, possivelmente, o elemento mais variado na aplicação da indenização punitiva no país. Os diferentes métodos ou princípios utilizados na determinação do montante variam quanto à discricão que é entregue ao responsável por essa determinação (em regra o júri, em poucos casos específicos

⁵⁰¹ *Restatement (Second) of Torts*, 1979, § 908(2); OWEN, 1989, p. 731. No original: “(1) the nature and degree of the defendant’s wrongdoing; (2) the nature and degree of the plaintiff’s harm; and (3) the defendant’s wealth”

⁵⁰² BELLIS, 1980, p. 11-14 (acrescentando a correlação da indenização punitiva com a indenização compensatória como um fator a ser considerado – acerca disso, cf. item 2.3.4.2, abaixo); DOBBS, 1989, 868-908 (propondo uma reestruturação radical do instituto e uma metodologia de quantificação da indenização baseada em apenas dois fatores: nos *gain-based damages* – v. pág. 68, nota 193 – ou seja, buscando remover o lucro auferido pelo réu; e na reparação dos custos do litígio); KUKLIN, 1989, p. 85-106 (argumentando que a quantificação da indenização sempre fora tortuosa e propondo taxonomia que dividisse diferentes indenizações com base nas próprias funções do instituto).

⁵⁰³ SEBOK, 2009, p. 188.

o juiz⁵⁰⁴). A abordagem mais ampla confere discricção absoluta na determinação do montante indenizatório⁵⁰⁵. Oito estados diferentes seguem essa abordagem⁵⁰⁶.

As demais abordagens são mais restritivas em relação à discricção do júri na determinação do montante indenizatório, cada qual em grau distinto. Como exemplo, o estado do Maine também confere ampla liberdade ao júri, mas dá alguma orientação mínima. Já as cortes de Kentucky, Louisiana, Minnesota, Mississippi, Dakota do Sul, e Tennessee igualmente evitam limitar a discricionariedade do júri, mas provêm uma lista detalhada de fatores a serem considerados, especialmente em revisões judiciais dos valores. O estado de Dakota do Sul estipulou os seguintes cinco fatores: (1) a condição econômica do lesante; (2) a proporção entre a indenização compensatória e a indenização punitiva; (3) a natureza e a gravidade do ilícito; (4) o grau de culpabilidade do lesante; e (5) todos os demais fatores relevantes. Esses fatores foram expandidos pelos demais estados de Louisiana, Minnesota, Mississippi, e Tennessee que incluíram também: a duração da conduta do lesante; o lucro auferido pelo ilícito; e se o lesante tomou medidas corretivas, visando a mitigar o dano causado⁵⁰⁷.

Dentre essas abordagens, dois são os fatores centrais para caracterizar suas diferenças na quantificação do montante devido a título de indenização punitiva: a consideração acerca da condição econômica do lesante e a questão da proporcionalidade entre a indenização compensatória e a indenização punitiva.

⁵⁰⁴ Exemplo do estado de Ohio, em que o júri determina apenas a responsabilidade do lesante (se a indenização punitiva é cabível ou não no caso concreto), e o montante indenizatório é deixado a cargo do juiz (SEBOK, 2009, p. 319).

⁵⁰⁵ SEBOK, 2009, p. 184-185. Igualmente, OWEN, 1994, p. 387, ressaltando que os problemas bastante reais em se encontrarem bases amplamente aceitas para uma quantificação apropriada da indenização punitiva fizeram com que os poderes legislativo ou judiciário estaduais adotassem variadas abordagens buscando reduzir ou remover a discricção do responsável pela quantificação dessa indenização.

⁵⁰⁶ São eles: Hawaii, Kansas, Minnesota, New York, Rhode Island, Carolina do Sul, Vermont, e Wisconsin (SEBOK, 2009, p. 311-322).

⁵⁰⁷ SEBOK, 2009, p. 185.

2.3.4.1 Condição econômica do réu

Enquanto alguns doutrinadores afirmam que a condição econômica do réu não deve ser levada em consideração na determinação da indenização punitiva, outros argumentam que eliminar essa consideração acabaria por minar as funções punitiva e dissuasória do instituto⁵⁰⁸.

Apenas os estados de Colorado e de Dakota do Norte não permitem a consideração sobre a situação financeira do lesante. Em contraste, a maioria dos estados possibilita essa consideração apenas como um fator potencial na determinação da aplicabilidade e do *quantum* da indenização punitiva⁵⁰⁹, enquanto outros requerem que ela seja o foco da quantificação do montante indenizatório⁵¹⁰.

Um número crescente de estados vem adotando transformações legislativas, movidos por proponentes da *tort reform*, visando a limitar a utilização da condição econômica do réu como fator da quantificação da indenização punitiva. Essa limitação mais comumente se manifesta possibilitando a avaliação da situação financeira do réu apenas quando já

⁵⁰⁸ ROBBENOLT, 2002, p. 124. Cf. ABRAHAM, Kenneth S.; JEFFRIES JR., John C. Punitive damages and the rule of law: the role of the defendant's wealth. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 18, n. 2, p. 415-425, jun. 1989 (defendendo que a condição econômica do réu é irrelevante para se atingir o objetivo de desestimular condutas socialmente indesejáveis, e sua consideração é imprópria para atingir um fim retributivo; além de constituir uma ameaça à segurança jurídica); SCHWARTZ, BEHRENS, MASTROSIMONE, 1999, p. 1019-1023 (defendendo que evidências sobre a situação financeira do réu podem levar a indenizações enviesadas ou de alguma forma passionais, e que os argumentos que defendem a manutenção dessa análise não são corretamente concebidos). Ver também pág. 132, nota 425, do presente estudo, para o argumento de Dobbs que a consideração da condição econômica do réu não é indispensável para se cumprir uma dissuasão específica. Em sentido oposto: ARLEN, Jennifer H. Should defendants' wealth matter? *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 21, n. 2, p. 413-429, jun. 1992, p. 414-415.

⁵⁰⁹ No exemplo do Alaska, Delaware, Iowa, Utah, e Wisconsin.

⁵¹⁰ SEBOK, 2009, p. 186. É o caso do Maine, que defende que a condição econômica do réu deve ser utilizada para garantir que a aplicação da indenização punitiva o afete de maneira adequada, a fim de cumprir sua função punitiva e dissuasória. É também o caso da Califórnia, que pressupõe que essa consideração seja crítica para a aplicação da indenização punitiva (*Ibid.*).

houver sido devidamente provado pelo autor o cabimento de uma indenização punitiva⁵¹¹.

2.3.4.2 Proporcionalidade entre a indenização punitiva e a indenização compensatória

A questão da correlação entre a indenização punitiva e a indenização compensatória na determinação do montante indenizatório é mais um dos pontos controvertidos do instituto, uma vez que se considerou que indenizações punitivas em montantes exorbitantes (e, conseqüentemente, completamente descolados do dano sofrido pelo lesado no caso concreto) poderiam ferir o princípio constitucional do devido processo legal. Essa questão será mais detidamente analisada no subseqüente item 2.4, que aborda a discussão e os posicionamentos da Suprema Corte sobre a constitucionalidade do instituto (em que a correlação entre as indenizações – compensatória e punitiva – figura como cerne da discussão).

Doutrinariamente, é possível afirmar que durante muito tempo se defendeu que era necessário que houvesse uma “proporção razoável” entre a indenização compensatória (ou, mais propriamente para alguns, entre o dano efetivamente sofrido pelo lesado) e a indenização punitiva, mesmo sem que se determinasse qualquer proporção pré-estabelecida⁵¹². Esse princípio não era geralmente utilizado como instrução ao júri, mas sim pelos juízes de primeiro grau ou pelas cortes de apelação em posteriores revisões no valor da indenização⁵¹³.

⁵¹¹ *Ibid.* É o caso de: Alabama, Arkansas, California, Iowa, Maryland, Montana, Nevada, Oregon, Tennessee, e Utah.

⁵¹² BELL SR., 1980, p. 11-12; ELLIS JR., 1982, p. 58. No original: “*reasonable relationship*”.

⁵¹³ ELLIS JR., 1982, p. 58. O autor critica que, do ponto de vista teórico, e assumindo que a indenização punitiva constitua uma sanção de cunho moral, o princípio da “*reasonable relationship*” poderia gerar efeitos adversos, uma vez que a consideração do dano efetivo sofrido pelo lesado pode ajudar, no máximo, com uma medição grosseira do grau de reprovabilidade da conduta do lesante (*Ibid.*). Crítica semelhante em MORRIS, Clarence. Punitive damages in tort cases. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 44, n. 8, p.1173-1209, jun. 1931, p. 1209, afirmando que a “*ratio test*”, que aconselha a quantificação da indenização punitiva em proporção ao dano causado pode gerar indenizações severas em situações em que a leniência seria desejável, e vice-versa.

Muitos estados⁵¹⁴ exigem que a indenização punitiva guarde essa proporção razoável com a indenização compensatória. Alguns desses, inclusive, determinam limites mais expressos, como é o caso de Colorado ou de Oklahoma, que proíbem expressamente que a indenização punitiva exceda o montante da indenização compensatória⁵¹⁵.

Já outros estados, no exemplo de Kentucky, Missouri, e New Jersey preconizam que haja, sim, uma proporção razoável – mas não com a indenização compensatória, e sim com o dano efetivamente sofrido⁵¹⁶. Utah, singularmente, abarca os dois ideários e aponta a necessidade de uma proporção razoável tanto com a indenização compensatória, quanto com a natureza do ato ilícito e a extensão do dano⁵¹⁷.

Mesmo os estados que reconhecem a necessidade de correlação entre a indenização punitiva e a indenização compensatória parecem interpretar extensivamente essa regra. Essa tendência de construir razões mais “flexíveis” entre as indenizações punitiva e compensatória decorre da tentativa de punir o lesante pela extensão completa do dano causado e dos potenciais danos futuros decorrentes da mesma conduta – ainda que não abarcados pela indenização compensatória – em oposição à utilização do próprio montante compensatório como referencial de cálculo⁵¹⁸.

⁵¹⁴ Dentre eles: Arizona, Arkansas, California, Colorado, Delaware, Florida, Iowa, Maryland, Pennsylvania, e West Virginia (SEBOK, 2009, p. 311-322). A Corte de Apelações de West Virginia, seguindo os princípios estabelecidos pelo caso *Haslip*, determinou: “como questão de justiça fundamental, a indenização punitiva deve guardar alguma relação razoável com a indenização compensatória” (RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1271). No original: “*as a matter of fundamental fairness, the punitive damages should bear a reasonable relationship to compensatory damages*”.

⁵¹⁵ SEBOK, 2009, p. 187, 319.

⁵¹⁶ A diferença, como já se apontou, é que muitos elementos “intangíveis” do dano sofrido acabam não sendo abarcados pela indenização compensatória.

⁵¹⁷ SEBOK, 2009, p. 311-322.

⁵¹⁸ SEBOK, 2009, p. 187. Daí também: a determinação de alguns estados de que a proporcionalidade seja julgada não diante da indenização compensatória determinada, mas sim diante do dano efetivamente sofrido (v. nota 516, acima); e a constatação de que uma das peculiaridades mais notáveis da aplicação da indenização punitiva pelas cortes inferiores é o quão maleável é o montante da indenização compensatória para um juiz que busca atingir uma proporção mais adequada entre as indenizações (v. pág. 178, nota 611).

Alguns estados trabalham a indenização punitiva de maneira ainda mais restrita, levando a correlação entre as indenizações a níveis mais extremos, e possibilitando uma indenização punitiva apenas quando em conjunto com uma espécie determinada de indenização compensatória. É o caso de New Hampshire. Conclui-se que a indenização, quando assim aplicada, não busca dissuadir ou punir o lesante, e sim permitir que o lesado seja indenizado por danos de outra forma não reparáveis – como “danos emocionais” ou “violações à sua dignidade”⁵¹⁹, a exemplo do que se analisou ao item 2.2.4 (Função compensatória).

2.3.4.3 *Split-recovery* – indenização compartilhada ou repartida

Uma vez que é permitido que se puna, através da indenização punitiva, uma violação a interesse público⁵²⁰, muitos autores concluem que não há necessidade de que o total do *quantum* indenizatório seja recebido pelo lesado, apenas uma quantia suficiente para “atraí-lo” a propor a ação⁵²¹. Várias justificativas foram utilizadas na prática pelos estados para criar previsões estatutárias do que é chamado de indenização repartida (“*split-recovery*”): desencorajar ações frívolas (caso de Illinois e Alaska); barrar o enriquecimento sem causa (Iowa); arrecadar verbas para o estado (caso da Florida em um estatuto já revogado; atualmente caso da Georgia, Utah, e Missouri, pelo que se depreende de comentadores); e, por fim, o simples raciocínio de que, se a indenização é conferida em resposta à violação de um interesse público, a indenização deveria ir, pelo menos parcialmente, para o fisco⁵²².

Uma variação desse último argumento é proposta por Catherine Sharkey, ao analisar um caso em que a Suprema Corte de Ohio aplicou uma regra de indenização repartida *ad hoc*. A autora sugere que se estipule a aplicação de uma indenização repartida apenas nos casos em que o dano cometido pelo réu atinja um coletivo de vítimas ou a sociedade⁵²³ (o

⁵¹⁹ SEBOK, 2009, p. 187-188. No original: “*injury to feelings*” e “*sense of indignity*”.

⁵²⁰ V. item 2.2.1.2, pág. 121.

⁵²¹ CALABRESI, Guido. The complexity of torts: the case of punitive damages. In: Madden, M. Stuart (Ed.). *Exploring tort law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Cap. 10. p. 333-351, p. 338.

⁵²² SEBOK, 2009, p. 177.

⁵²³ SHARKEY, Catherine. Punitive damages as societal damages. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 113, p. 347-453, out. 2003. O caso descrito pela autora

que não acontece, por exemplo, nos casos clássicos de indenização punitiva conferidos contra condutas insultantes ou humilhantes).

Oito estados contemporaneamente possuem estatutos estipulando indenizações repartidas. Georgia, Indiana, e Iowa, preveem que 75% da indenização punitiva conferida seja recolhida para fundos estatais⁵²⁴. Alaska, Missouri, e Utah, preveem que 50% da indenização punitiva conferida seja recolhida para fundos estatais. Oregon prevê 60%, a ser recolhido à *Criminal Injuries Compensation Account*. Já Illinois deixa a critério da corte a determinação de que porcentagem da indenização punitiva será paga ao autor, ao seu advogado, e ao *State of Illinois Department of Human Services*⁵²⁵.

Além desses oito estados, quatro outros já tiveram estatutos estipulando indenizações repartidas: Colorado, Florida, Kansas, e Nova Iorque. Kansas previa a indenização repartida apenas em casos de negligência médica, e deixou que tal lei expirasse em 1989. Nova Iorque também deixou que lei semelhante expirasse em 1994. A legislação da Flórida previa que, em ações envolvendo danos pessoais ou morte por conduta culposa, 60% da indenização punitiva fosse paga ao *Public Medical Assistance Trust Fund*, porém o estatuto foi revogado em 1995. Por fim, o estado de Colorado, em 1991, foi o único estado a ter sua lei de indenizações repartidas considerada inconstitucional pela Suprema Corte estadual⁵²⁶.

envolvia uma quantia substancial conferida a título punitivo contra uma seguradora. O júri concluiu que a seguradora havia negado cobertura para tratamentos de quimioterapia à (falecida) esposa do autor da ação, lhe conferindo \$2,5 milhões a título compensatório e \$49 milhões a título punitivo. A Suprema Corte de Ohio pronunciou-se afirmando que o valor ultrapassava as limitações previstas pelo estado (mas não os limites federais), reduzindo o *quantum* punitivo a \$30 milhões e estipulando que dois terços desse valor fossem pagos a um fundo de pesquisa dedicado a buscar a cura do câncer (*Id.*).

⁵²⁴ A Georgia prevê esse tipo de repartição apenas nos casos de responsabilidade por fato do produto, para evitar um enriquecimento sem causa por parte do autor da ação e beneficiar todos os cidadãos que poderiam ser lesados pelo produto. Já o Iowa só prevê o recolhimento da parcela estatal (ao *Civil Reparations Trust Fund*) quando a conduta do réu não foi dirigida especificamente ao lesado (SEBOK, 2009, p. 176).

⁵²⁵ SEBOK, 2009, p. 176-177.

⁵²⁶ SEBOK, 2009, p. 177.

2.3.4.4 *Caps on damages* – limites indenizatórios pré-estabelecidos

Com início na década de 90 e com o fortalecimento do movimento político pela *tort reform*, muitos estados promulgaram legislações limitando o montante indenizatório possível, em casos de indenizações punitivas⁵²⁷. Alguns estados buscaram atingir essa limitação pela imposição de um limite definido por um valor monetário absoluto. Outros, através de um limite equivalente a algum múltiplo da indenização compensatória. Outros ainda, por meio de alguma combinação desses fatores⁵²⁸.

Em 1999, o Alabama promulgou um estatuto que limitava a indenização punitiva a três vezes o valor da indenização compensatória ou US\$500.000,00, o que fosse maior. Além disso, previa limites menores para micro e pequenas empresas, maiores para danos físicos, e indenizações ilimitadas no caso de: ações coletivas, danos com resultado morte, e danos físicos dolosos. Estados como Alaska, Arkansas, Florida, e Dakota do Norte possuem legislações parecidas, alguns deles variando apenas no limite do múltiplo da indenização compensatória (prevendo o dobro da indenização compensatória como máximo, ao invés do triplo) ou no limite de valor absoluto (prevendo US\$250.000,00)⁵²⁹.

Alguns outros estados, como Kansas, Mississippi, e Montana impõem limites baseados na condição econômica do réu, no intuito de punilo apropriadamente pela conduta, mas não “aniquilá-lo financeiramente”⁵³⁰.

A doutrina, a seu turno, tradicionalmente rechaça a imposição de limites arbitrários à quantificação da indenização punitiva⁵³¹.

⁵²⁷ Os limites pré-estabelecidos promulgados nos Estados Unidos não afetaram exclusivamente a indenização punitiva: o estado da Georgia, por exemplo, possuiu legislação prevendo limite expresso às indenizações compensatórias. A lei foi posteriormente considerada inconstitucional (por violar o direito de *trial by jury*) e revogada (MCMICHAEL, Benjamin J. Constitutional limitations on punitive damages: ambiguous effects and inconsistent justifications. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 66, n. 3, p. 961-1013, 2013, p. 1011).

⁵²⁸ ROBBENOLT, 2002, p. 169.

⁵²⁹ SEBOK, 2009, p. 188.

⁵³⁰ *Ibid.*

⁵³¹ Cf. CADY, 1997 (desmitificando o argumento dos *tort reformers* de que haveria uma crise em matéria de responsabilidade civil, revelando efeitos discriminatórios na imposição de limites pré-estabelecidos à indenização punitiva, e pro-

Pesquisas sugerem ainda que a imposição de um limite específico e apriorístico à indenização pode ter o efeito contraditório de aumentar tanto o montante indenizatório quanto a variabilidade da concessão de uma indenização punitiva. Isso ocorreria por decorrência de um viés cognitivo que faz com que o responsável pela determinação do montante use o limite estipulado como uma “base” para a indenização⁵³². Limites pré-estabelecidos podem também ter efeitos paradoxais em estratégias de litigância, especialmente no que diz respeito aos acordos extrajudiciais⁵³³.

Provavelmente decorre disso o fato, apontado por Sebok como interessante e possivelmente contraditório e ineficiente, de que praticamente todos os estados que estabelecem limites à indenização punitiva também estabelecem provisões indicando que o júri não deve ser instruído sobre a existência dessa limitação⁵³⁴. Lembra-se que todos os estados preveem a possibilidade de revisão judicial do montante indenizatório conferido a título punitivo⁵³⁵.

2.4 Discussões sobre a constitucionalidade do instituto

Anteriormente no presente trabalho aludiu-se à necessidade de se discutirem de maneira mais detida os posicionamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o instituto da indenização punitiva, com implicações na apontada necessidade de uma proporcionalidade entre a quantificação das indenizações compensatória e punitiva. A prerrogativa constitucional que levou a Corte a se posicionar acerca do instituto foi a cláusula do devido processo legal⁵³⁶, em conjunto com o entendimento de que

pondo outros possíveis mecanismos de controle menos arbitrários); ROBBEN-NOLT, 2012, p. 159-166 (constatando que há uma dessincronia entre as propostas de reforma ao instituto e seus problemas operacionais).

⁵³² ROBBENNOLT, 2002, p. 171-173. Igualmente, MCMICHAEL, 2013, p. 994.

⁵³³ ROBBENNOLT, 2002, p. 174.

⁵³⁴ SEBOK, 2009, p. 188-189.

⁵³⁵ V. pág. 149, nota 503.

⁵³⁶ A Décima-Quarta Emenda da Constituição Federal dos Estados Unidos assim estabelece, em sua primeira Seção: “[t]odas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à jurisdição [do país], são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado em que residirem. Nenhum Estado poderá criar ou aplicar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; *nem deverá qualquer Estado privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal*; nem negar a qualquer pessoa em sua jurisdição uma igualitária proteção das leis” (grifou-se) (EUA, 1787, p. 26).

indenizações excessivas poderiam incorrer em uma possível violação a ela⁵³⁷.

De fato, em uma série de casos a partir do fim da década de 90, a Suprema Corte enfrentou a constitucionalidade da indenização punitiva e utilizou da cláusula do devido processo legal para estabelecer um arcabouço de regras procedimentais e materiais a reger a sua aplicação⁵³⁸. Simultaneamente, a Corte se mostrou cada vez mais incerta sobre as bases constitucionais deste instituto, e, assim, agiu buscando limitar o poder dos estados em regular a indenização punitiva por intermédio de leis locais⁵³⁹.

A evolução do posicionamento da Suprema Corte ocorreu especialmente no curso de seis casos⁵⁴⁰, dos quais, em conjunto com outros de menor relevância, passa-se à análise: (1) *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 1989; (2) *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 1991; (3) *TXO Product Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 1993; (4) *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 1996; (5) *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 2003; e (6) *Philip Morris USA v. Williams*, 2007.

O grifo é o que se intitula de cláusula do devido processo legal. Entende-se que a cláusula tem vertente dupla: uma, processual, que garante questões de acesso à justiça; outra, material, de conteúdo subjetivo, e cerne da maior das discussões envolvendo a constitucionalidade do instituto. No original: “[a]ll persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

⁵³⁷ Algo que já vinha aventado pela doutrina na década de 80 e no início da década de 90. Cf. ELLIS JR., 1982.

⁵³⁸ HUBBARD, F. Patrick. Substantive due process limits on punitive damages awards: "morals without technique"? *Florida Law Review*, Gainesville, v. 60, n. 2, p. 349-399, abr. 2008, p. 350.

⁵³⁹ SEBOK, 2009, p. 189.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

2.4.1 À espera do caso apropriado e a inaplicabilidade da cláusula de vedação a multas excessivas

Aponta-se que a primeira sugestão de que uma indenização punitiva arbitrária ou com um montante extremamente vultoso poderia levantar dúvidas acerca da constitucionalidade do instituto ocorreu na decisão da Suprema Corte no caso *Aetna Life Insurance Company v. Lavoie*, de 1986. O caso, que discutia a recusa de má-fé no pagamento de US\$1.400,00 por parte da seguradora, um júri do Alabama concedeu uma indenização punitiva no montante de US\$3,5 milhões. A Suprema Corte do Alabama negou a apelação da seguradora, e ratificou o valor concedido pelo júri. A Suprema Corte dos Estados Unidos acabou revertendo a decisão, mas com base em outra questão procedimental, não analisando a afirmação da seguradora de que a indenização violaria ou a Oitava Emenda⁵⁴¹ (que contém a cláusula de vedação a multas excessivas), ou a Décima-Quarta Emenda (que contém a cláusula do devido processo legal), da Constituição do país. A Corte anotou, porém, que se levantavam “questões importantes que, em momento oportuno, deveriam ser resolvidas”⁵⁴².

A segunda chance da Corte de se manifestar sobre o assunto veio em 1988, no caso *Banker's Life & Casualty Co. v. Crenshaw*, outro caso envolvendo uma seguradora que, determinou-se, agiu de má-fé. O júri concedeu uma indenização de US\$20.000,00 a título compensatório e de US\$1,6 milhões a título punitivo. Diante da Suprema Corte, o réu arguiu

⁵⁴¹ A Oitava Emenda assim estabelece: “[n]ão será exigida fiança excessiva, *nem impostas multas excessivas*, nem infligidas punições cruéis ou incomuns” (grifou-se) (EUA, 1787, p. 24). O aspecto civil relevante dessa emenda, grifado, é intitulado de “*excessive fines clause*” (literalmente, “cláusula de multas excessivas”). Por uma questão de clareza, opta-se por traduzir o termo como “cláusula de vedação a multas excessivas”. No original: “[e]xcessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”.

⁵⁴² VOLZ, William H.; FAYZ, Michael C. Punitive damages and the due process clause: the search for constitutional standards. *University of Detroit Mercy Law Review*, Detroit, v. 69, p. 459-543, 1992, p. 465-466; HINES, Laura J. Constitutional constraints on punitive damages: clarity, consistency, and the outlier dilemma. *The Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 66, p. 715-738, 2015, p. 1262. A Suprema Corte baseou sua decisão no fato de que um dos juízes da causa originária possuía duas ações correntes contra a empresa, originalmente ré, e se recusara a se dar por impedido (VOLZ, FAYZ, *loc. cit.*)

que a indenização punitiva imposta violava as cláusulas do devido processo legal, contratual⁵⁴³, e de vedação a multas excessivas estabelecidas pela Constituição. A Suprema Corte, entretanto, constatou que o réu não havia prequestionado corretamente essas questões, e inadmitiu o recurso⁵⁴⁴.

O primeiro caso a ter um impacto mais expressivo ocorreu no ano seguinte: *Browning-Ferris Industries of Vermont Inc. v. Kelco Disposal Inc.*, de 1989. A empresa Kelco acionou judicialmente a empresa Browning-Ferris alegando violações a uma lei federal antitruste e condutas ilícitas da apelante decorrentes de seus esforços em controlar o mercado de eliminação de resíduos na cidade de Burlington. O júri concedeu uma indenização compensatória de US\$51.000,00 e uma indenização punitiva de US\$6 milhões. O recurso por parte da Browning-Ferris à Suprema Corte se fundou expressamente na violação à cláusula de vedação a multas excessivas prevista pela Oitava Emenda. A Suprema Corte, analisando a questão, concluiu que a emenda dizia respeito exclusivamente a multas impostas pelo Estado, não indenizações concedidas entre particulares. Uma possível violação ao devido processo legal foi arguida pela empresa, mas não analisada pela Corte por não ter sido adequadamente prequestionada. Mesmo assim, todos os juízes expressaram preocupações nesse sentido, sugerindo que o devido processo legal poderia um dia ser interpretado com vistas a impor um limite ao montante indenizatório concedido pelo júri⁵⁴⁵.

A Corte afirmou, *in verbis*, que

mesmo que estivéssemos preparados para estender o escopo da Cláusula de [Vedação a] Multas Excessivas [...], não estaríamos persuadidos a fazê-lo no campo da indenização punitiva em matéria de

⁵⁴³ A cláusula contratual vem prevista pelo Art. I, Seção 10, cláusula 1ª da Constituição Federal dos Estados Unidos, e proíbe que os estados promulguem qualquer lei que retroativamente comprometa direitos contratuais (EUA, 1787, p. 8).

⁵⁴⁴ VOLZ, FAYZ, 1992, p. 467; CADY, 1997, p. 1014.

⁵⁴⁵ DANIELS, MARTIN, 1991, p. 5; OWEN, 1994 p. 401 CADY, 1997, p. 1015; REDISH, Martin H.; MATHEWS, Andrew L. Why punitive damages are unconstitutional. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 53, n. 1, p. 1-54, 2004, p. 7; ZIPURSKY, Benjamin C. A theory of punitive damages. *Texas Law Review*, Austin, v. 84, p. 105-171, 2005, p. 110-112; HUBBARD, 2008, p. 352; SEBOK, 2009, p. 189. Em contraponto, cf. MASSEY, 1987 (predatando esse julgado, e defendendo a aplicabilidade da Oitava Emenda à indenização punitiva).

direito privado [...] [a] Oitava Emenda impõe limites nas atitudes que um governo pode tomar contra um indivíduo, seja ao colocá-lo na prisão, ou ao impor sanções monetárias excessivas, ou ao utilizar punições cruéis e incomuns [...] Embora concordemos com os apelantes que a indenização punitiva busque cumprir as funções punitiva e dissuasória, que também são funções almeçadas pelo direito penal, não vemos o porquê dessa interseção requerer que apliquemos a Cláusula de [Vedação a] Multas Excessivas em uma ação envolvendo entes privados⁵⁴⁶.

Voto divergente notável (especialmente por suas posteriores manifestações sobre o assunto) foi o da juíza Sandra O'Connor, que tentara inicialmente persuadir a Corte a aplicar a Oitava Emenda à indenização punitiva em casos de responsabilidade civil, já que acreditava que a cláusula de vedação a multas excessivas protegia não só os réus criminais como também os réus civis⁵⁴⁷.

2.4.2 O foco no devido processo legal e a relutância da Suprema Corte em reformar indenizações punitivas

A cláusula do devido processo legal foi finalmente enfrentada pela Corte dois anos depois, no caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, de 1991. Nele, a Suprema Corte definiu que, ao contrário da cláusula de multas excessivas, o devido processo legal (mais precisamente, sua violação) consistia em embasamento constitucional válido para reformar

⁵⁴⁶ *Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal, Inc.*, 1989; CADY, 1997, p. 1015. No original: “even if we were prepared to extend the scope of the Excessive Fines Clause [...], we would not be persuaded to do so with respect to cases of punitive damages awards in private civil cases [...] [T]he Eight Amendment places limits on the steps a government may take against an individual, whether it be keeping him in prison, imposing excessive monetary sanctions, or using cruel and unusual punishment [...] While we agree with petitioners that punitive damages advance the interests of punishment and deterrence, which are also among the interests advanced by the criminal law, we fail to see how this overlap requires us to apply the Excessive Fines Clause in a case between private parties”.

⁵⁴⁷ SEBOK, 2009, p. 189.

decisões que concedessem indenizações punitivas arbitrárias ou excessivas⁵⁴⁸. Não obstante tal posicionamento, o entendimento continuou sendo puramente hipotético, uma vez que a Corte, por 7-1, determinou que a aplicação da indenização punitiva no caso em análise respeitava as condições constitucionais necessárias⁵⁴⁹.

Concluiu-se que:

(1) a imposição da indenização punitiva em caso de responsabilidade por fato de terceiro não era fundamentalmente injusta, (2) o método estabelecido jurisprudencialmente para determinar a indenização punitiva não era, *per se*, inconstitucional, e (3) a indenização punitiva concedida no caso em análise, em um montante aproximadamente quatro vezes maior que a indenização compensatória, não era tão desproporcionalmente vultosa a ponto de violar o devido processo⁵⁵⁰.

Outrossim, o juiz Blackmun, relator, confrontou a cláusula do devido processo legal com o método convencional de quantificação da indenização punitiva. O método consistia na determinação, por parte do júri, do montante que o réu deveria pagar, baseado na gravidade do dano e na necessidade de dissuadir condutas ilícitas similares – determinação posteriormente revisada pelo juiz da causa e pela corte de apelações. Com base nisso, concluiu que especificamente a metodologia utilizada pelo Alabama na quantificação da indenização punitiva não era inconstitucional, pois não lhe faltavam critérios objetivos⁵⁵¹. Além disso, apontou que

⁵⁴⁸ HUBBARD, 2008, p. 352; SEBOK, 2009, p. 189; HINES, 2015, p. 1262.

⁵⁴⁹ HINES, 2015, p. 1262.

⁵⁵⁰ OWEN, 1994, p. 401-402. No original: “(1) *the imposition of punitive damages on a vicarious liability basis is not fundamentally unfair, (2) the common-law method for determining punitive damages is not per se unconstitutional, and (3) the punitive damages award in the case, about four times larger than the compensatory damages verdict, was not so disproportionately large as to violate due process*”.

⁵⁵¹ REDISH, MATHEWS, 2004, p. 7; HUBBARD, 2008, p. 352-353; SEBOK, 2009, p. 189. Hubbard destaca que o método do Alabama, especificamente, envolvia: (1) instruções e regras probatórias visando estruturar e limitar a discricão do júri na determinação da indenização punitiva, e (2) uma lista de fatores relevantes detalhados para ser utilizada pelos juízes na revisão dos valores estabelecidos pelo júri (HUBBARD, *loc. cit.*)

a razão aproximada de 4:1 entre a indenização punitiva e a indenização compensatória seria “próxima da linha” do excesso constitucional em casos de responsabilidade civil⁵⁵².

Todavia, o próprio relator reconheceu que tal método, já utilizado durante anos, não se presumiria sempre compatível com o devido processo legal⁵⁵³. Assim, a Corte indicou que o devido processo legal requirava a existência de uma sistematização na aplicação da indenização punitiva e que a outorga de discricionariedade absoluta ao júri poderia acarretar violações a esse princípio⁵⁵⁴.

A Corte buscou então limitar indenizações punitivas que fossem gravemente excessivas⁵⁵⁵. Para isso, ratificou os fatores previamente estabelecidos e utilizados pela Suprema Corte do Alabama na revisão judicial de indenizações punitivas – na consideração sobre se determinada indenização guardava uma correlação razoável com seus objetivos punitivo e dissuasório⁵⁵⁶. Os fatores incluíam:

(a) se há uma correlação razoável entre o montante da indenização punitiva concedido e o dano que provavelmente resultará da conduta do réu, assim como o dano que já ocorreu; (b) o grau de repreensibilidade da conduta do réu, a duração dessa conduta, o grau de consciência do réu acerca de sua conduta, qualquer tentativa de ocultar a conduta, e a existência e frequência de condutas similares no passado; (c) a lucratividade dessa conduta e o interesse social em remover do réu esse lucro e fazê-lo

⁵⁵² HINES, 2015, p. 1262.

⁵⁵³ SEBOK, 2009, p. 189.

⁵⁵⁴ OWEN, 1994, p. 402; CADY, 1997, p. 1016. A Corte assim afirmou: “deve-se concordar que discricção ilimitada garantida ao júri – ou discricção ilimitada garantida ao juiz – na fixação da indenização punitiva pode atrair resultados extremos que abalem as sensibilidades constitucionais” (*Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 1991; CADY, *loc. cit.*). No original: “[o]ne must concede that unlimited jury discretion – or unlimited judicial discretion for that matter – in the fixing of punitive damages may invite extreme results that jar one’s constitutional sensibilities”.

⁵⁵⁵ MCMICHAEL, 2013, p. 965.

⁵⁵⁶ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1311. Os fatores em questão, após a ratificação de Blackmun, e, por conseguinte, da própria Suprema Corte, passaram a ser conhecidos como “os fatores *Haslip*” (“*the Haslip factors*”).

também sofrer um prejuízo; (d) a “posição financeira” do réu; (e) todos os custos do litígio; (f) a imposição de sanções criminais ao réu pela mesma conduta, que devem mitigar a indenização devida; e (g) a existência de outras indenizações civis contra o réu pela mesma conduta, também devendo mitigar a indenização devida⁵⁵⁷

O juiz Scalia, que votou com o relator pela manutenção da indenização punitiva imposta, ressaltou algumas discordâncias com a opinião majoritária. O juiz destacou algumas possíveis inconsistências na opinião da maioria, apenas para apontá-las como irrelevantes, já que em sua opinião a cláusula do devido processo legal nunca poderia ser utilizada para reformar uma imposição de indenização punitiva, uma vez que a prática de se conceder esse tipo de indenização pré-datava em muitos anos a adoção da Décima-Quarta Emenda⁵⁵⁸.

Sebok ressalta que tanto o juiz Scalia quanto a juíza O'Connor (que foi novamente o voto vencido no caso) notaram, por motivos muito diferentes, que não era claro qual seria o “critério objetivo” que o juiz Blackmun havia encontrado no procedimento realizado pelo Alabama. A juíza

⁵⁵⁷ *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 1991; RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1311; CADY, 1997, p. 1016-1017. No original: “(a) whether there is a reasonable relationship between the punitive damages award and the harm likely to result from the defendant's conduct as well as the harm that actually has occurred; (b) the degree of reprehensibility of the defendant's conduct, the duration of that conduct, the defendant's awareness, any concealment, and the existence and frequency of similar past conduct; (c) the profitability to the defendant of the wrongful conduct and the desirability of removing that profit and of having the defendant also sustain a loss; (d) the “financial position” of the defendant; (e) all the costs of litigation; (f) the imposition of criminal sanctions on the defendant for its conduct, these to be taken in mitigation; and (g) the existence of other civil awards against the defendant for the same conduct, these also to be taken in mitigation”.

Cady destaca que embora os fatores sejam abertos em escopo e não possam aplicação definitiva, continuariam sendo úteis uma vez que não se pudesse estabelecer uma regra determinística para a razoabilidade constitucional de uma indenização punitiva em particular (CADY, *loc. cit.*). Igualmente destacando que a Corte nesse momento se recusou a estabelecer uma razão matemática que separasse uma indenização constitucionalmente aceitável de uma constitucionalmente inaceitável, MCMICHAEL, 2013, p. 965.

⁵⁵⁸ HINES, 2015, p. 1262.

O'Connor, em seu segundo voto divergente nessa série de casos, apontou que o júri não recebeu qualquer instrução sobre que tipo de relação deveria – ou não – existir entre o dano causado e o montante indenizatório, nem como medir o efeito dissuasório de uma indenização particular, nem informações sobre quais multas criminais são aplicáveis para condutas comparáveis, ou quais indenizações punitivas foram anteriormente concedidas em casos similares. Ela argumentou, por fim, que tamanha discricionariedade na mão do júri os faz verdadeiros legisladores, não julgadores⁵⁵⁹.

No terceiro caso relevante, *TXO Product Corp. v. Alliance Resources Corp.*, de 1993, a Suprema Corte retrocedeu em sua posição estabelecida dois anos antes, no caso *Haslip*⁵⁶⁰. O caso dizia respeito a um esquema fraudulento realizado pela empresa TXO que almejava difamar a empresa Alliance⁵⁶¹. Mais uma vez, a Corte reafirmou sua posição de que uma indenização gravemente excessiva era vedada pela cláusula do devido processo legal⁵⁶². Não obstante tal posicionamento, concluiu que a indenização punitiva de US\$10 milhões concedida, em um caso em que a indenização compensatória era de apenas US\$19.000,00 (em uma razão de aproximadamente 526:1), não era gravemente excessiva⁵⁶³.

O raciocínio que levou a Corte a concluir que a indenização não era gravemente excessiva envolveu utilizar não a indenização compensatória e o dano efetivamente sofrido pela Alliance, mas sim o dano que ela “potencialmente sofreria” caso o esquema fraudulento da TXO tivesse

⁵⁵⁹ SEBOK, 2009, p. 190. Em igual sentido ZIPURSKY, 2005, p. 114-115. Volz e Fayz argumentam que a posição mais historicamente consistente é da juíza O'Connor, muito embora suas convicções a tenham ulteriormente deixado como único voto divergente no caso *Haslip* (VOLZ, FAYZ, 1992, p. 471).

⁵⁶⁰ OWEN, 1994, p. 402; CADY, 1997, p. 1017. Curioso notar como, em momento mais próximo àquela decisão, Owen qualifica o retrocesso como “substancial”. Alguns anos mais tarde, e diante de nova manifestação da Suprema Corte, Cady qualifica o retrocesso como “leve”.

⁵⁶¹ RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1271. O intuito da difamação cometida pela TXO era impactar as ações da empresa Alliance, visando reduzir seu valor de mercado, e, consequência disso, reduzir também o valor da dívida que (a TXO) havia contraído (com a Alliance).

⁵⁶² REDISH, MATHEWS, 2004, p. 8; HUBBARD, 2008, p. 353.

⁵⁶³ OWEN, 1994, p. 402; CADY, 1997, p. 1017; ZIPURSKY, 2005, p. 115-116; HUBBARD, 2008, p. 353; SEBOK, 2009, p. 190; MCMICHAEL, 2013, p. 965-966.

sido bem-sucedido – e assim transformar a razão concreta de 526:1 em uma razão hipotética de 10:1⁵⁶⁴.

Um dos pontos duramente criticados da decisão foi a dispensa, por parte da Suprema Corte, de que os juízos de primeiro grau explicitassem, de forma escrita, as razões que os levaram a ratificar determinada indenização⁵⁶⁵. Apontou-se que remover a necessidade de explicar as decisões poderia ter o infeliz efeito de enfraquecer mais sistemicamente a estrutura estabelecida pelo caso *Haslip*, que começara a garantir que os julgados que concedessem indenizações punitivas se baseassem em considerações adequadas; fazendo com que tanto os juízos de primeira instância quanto as cortes de apelação pudessem confortavelmente regredir para seu hábito “pré-*Haslip*” de abdicar de qualquer coisa que não um mero semblante de controle judicial sobre as decisões do júri em casos de indenizações punitivas⁵⁶⁶.

Além disso, outro possível impacto negativo da decisão é, como o juiz Scalia observou com algum humor, que o critério que a Suprema

⁵⁶⁴ HINES, 2015, p. 1262. No caso TXO, o juiz Richard Neely examinou todas as apelações envolvendo indenizações punitivas decididas desde o caso *Haslip*, buscando concluir em quais tipos de caso a indenização era mais comumente confirmada em sede recursal, focando-se, nesta análise, na relação entre a indenização compensatória e a punitiva. O juiz concluiu que razões mais altas (entre as indenizações) se correlacionavam com casos de ilícitos cometidos intencionalmente, pelos réus “verdadeiramente maus”. Os ilícitos acidentais, cometidos por réus “estúpidos”, eram vistos com olhar mais empático pelas cortes de apelação. Julgando o caso concreto, Neely concluiu que as ações da TXO eram maliciosas e claramente intencionais, e defendeu que “em casos em que o réu tenha intencionalmente cometido atos maliciosos e danosos [...] mesmo indenizações punitivas 500 vezes maiores do que as indenizações compensatórias não são, *per se*, inconstitucionais sob [a regra estipulada pelo caso] *Haslip*” (RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1273-1274). No original: “[w]here the defendant has intentionally committed mean-spirited and harmful acts [...] even punitive damages 500 times greater than compensatory damages are not *per se* unconstitutional under *Haslip*”.

⁵⁶⁵ OWEN, 1994, p. 403; CADY, 1997, p. 1017. A partir dessa dispensa, seria difícil conceber como a Suprema Corte poderia esperar que as cortes de apelação pudessem cumprir o que era requisitado pelo caso *Haslip* e justificar que a indenização que estavam confirmando dizia respeito a um réu em particular que era de fato altamente culpável (OWEN, *loc. cit.*). Por conseguinte, tal dispensa só faria com que as cortes de apelação mostrassem mais deferência ao que fosse decidido nos juízos originários (CADY, *loc. cit.*).

⁵⁶⁶ OWEN, 1994, p. 404.

Corte parecia estar endossando para o futuro era a confirmação de indenizações punitivas “que não fossem piores do que a do caso *TXO*”⁵⁶⁷.

2.4.3 O devido processo legal utilizado para reformar indenizações punitivas

O primeiro caso em que a Suprema Corte reverteu uma decisão com base na cláusula do devido processo legal não teve grande repercussão nem é mencionado pela grande maioria dos doutrinadores porque tratou da cláusula constitucional especificamente em sua vertente processual, não material⁵⁶⁸. Trata-se de *Honda Motor Co. v. Oberg*, de 1994, um caso de responsabilidade por fato do produto envolvendo um defeito de *design* em um veículo de três rodas que capotou e acarretou sérias lesões ao autor da causa originária, Oberg. O júri lhe concedeu uma indenização compensatória de US\$900.000,00 (valor que foi reduzido em 20%, parcela para que o júri considerou que o autor teria concorrido na produção do resultado) e uma indenização punitiva de US\$5 milhões⁵⁶⁹.

Ocorre que o caso só chegou à Suprema Corte do país porque a Suprema Corte de Oregon recusou-se a admitir apelação requisitando a revisão do valor concedido a título punitivo, interpretando que determinado dispositivo da constituição do estado de Oregon impedia a revisão judicial desse tipo de indenização. A Suprema Corte de Oregon alegou que a constituição do estado não possibilitava a modificação do valor concedido, apenas a reforma completa da decisão em casos em que comprovadamente não houvesse qualquer base para aplicação de uma indenização punitiva. A Suprema Corte do país, criticando esse entendimento, asseverou que a possibilidade de revisão do montante concedido a título punitivo era constitucionalmente garantida pela vertente processual da cláusula do devido processo legal⁵⁷⁰.

Em 1996, então, pela primeira vez, a Suprema Corte reformou a decisão de uma corte estadual que confirmava uma indenização punitiva,

⁵⁶⁷ *TXO Production Corp. v. Alliance Resources*, 1993; SEBOK, 2009, p. 190.

⁵⁶⁸ A vertente processual da cláusula do devido processo legal, no que toca as indenizações punitivas, é o que garante a mera possibilidade de uma revisão judicial do valor concedido pelo júri. Sua vertente material, por outro lado, garante a possibilidade de se discutir concretamente o excesso do valor concedido (HUBBARD, 2008, p. 353).

⁵⁶⁹ *Honda Motor Co. v. Oberg*, 1994.

⁵⁷⁰ OWEN, 1994, p. 404-405; CADY, 1997, p. 1018; HUBBARD, 2008, p. 353.

com base no fato de que a indenização imposta foi considerada gravemente excessiva (utilizando, então, a vertente material do devido processo legal)⁵⁷¹. Trata-se do caso *BMW of North America Inc. v. Gore*, de 1996.

Nesse caso, Ira Gore comprou um carro novo da empresa BMW que, sem seu conhecimento, havia sofrido danos na pintura ao ser transportado, e fora subsequentemente repintado. Ao descobrir, Gore acionou judicialmente a BMW por fraude. Ele recebeu uma indenização compensatória de US\$4.000,00, e uma indenização punitiva de US\$4 milhões. A indenização punitiva foi calculada multiplicando a indenização compensatória pelo número de automóveis repintados que a BMW vendera como novos em todo o país (aproximadamente 1.000). A BMW apelou da decisão, argumentando que o montante era constitucionalmente excessivo. A Suprema Corte de Alabama rejeitou todos os argumentos da apelante sobre a constitucionalidade, exceto um: que o veredito do júri havia inadmissivelmente levado em conta as vendas ocorridas fora do estado, minorando o montante indenizatório para US\$2 milhões⁵⁷².

Esse último ponto foi ratificado pela Suprema Corte federal, que inicialmente observou que um estado não pode punir um réu por uma conduta potencialmente lícita em outras jurisdições e cujas ocorrências não impactassem diretamente o estado em questão⁵⁷³. Concluíra-se no caso que apenas 14 dos 1.000 automóveis repintados foram vendidos no Alabama, além de não haver evidências que indicassem quantas das vendas teriam ocorrido em estados que proibissem a prática penalizada⁵⁷⁴.

Sobre o cerne da questão, a violação ao devido processo legal, a Suprema Corte iniciou a argumentação enfrentando o problema pela vertente processual, defendendo que era dever do estado avisar devidamente (“*fair notice*”) a severidade das penalidades que pudessem ser impostas por determinada conduta ilícita⁵⁷⁵. Por outro lado, o delinear dos contornos do aspecto material da cláusula feito pela Corte foi mais obscuro, críptico, assinalando apenas que uma indenização gravemente excessiva – o que deveria ser considerado em termos absolutos na correlação entre

⁵⁷¹ CADY, 1997, p. 1019; REDISH, MATHEWS, 2004, p. 9; HUBBARD, 2008, p. 353; SHARKEY, Catherine. Federal incursions and state defiance: punitive damages in the wake of Philip Morris v. Williams. *Willamette Law Review*, Salem, v. 46, n. 3, p. 449-478, 2010, p. 451.

⁵⁷² CADY, 1997, p. 1019; REDISH, MATHEWS, 2004, p. 8-9.

⁵⁷³ HUBBARD, 2008, p. 353.

⁵⁷⁴ CADY, 1997, p. 1019.

⁵⁷⁵ REDISH, MATHEWS, 2004, p. 9; SHARKEY, 2010, p. 451.

as indenizações compensatória e punitiva concedidas – seria considerada inconstitucional e reformada⁵⁷⁶.

Buscando proteger ambos os aspectos da cláusula do devido processo legal, a Suprema Corte ofereceu uma orientação maior do que seu padrão geral de razoabilidade anterior. Assim, o relator Stevens articulou um conjunto tripartite de padrões constitucionais, que intitulou de “balizas” (“*guideposts*”), a serem utilizadas pelas cortes inferiores na consideração sobre se determinada indenização é gravemente excessiva⁵⁷⁷:

(1) o grau de repreensibilidade da conduta do réu, que seria possivelmente “o mais importante indício da razoabilidade do montante punitivo concedido”, (2) a razão ou proporção entre a indenização punitiva e o dano efetivo ou potencial infligido pela conduta do lesante, e (3) a comparação entre a indenização punitiva concedida e as penalidades civis e criminais que poderiam ser impostas por condutas ilícitas similares⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ SHARKEY, 2010, p. 451. Redish e Mathews destacam que a consideração sobre o vertente material do devido processo legal era tradicionalmente associada a um precedente infame e descreditado da Suprema Corte, e criticam sua utilização por identificar que ela padece de uma dificuldade paradoxal: é simultaneamente invasiva em demasia às jurisdições estaduais; e não protege corretamente aqueles que são penalizados com indenizações excessivas (REDISH, MATHEWS, 2004, p. 9-10). Ressalta-se que o posicionamento dos autores é veementemente contrário à mera existência da indenização punitiva, que acreditam ser um remédio jurídico inconstitucional; sua discordância com as atitudes da Suprema Corte é pela utilização de um mecanismo jurídico que consideram dúbio, inadequado, e “conjurado do nada” na caracterização dessa inconstitucionalidade (*Id.*, p. 13; 52-53). No original: “*grasped from thin air*”.

⁵⁷⁷ SHARKEY, 2010, p. 452; McMICHAEL, 2013, p. 966; HINES, 2015, p. 1263. Hines destaca que esse tipo de baliza era algo que a juíza O’Connor há muito vinha defendendo (HINES, *loc. cit.*). Já Sebok aponta que a vitória da juíza fora apenas parcial: seu intuito não era apenas positivar uma forma de controle sobre as possíveis arbitrariedades cometidas pelo júri, mas sim transformar a indenização punitiva em uma espécie de pena cível (SEBOK, 2009, p. 190-191).

⁵⁷⁸ *BMW v. Gore*, 1996; HUBBARD, 2008, p. 353-354. No original: “(1) *the degree of reprehensibility, which is ‘perhaps the most important indicium of the reasonableness of a punitive damages award,’ (2) the ratio of the punitive award to the actual and potential harm from the defendant’s wrongdoing, and (3) the criminal and regulatory sanctions for comparable misconduct*”.

Quanto ao segundo fator, a corte mais uma vez reiterou sua posição de que seria impossível estabelecer uma fronteira matemática clara entre condutas constitucionalmente aceitáveis e condutas constitucionalmente inaceitáveis, citando o caso *Haslip*⁵⁷⁹. Mas asseverou-se que razões na ordem de 4:1 ou 3:1 pareciam razoáveis, e concedeu-se que algumas categorias de casos, como aqueles com indenizações compensatórias demasiadamente baixas ou apenas indenizações nominais poderiam requerer proporções maiores⁵⁸⁰.

Na aplicação dos fatores estabelecidos ao caso em análise, o relator Stevens afirmou que a indenização concedida não se adequava a nenhum deles⁵⁸¹. Observando que o dano causado ao réu era de cunho puramente econômico e não gerava nenhum efeito adverso na performance ou segurança do veículo, a Corte, em apertada votação (5-4), concluiu que nenhum dos fatores agravantes que indicavam ilícitos particularmente repressíveis estavam presentes⁵⁸².

Dentre os votos divergentes, os juízes Scalia e Thomas reiteraram suas visões de que a cláusula do devido processo legal não poderia servir de base para contestar materialmente excessos cometidos em indenizações punitivas⁵⁸³. Scalia, sem medir palavras, censurou a maioria por conferir uma decisão que estava apenas “travestida de uma opinião jurídica” e afirmou que nenhum dos precedentes em que a maioria se baseava “havia realmente tomado a atitude de declarar uma indenização punitiva inconstitucional simplesmente por ela ser ‘grande demais’”⁵⁸⁴. Ademais, o juiz fez também uma crítica severa às balizas estabelecidas, memoravelmente as descrevendo como representativas de uma “estrada para lugar nenhum”, e prevendo que as “platitudes entrecruzadas” se provariam incompreensíveis e de implementação impraticável pelas cortes inferiores:

A corte construiu um arcabouço normativo que não restringe genuinamente, que não informa o legislativo e judiciário estaduais – que não faz absoluta-

⁵⁷⁹ CADY, 1997, p. 1019.

⁵⁸⁰ SHARKEY, 2010, p. 452.

⁵⁸¹ HINES, 2015, p. 1263.

⁵⁸² CADY, 1997, p. 1019-1020.

⁵⁸³ HINES, 2015, p. 1263.

⁵⁸⁴ CADY, 1997, p. 1020; ZIPURSKY, 2005, p. 120. No original: “*dressed up as a legal opinion*”; e “*actually took the step of declaring a punitive award unconstitutional simply because it was ‘too big’*”.

mente nada exceto conferir um ar artificial de análise doutrinária sobre sua determinação essencialmente *ad hoc* de que essa indenização punitiva em particular não era “justa”⁵⁸⁵

Já a juíza Ruth Ginsburg, anotando uma preocupação de cunho federalista, concordou com a observação do juiz Scalia de que a decisão era uma “incursão injustificada na jurisdição dos governos estaduais” e afirmou que a prontidão da Corte em rever uma decisão estadual era “ainda mais intrigante diante da histórica relutância da Corte em tolerar revisões, mesmo as realizadas pelas cortes de apelações, do montante dos vereditos determinados pelo júri em processos judiciais federais”⁵⁸⁶.

Cinco anos depois do caso *BMW*, a Suprema Corte reafirmou seu compromisso com a análise material do devido processo legal no caso *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, de 2001, mas não aplicou as balizas estabelecidas ao caso, contendo uma proporção entre as indenizações punitiva e compensatória na ordem de 90:1 (US\$50.000,00 a título compensatório e US\$4,5 milhões a título punitivo em caso de propaganda enganosa e concorrência desleal), pois resolveu processualmente a questão, apontando falhas operacionais na revisão da corte inferior e reenviando a decisão para julgamento⁵⁸⁷.

A Suprema Corte teve uma segunda oportunidade de derrubar o que considerou uma indenização punitiva gravemente excessiva, dois anos mais tarde, no caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, de 2003⁵⁸⁸. A ação surgiu da litigância de má-fé de uma seguradora por se recusar a fazer um acordo ou pagar uma indenização com-

⁵⁸⁵ HINES, 2015, p. 1263. No original: “road to nowhere”; “crisscrossing platitudes”; e “[t]he Court has constructed a framework that does not genuinely constrain, that does not inform state legislatures and lower courts -that does nothing at all except confer an artificial air of doctrinal analysis upon its essentially *ad hoc* determination that this particular award of punitive damages was not ‘fair’”.

⁵⁸⁶ CADY, 1997, p. 1020; HINES, 2015, p. 1263. No original: “an unjustified incursion into the province of state governments”; e “all the more puzzling in view of the Court’s longstanding reluctance to countenance review, even by courts of appeals, of the size of verdicts returned by juries in federal district court proceedings”.

⁵⁸⁷ HUBBARD, 2004, p. 354; HINES, 2015, p. 1264.

⁵⁸⁸ REDISH, MATHEWS, 2004, p. 11; HUBBARD, 2008, p. 385; SHARKEY, 2010, p. 452.

pensatória de US\$1 milhão por danos extrapatrimoniais sofridos pelo lesado, por um período de 18 meses em que acreditou que precisaria vender sua casa para pagar o que a seguradora se recusara a fazer. O júri conferiu uma indenização punitiva de US\$145 milhões, embasado em parte no fato de que a empresa State Farm havia se envolvido em um esquema fraudulento em todo o país para se negar a pagar as indenizações dos sinistros sofridos pelos segurados⁵⁸⁹.

A Corte reafirmou as balizas do caso *BMW* – repreensibilidade, proporção entre as indenizações punitiva e compensatória, e penalidades comparáveis – como as métricas para se avaliar se determinada indenização punitiva é gravemente excessiva e, conseqüentemente, viola o processo legal⁵⁹⁰. Reverteram assim a indenização aplicada no caso, afirmando que: “[u]ma aplicação das balizas de *Gore* aos fatos deste caso, especialmente à luz da substancial indenização compensatória concedida [...] provavelmente justificaria uma indenização punitiva igual ou muito próxima à indenização compensatória”⁵⁹¹.

Algumas relevantes considerações foram tecidas pela Suprema Corte nessa decisão. O juiz Kennedy, relator, apoiou os esforços de Stevens no caso *BMW* em buscar uma estrutura normativa à revisão das indenizações punitivas, e, tratando da segunda baliza (a proporção entre as indenizações compensatória e punitiva), propôs um mecanismo ainda mais detalhado⁵⁹².

Nesse sentido, asseverou-se: “[n]ossa jurisprudência e os princípios já estabelecidos demonstram, porém, que, na prática, poucas indenizações que ultrapassem uma *razão de um dígito* entre as indenizações punitiva e compensatória [...] irão satisfazer o devido processo”. No que ficou então conhecida como a “regra de um dígito” (“*single-digit rule*”) a Corte estabeleceu que razões maiores que 9:1 praticamente sempre violariam a cláusula do devido processo⁵⁹³.

⁵⁸⁹ SHARKEY, 2010, p. 452.

⁵⁹⁰ REDISH, MATHEWS, 2004, p. 11; HUBBARD, 2008, p. 385; SHARKEY, 2010, p. 452; HINES, 2015, p. 1264.

⁵⁹¹ *State Farm v. Campbell*, 2003; SHARKEY, 2010, p. 453. No original: “[a]n application of the *Gore* guideposts to the facts of this case, especially in light of the substantial compensatory damages awarded [...] likely would justify a punitive damages award at or near the amount of compensatory damages”.

⁵⁹² HINES, 2015, p. 1264

⁵⁹³ *State Farm v. Campbell*, 2003; REDISH, MATHEWS, 2004, p. 11; SEBOK, 2009, p. 191; MCMICHAEL, 2013, p. 967. Andrade ressalta que no caso a Corte ainda afirmou que a distância máxima entre as indenizações punitiva e compensatória

A operabilidade dessa regra se deu de forma diferente do que um *cap* propriamente dito (limite pré-estabelecido por previsão estatutária): o limite estabelecido pelo caso *State Farm* é mais flexível e discricionário. A Corte por mais uma vez se recusou a impor uma razão absoluta que uma indenização punitiva não poderia exceder, argumentando que a indicação que oferecia não era uma consideração matemática, e sim uma presunção extraída de jurisprudência constitucional passada⁵⁹⁴.

Para muitos observadores, todavia, o cerne do caso *State Farm* foi a questão da territorialidade – a utilização de condutas cometidas pela empresa *State Farm* fora da jurisdição de Utah na quantificação da indenização punitiva⁵⁹⁵. Assim, a Corte também reafirmou seu posicionamento anterior de que a quantificação não poderia envolver condutas cometidas pelo réu em outros estados, em que a ilegalidade era incerta, e que, outrossim, não cabia a Utah a punição⁵⁹⁶.

Ademais, associado a essa discussão, tratou-se da primeira baliza, da repreensibilidade. O autor apresentou evidências de condutas ilícitas diversas daquela que lhe gerou o dano, buscando caracterizar a repreensibilidade da empresa. Sobre isso, a Corte determinou que toda a conduta do lesante que falhasse em ter alguma relação com o dano sofrido pelo lesado, fosse ela cometida dentro ou fora do estado, não deveria ser analisada pelo júri. O juiz Kennedy preceituou:

Por uma razão mais fundamental, porém, as cortes de Utah falharam ao depender dessa e de outras evidências: as cortes conferiram uma indenização punitiva buscando punir e dissuadir uma conduta que não guardava qualquer relação com o dano de Campbell. Atos dissimilares de um réu, independentes dos atos pelos quais está sendo responsabi-

seria provavelmente 4:1, e que, se tratando de uma indenização compensatória consideravelmente alta, como no caso, elas poderiam até mesmo se equivaler (ANDRADE, 2009, p. 202-203). No original: “[o]ur jurisprudence and the principles it has now established demonstrate, however, that, in practice, few awards exceeding a single-digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process”.

⁵⁹⁴ REDISH, MATHEWS, 2004, p. 11; SHARKEY, 2010, p. 453; McMICHAEL, 2013, p. 967.

⁵⁹⁵ SEBOK, 2009, p. 191.

⁵⁹⁶ HUBBARD, 2008, p. 355; SEBOK, *loc. cit.*

lizado, não podem servir de base para uma indenização punitiva. Um réu deve ser punido pela conduta que causou ao autor, não por ser um indivíduo ou uma empresa desagradável. O devido processo não permite que as cortes, no cálculo da indenização punitiva, adjudiquem os méritos de pleitos hipotéticos de terceiros contra o réu sob o pretexto de uma análise de repreensibilidade, e não temos dúvidas de que foi o que a Suprema Corte de Utah fez aqui⁵⁹⁷.

A terceira baliza (a consideração sobre as penalidades comparáveis), de teor mais evidente, não foi profundamente abordada. Como no caso *BMW*, a indenização punitiva concedida excedia tanto a penalidade civil aplicável prevista (cujo valor era de US\$10.000,00), que o próprio relator afirmou que não seria necessário delongar-se nela, apenas apontando que ela também fundamentava a conclusão de que a indenização concedida era excessiva⁵⁹⁸.

As divergências se mantiveram em relação ao caso *BMW*: Ginsburg, Thomas, e Scalia. Thomas e Scalia mantinham suas arraigadas posições contrárias à utilização do devido processo legal na revisão de indenizações punitivas. Já a juíza Ginsburg indignou-se especialmente com as instruções acerca da proporção entre as indenizações punitiva e compensatória, que ela descreveu como semelhantes a uma “ordem para marchar” às cortes inferiores; além de afirmar, quanto às considerações sobre a repreensibilidade, que a maioria falhara em levar em conta importantes indícios da culpabilidade da empresa *State Farm*⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ *State Farm v. Campbell*, 2003; HUBBARD, 2008, p. 355, SEBOK, 2009, p. 191-192. SHARKEY, 2010, p. 452-453. No original: “*For a more fundamental reason, however, the Utah courts erred in relying upon this and other evidence: The courts awarded punitive damages to punish and deter conduct that bore no relation to the Campbells’ harm. A defendant’s dissimilar acts, independent from the acts upon which liability was premised, may not serve as the basis for punitive damages. A defendant should be punished for the conduct that harmed the plaintiff, not for being an unsavory individual or business. Due process does not permit courts, in the calculation of punitive damages, to adjudicate the merits of other parties’ hypothetical claims against a defendant under the guise of the reprehensibility analysis, but we have no doubt the Utah Supreme Court did that here*”.

⁵⁹⁸ HINES, 2015, p. 1264.

⁵⁹⁹ HINES, 2015, p. 1264.

Não é surpreendente que as balizas estabelecidas pelo caso *BMW* e refinadas em *State Farm* tenham sofrido severas críticas doutrinárias e jurisprudenciais⁶⁰⁰.

2.4.4 O retorno da Suprema Corte à relutância

O último caso de maior impacto decidido pela Suprema Corte é *Philip Morris USA v. Williams*, de 2007. Assim como seus predecessores, *Philip Morris* foi um caso envolvendo uma indenização aparentemente excessiva, com uma razão de quase 100:1 entre a indenização punitiva de U\$79,5 milhões e a indenização compensatória de aproximadamente U\$820.000,00. Mas, ao contrário dos predecessores, *Philip Morris* dizia respeito a um dano físico cujo resultado foi a morte do lesado⁶⁰¹.

O caso adveio da morte de Jesse Williams, um fumante de longa data de cigarros produzidos pela empresa Philip Morris. Sua morte ocorreu devido ao desenvolvimento e ulteriores complicações de um câncer de pulmão. Sua viúva, Mayola Williams, entrou com a ação em nome do marido contra a empresa Philip Morris com base em negligência e fraude. O lesado, em vida, não acreditava no impacto negativo do cigarro por decorrência de campanhas promovidas pela Philip Morris que buscavam negar os malefícios do fumo⁶⁰².

No julgamento do caso – e após duas decisões da Corte de Apelações de Oregon que mantiveram a indenização – a Suprema Corte de Oregon, analisando recurso da *Philip Morris*, buscou diferenciar este caso do caso *State Farm*, ressaltando que em *State Farm*: (1) o estado de Utah havia levado em consideração condutas similares do réu em outros estados, onde a conduta em questão era lícita; (2) o dano sofrido pelo lesado não era físico; e (3) a indenização compensatória concedida para os Campbell era substancial. Com base nisso, e na análise de cinco fatores de repreensibilidade previamente estabelecidos pelo estado de Oregon, a Suprema Corte estadual determinou que a indenização se adequava perfeitamente à primeira e à terceira baliza estabelecidas em *BMW/State Farm*. Sobre a mais problemática segunda baliza, da proporcionalidade, a corte apontou que a “razão de um dígito” estabelecida em *State Farm*

⁶⁰⁰ HINES, 2015, p. 1259. Cf. HUBBARD, 2008; MARKEL, *Retributive...*, 2009; SHARKEY, 2010.

⁶⁰¹ SHARKEY, 2010, p. 453. No original: “a personal injury case involving a wrongful death”.

⁶⁰² SHARKEY, 2010, p. 453; SOLBERG, HOSACK, 2012, p. 77.

não era determinística, e que o próprio julgado daquele caso especificamente contemplava que algumas indenizações que excedessem a “razão de um dígito” não violariam o devido processo legal. Assim, a Suprema Corte de Oregon concluiu que o caso *Philip Morris* era o tipo de caso em que uma indenização com razão muito superior a um dígito se justificava⁶⁰³.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, analisando o recurso da Philip Morris, focou-se principalmente na utilização da indenização punitiva como meio de punir um réu por danos causados a terceiros alheios ao litígio, sem tocar na questão de se a indenização concedida era ou não excessiva. Williams havia argumentado que o dano causado a terceiros era relevante para a caracterização da primeira baliza – a repreensibilidade. A Corte concordou, mas asseverou que o júri não poderia ir além disso e utilizar uma indenização punitiva para punir diretamente um réu pelos danos que alegadamente causou a terceiros⁶⁰⁴. A Suprema Corte retornou os autos concluindo que não restava claro o suficiente que o júri havia considerado os danos apenas para a caracterização da repreensibilidade – algo que era necessário que o juízo de origem esclarecesse⁶⁰⁵.

A Suprema Corte de Oregon reafirmou a indenização concedida e negou a devolução dos autos ao juízo de origem, notando que a Suprema Corte federal não analisara a questão constitucional levantada da excessividade da indenização, que lhe competia, e alegando que a instrução do júri era matéria de competência estadual (e que a instrução do presente caso era adequada à legislação do estado). *Philip Morris* mais uma vez

⁶⁰³ SOLBERG, HOSACK, 2012, p. 80-83. A Corte também apontou que a indenização compensatória poderia ter sido muito maior, o que teria feito a razão ser menor, caso o autor não tivesse morrido relativamente rápido após ser diagnosticado com câncer (*Id.*, p. 83.).

⁶⁰⁴ Isso positivou uma distinção confusa quanto à utilização de danos causados a terceiros, e uma posição frontalmente contrária à manifestação do juiz Kennedy no caso *State Farm*, reproduzida à pág. 174, nota. 597. A partir de *Philip Morris*, um júri não pode utilizar a indenização punitiva para punir um réu *diretamente* pelos danos que causou a um terceiro, mas ainda pode considerar esses danos a terceiros para determinar a repreensibilidade da conduta do réu. Para uma análise dessa distinção, cf. BANSAL, Sachin. *Philip Morris USA v. Williams: a confusing distinction*. *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy Sidebar*, Durham, v. 3, p. 49-62, 2007.

⁶⁰⁵ SOLBERG, HOSACK, 2012, p. 83-84.

recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, que inadmitiu o recurso, fazendo com que a indenização original fosse mantida⁶⁰⁶.

Assim, a Suprema Corte federal baseou a decisão que proferiu exclusivamente no aspecto processual do devido processo legal, ressaltando aos estados a obrigação de implementar instruções adequadas ao júri que evitem indenizações punitivas baseadas de maneira imprópria em danos causados a terceiros⁶⁰⁷.

Dissipada a fumaça após a última decisão de 2009 da Suprema Corte no caso, o que emergiu foi a conclusão de que, por duas vezes, a Corte se recusou a utilizar a baliza da proporcionalidade para reformar uma indenização punitiva que era 98 vezes maior do que a indenização compensatória conferida no caso – mesmo quando frontalmente desafiada pela Suprema Corte de Oregon a utilizar o aspecto material do devido processo legal, ao invés do aspecto processual⁶⁰⁸. Em outras palavras, diante da desobediência da Suprema Corte de Oregon, a Suprema Corte dos Estados Unidos “piscou”⁶⁰⁹.

Uma razão que pode ter levado a Corte a evitar a utilização da proporcionalidade no caso *Philip Morris* foi que pelo menos um juiz, o relator do caso BMW (que cunhou as três balizas), aparentemente tinha dúvidas sobre a durabilidade ou sobre a força da regra. Stevens foi um dos juízes que votou pela confirmação da indenização de US\$79,5 milhões⁶¹⁰.

Outra razão possível é que a Corte tenha notado que não valia a pena defender a regra previamente estabelecida. Uma das peculiaridades mais notáveis da aplicação da indenização punitiva pelas cortes inferiores é o quão maleável é o montante da indenização compensatória para um juiz que busca atingir a mística “razão de um dígito”. Por exemplo, em um caso da Pensilvânia que concedeu uma indenização compensatória de U\$2.000,00 e uma indenização punitiva de U\$150.000,00, o juiz, na revisão, considerou que a proporção deveria ser calculada diante do dano

⁶⁰⁶ *Id.*, p. 84-85.

⁶⁰⁷ HINES, 2015, p. 1265. Thomas Colby, que conforme anteriormente aludido (v. item 2.2.1.2, em especial pág. 122, notas 386-387) destacara a problemática da concessão de uma indenização pela “totalidade do dano” (que abarcasse os danos causados em outras vítimas que não o autor da ação), em artigo mais recente aplaudiu esse ponto da decisão da Suprema Corte – cf. COLBY, Thomas B. Clearing the smoke from Philip Morris v. Williams; the past, present, and future of punitive damages. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 118, p. 392-479, 2008.

⁶⁰⁸ SOLBERG, HOSACK, 2012, p. 86.

⁶⁰⁹ SHARKEY, 2010, p. 451. No original: “blinked”.

⁶¹⁰ SEBOK, 2009, p. 192-193.

potencial, não efetivo (assim como a Suprema Corte fizera no caso *TXO*, embora antes das balizas do caso *BMW*), que acreditou ser de aproximadamente U\$125.000,00, o que garantia uma razão de 1:1. De maneira semelhante, a Suprema Corte do estado de Montana, em outro caso, rejeitou comparar a indenização punitiva (US\$20 milhões) com a indenização compensatória (U\$1,1 milhão), insistindo que o montante punitivo deveria ser comparado ao patrimônio líquido da empresa (US\$260 milhões)⁶¹¹.

A despeito das minúcias da batalha entre a Suprema Corte de Oregon e a Suprema Corte dos Estados Unidos, envolvendo questões sobre a instrução do júri e questões de competência estadual, o relevante para a presente análise é que a Suprema Corte federal teve uma clara oportunidade de reafirmar sua regra de proporcionalidade e invalidar a indenização concedida com base nela e optou por não o fazer⁶¹². A questão levantada em *Philip Morris* era se o limite estabelecido pela Corte em *State Farm* – a “razão de um dígito” – era realmente um limite expresso, e a esquiva da Suprema Corte em responder essa questão é reveladora.

Por fim, no caso *Exxon Shipping Company v. Baker*, de 2008, a Suprema Corte reverteu uma indenização punitiva no montante de US\$2,5 bilhões com base em uma legislação então recém promulgada que impunha limites materiais para indenizações punitivas em casos envolvendo direito marítimo, ao mesmo tempo em que deliberadamente evitou qualquer consideração sobre a indenização ser também constitucionalmente excessiva⁶¹³.

Por consequência da edição dessa lei e do impacto do caso *Exxon*, a aplicação da indenização punitiva em casos de direito marítimo é atualmente um dos temas mais em voga em matéria de indenização punitiva nos Estados Unidos, sendo o assunto mais recorrente em artigos jurídicos publicados nos últimos dois anos⁶¹⁴.

⁶¹¹ SEBOK, 2009, p. 193-194. A Suprema Corte de Montana, todavia, reformou a indenização concedida por outros motivos.

⁶¹² SEBOK, 2009, p. 195-196.

⁶¹³ HINES, 2015, p. 1265.

⁶¹⁴ Cf. MEISTER-GRIFFITH, Tonya J. Punitive damages update: Jones Act, maintenance and cure, and general maritime law. *University of San Francisco Maritime Law Journal*, San Francisco, v. 26, n. 2, p. 169-184, 2014; BECK, Laura R. Punitive damages stow away in the fifth circuit: *McBride v. Estis Well Service, L.L.C.* *Tulane Maritime Law Journal*, New Orleans, v. 38, n. 2, p. 649-664, 2014; SULLIVAN, Rod. Punitive damages and a century of maritime law. *Florida Coastal Law Review*, Jacksonville, v. 15, n. 1, p. 1-70, 2014; FETZER, C. Bowman Jr.

Relevante para o presente trabalho – além de a Suprema Corte mais uma vez relutar em reafirmar sua regra de proporcionalidade – foi o fato de que, no caso *Exxon*, pela primeira vez, a Corte reconheceu que uma motivação, por parte do réu, que buscasse auferir lucro com a conduta ilícita garantia que se constatasse uma culpabilidade agravada⁶¹⁵.

Em artigo recente analisando especificamente as consequências do caso *Philip Morris*, Solberg e Hosack tecem considerações pertinentes também ao caso *Exxon*:

Embora possa ser fácil desconsiderar a decisão da Corte em encerrar a disputa em uma tecnicidade processual, isso seria um equívoco. O caso *Philip Morris* aparentemente proveu à Corte uma oportunidade perfeita de clarificar as consternações do devido processo legal abordadas em *BMW* e *State Farm*, particularmente no que diz respeito às indenizações mais vultosas. Ao invés, a Corte piscou. Em vez de emitir uma opinião esclarecedora e que firmasse bem suas decisões anteriores, a Suprema Corte submeteu-se às cortes de Oregon. Assim, a épica batalha terminou com a percepção de que a Corte parece ter desistido da revisão de indenizações punitivas excessivas com base no aspecto material do devido processo legal para se focar primariamente no aspecto processual dessa cláusula. No

Navigating through the variations and admissibility of conduct required to support punitive damages at sea. *Loyola Maritime Law Journal*, New Orleans, v. 13, p. 27-62, 2014; DITTMAN, Stevan C. Amiable or merry - an update on maritime punitive damages. *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 89, n. 5-6, p. 1059-1102, jun. 2015; TODISCO, Michael. Rolling the dice: calculating the odds for punitive damages in arctic drilling. *Villanova Environmental Law Journal*, Villanova, v. 26, n. 2, p. 263-288, 2015; SMITH, Phillip M. Watery grave for unseaworthiness punitive damages: *McBride v. Estis Well Service, L.L.C.* *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, v. 76, n. 2, p. 619-660, 2015.

⁶¹⁵ HINES, 2015, p. 1265. A Corte também enfatizou a diferença entre uma conduta “gravemente culposa” (“*reckless*”), exibida pela empresa Exxon, de uma conduta explicitamente maliciosa, ou intencional, que representa um grau mais elevado de culpabilidade. Notavelmente, também, o voto da juíza Stouter, ao reconhecer a falta de qualquer suporte empírico para a percepção de que a indenização punitiva estava “fora de controle”, que teria sido o motivo que levaria a Corte a fazer a análise constitucional nos casos *BMW* e *State Farm* (*Ibid.*).

processo, a Corte enfraqueceu sua “razão de um dígito”, se não a abandonou completamente⁶¹⁶.

2.4.5 A aplicação das balizas pelas cortes inferiores em revisões judiciais

Uma pesquisa empírica publicada em 2015⁶¹⁷, envolvendo revisões, por cortes inferiores, de indenizações punitivas com potencial de serem constitucionalmente excessivas nos últimos dez anos (cerca de 500 casos), revela alguns dados interessantes sobre como as cortes inferiores vêm interpretando e implementando a análise baseada no devido processo legal.

O estudo depara-se com algumas inconsistências no processo de revisão. Embora defenda que algumas dessas sejam esperadas, decorrentes da ampla variedade de casos que possibilitam a aplicação da indenização punitiva, outras parecem atribuíveis a uma falta de compreensão das próprias balizas⁶¹⁸.

O ponto de desavença fundamental encontrado, em que a confusão gerada pela falta de clareza da Suprema Corte se faz mais sensível, é identificado como a incapacidade de muitas cortes em explicar como as balizas interagem umas com as outras. Como exemplo, se determinada consideração sobre a primeira baliza constata uma conduta flagrantemente repreensível por parte do réu, isso justificaria uma indenização punitiva que se descolasse mais da indenização compensatória, de certa forma violando a segunda baliza⁶¹⁹? Questões do tipo continuam ainda hoje em aberto nos

⁶¹⁶ SOLBERG, HOSACK, 2012, p. 90. No original: “While it might seem easy to dismiss the Court’s decision to end the struggle on a procedural technicality, that would be a mistake. The Williams case seemed to present the Court with the perfect opportunity to provide clarity to the federal due process concerns addressed in Gore and State Farm, particularly in the area of outlier awards. Instead, the Court blinked. Rather than issue a clarifying opinion and put real teeth in its previous decisions, the Court deferred to the Oregon courts. Thus, the epic battle ended with the realization that the Court seems to have has [sic] backed away from substantive due process review of excessive punitive damages awards and will instead focus primarily on procedural due process review. In the process, the Court weakened the single-digit rule, if not abandoning it altogether.”

⁶¹⁷ Cf. HINES, 2015.

⁶¹⁸ HINES, 2015, p. 1315.

⁶¹⁹ *Ibid.*

Estados Unidos, e, concorda a autora do estudo, sua falta de resposta contribui para o panorama disforme da aplicação da indenização punitiva no país.

2.5 Considerações sobre o modelo jurídico estadunidense, sua diferenciação do modelo jurídico inglês, e aportes doutrinários brasileiros

Há uma divergência bastante clara entre o modelo jurídico estadunidense e o modelo jurídico inglês. Na Inglaterra, a preocupação com a subversão da estrutura indenitária os levou a buscar restringir a indenização exemplar a um rol restrito de possibilidades. Nos Estados Unidos, embora críticas sobre a recepção de uma função punitiva pela responsabilidade civil tenham sido levantadas pela jurisprudência e pela doutrina⁶²⁰, e por mais que talvez a caracterização mais mordaz do instituto tenha ocorrido lá⁶²¹, não se tomaram medidas mais drásticas para conter seu desenvolvimento e disponibilidade.

Conforme se depreende do item 2.4, as discussões mais recentes em solo estadunidense, que se situaram na esfera constitucional⁶²², restringiram-se à possível violação do princípio do devido processo legal quando da imposição de indenizações excessivas. Nem as eventuais intervenções regulatórias por parte da Suprema Corte foram, de alguma forma, definitivas. O recuo recente da Corte quanto à utilização do aspecto material do devido processo legal para reformar indenizações revela uma insegurança quanto à aplicabilidade desse instrumento para a reforma de montantes indenizatórios.

Nota-se que a maior parte das concessões de indenizações exemplares na Inglaterra ocorrem pela segunda categoria de *Rookes* (“conduta calculada pelo lesante buscando um lucro que exceda a indenização eventualmente paga ao lesado”), que, ao contrário da primeira (“ação opressiva, arbitrária, ou inconstitucional cometida por agente público”), não requer que o réu seja um agente público, sendo uma categoria menos restritiva. Analisou-se que uma das precondições para imposição de uma indenização exemplar nesta segunda categoria é que o réu tenha agido com

⁶²⁰ Como o exemplo claro de *Greenleaf* (p. 100) ou da juíza O’Connor (p. 164).

⁶²¹ V. a manifestação do juiz Foster em *Fay v. Parker*, p. 99, nota 306.

⁶²² Isso pode ser explicado pela particularidade do sistema federalista dos Estados Unidos, e da liberdade legislativa dos estados, dificultando qualquer outra forma mais ampla de controle do instituto.

consciência ou desprezo consciente da ilicitude que estava cometendo⁶²³. Esse ponto contrasta com a aplicação dos Estados Unidos, que caracteriza uma conduta como gravemente culposa (“*reckless*”) mesmo em hipóteses em que o lesante não esteja ciente do risco gerado por sua conduta – hipóteses de culpa *inconsciente*, de um desprezo gravemente culposo (“*reckless disregard*”) pelos riscos gerados por sua conduta. Mais da metade dos estados do país aceitam a aplicação da indenização punitiva nesses casos⁶²⁴.

Ademais, outra divergência está na própria função da indenização punitiva: o que nos Estados Unidos chama-se apenas de “indenização punitiva”, o sistema inglês parece sistematizar em duas indenizações distintas (a indenização agravada e a indenização exemplar). Uma delas, a indenização agravada, representa basicamente a função compensatória da indenização punitiva estadunidense. Isso garante à indenização exemplar (inglesa) um caráter mais propriamente extracomensatório (a despeito dos possíveis pontos de tangência entre as indenizações – agravada e exemplar – e sua zona limítrofe tênue⁶²⁵). Evidencia-se esse fato ainda mais a partir da constatação de que, na Inglaterra, há uma concomitância habitual entre as indenizações agravadas e exemplares – a própria possibilidade de se conceder uma indenização exemplar não acompanhada de uma indenização agravada só foi confirmada em 2001⁶²⁶. Assim, os montantes concedidos a título exemplar, regra geral, excedem o montante compensatório, sendo irreconciliáveis com o princípio da reparação integral. Já nos Estados Unidos, a aplicação de uma indenização punitiva pode cumprir objetivos puramente compensatórios⁶²⁷ – o que gera inconsistências quando se busca conceituar o instituto em análise apenas através da experiência estadunidense.

Afirma-se que foi pela força de exportação do sistema dos Estados Unidos que tivemos contato direto com a indenização punitiva⁶²⁸. A partir

⁶²³ V. pág. 71, nota 208.

⁶²⁴ V. item 2.3.2.2, em especial págs. 144-146, notas 485, 487, e 489.

⁶²⁵ V. pág. 93, nota 286.

⁶²⁶ *Isaac v. Chief Constable of the West Midlands Police*, 2001. V. pág. 68, nota 195.

⁶²⁷ E, de fato, estados como Michigan e Connecticut concebem a aplicação da indenização punitiva apenas buscando a compensação. V. pág. 139, nota 454.

⁶²⁸ MORAES, 2004, p. 45-46.

desse contato, o caráter punitivo-pedagógico do dano moral, de construção histórica independente⁶²⁹, começou a ser equiparado pela jurisprudência à própria indenização punitiva⁶³⁰.

Doutrinariamente, as manifestações e referências à indenização punitiva são em tom de alerta, e buscam desambiguar o instituto estrangeiro do caráter punitivo do dano moral.

Sanseverino destaca que a ênfase que vem sendo conferida à função punitiva do dano moral deve ser feita com cautela, para não ensejar confusões com a indenização punitiva da *common law*⁶³¹. Para o autor, a primeira estaria abarcada por sua construção teórica da integralidade das reparações, sendo parte componente das reparações por dano moral⁶³², enquanto a segunda seria incompatível com nossa tradição jurídica, e carente de respaldo legal⁶³³.

⁶²⁹ MARTINS-COSTA, PARGENDLER, 2005. As autoras evidenciam como a construção dos dois institutos se deu através de processos históricos distintos, mesmo que possivelmente advindos de uma mesma origem: a pena privada aplicada aos *delicta* na tradição romanística clássica.

⁶³⁰ A exemplo de PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 64041-5, da Terceira Câmara Cível. Curitiba, 30 de junho de 1998; PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 585315-0, da Nona Câmara Cível. Curitiba, 17 de setembro de 2009; PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 847462-6, da Décima-Primeira Câmara Cível. Curitiba, 9 de maio de 2012; PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1140075-2, da Décima-Sétima Câmara Cível. Curitiba, 4 de junho de 2014; PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 1102620-3, da Décima-Sétima Câmara Cível. Curitiba, 10 de setembro de 2014; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70059069708*, da Vigésima Terceira Câmara Cível. Porto Alegre, 26 de agosto de 2014; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 2000.019426-3, da Primeira Câmara de Direito Público. Florianópolis, 19 de abril de 2001; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 2002.007879-0, da Primeira Câmara de Direito Público. Florianópolis, 22 de agosto de 2002; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 2002.020062-5, da Primeira Câmara de Direito Público. Florianópolis, 10 de abril de 2003; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 2004.006224-9, da Primeira Câmara de Direito Público. Florianópolis, 26 de abril de 2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 455.846 - RJ*. Brasília, 11 de outubro de 2004. Cf. WALKER, 2013, p. 70-91 (contendo apanhado e crítica jurisprudencial brasileira).

⁶³¹ SANSEVERINO, 2010, p. 273.

⁶³² SANSEVERINO, 2010, p. 272 e 275.

⁶³³ SANSEVERINO, 2010, p. 273.

Assevera ainda o autor que: “[a]s referências feitas pelos tribunais, no arbitramento de indenizações por danos extrapatrimoniais, à sua natureza punitiva não enseja, por si só, que elas se enquadrem como modalidades de *punitive damages*”⁶³⁴. Em sua opinião teríamos nesses casos um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais⁶³⁵.

Fernando Noronha não discorre em sua obra especificamente sobre o instituto da indenização punitiva, mas admite uma função sancionatória e preventiva para a responsabilidade civil, alertando quanto a esta segunda que não se deve exagerar na ideia do *valor de desestímulo* associada à ideia dos *punitive* ou *exemplary damages* da jurisprudência estadunidense, sendo possível extrair que o autor lhe reconhece a influência sobre o nosso sistema, sem confundir a indenização punitiva com a função sancionatória e preventiva da responsabilidade civil⁶³⁶.

Moraes identifica que o julgamento moral das condutas que geram danos (cuja compensação constituiria “o dinheiro da dor”) é a possível causa da expansão da tese punitiva em nosso ordenamento. Seria a partir disso que se passou a admitir a aplicação da pena privada a certas categorias de danos extrapatrimoniais. Destaca ainda o uso reiterado pela doutrina brasileira de um excerto bastante antigo sobre o tema: “o pagamento de uma soma a título de satisfação ocupa um lugar intermédio entre a indenização e a pena”⁶³⁷.

A autora se posiciona contrariamente não só à recepção da indenização punitiva como também à existência até mesmo da função punitiva da indenização extrapatrimonial⁶³⁸. Destacam, contudo, Judith Martins-

⁶³⁴ SANSEVERINO, 2010, p. 75-76

⁶³⁵ SANSEVERINO, 2010, p. 273.

⁶³⁶ NORONHA, 2013, p. 461-464.

⁶³⁷ MORAES, 2004, p. 52. O trecho citado pela autora é de tradução de 1938 da obra *A reparação dos danos no Direito Civil*, de H. A. Fischer.

⁶³⁸ MORAES, 2004. Moraes identifica outros autores com posição semelhante: José de Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva, Orlando Gomes. Já os favoráveis a algum tipo de função punitiva seriam, em maior ou menor grau: Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Artur Oscar de Oliveira Déda, Carlos Alberto Bittar, Sérgio Cavalieri, dentre outros (*Id.*, p. 47). Além dos citados por Moraes, Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler identificam também Sérgio Severo, Humberto Theodoro Jr. e a própria Maria Celina Bodin de Moraes como autores que propugnam que, em regra, a função da reparação do dano moral é somente ressarcitória. Como favoráveis a algum

Costa e Mariana Pargendler que a teoria mista (corrente que defende que a função da indenização do dano moral é tanto a satisfação do ofendido quanto a punição do ofensor) pode ser considerada majoritária na doutrina e jurisprudência brasileira⁶³⁹.

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 ilícito⁶⁴⁰.

Conquanto similar aos critérios utilizados na determinação do montante indenizatório de uma indenização punitiva, há uma diferença essencial: a doutrina estadunidense traz como imprescindível, até para que se cumpra corretamente os fins desse tipo de indenização, “a comprovação de elementos subjetivos (“*recklessness*”, dolo, malícia, fraude, etc.) a marcarem a conduta do ofensor”⁶⁴¹.

Elucidam, *in verbis* as autoras:

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 axiológica-mente 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

tipo de função punitiva, acrescentam: Galeano Lacerda, João Casillo, Teresa Ancona Lopes, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Fernando Noronha, e Yussef Said Cahali (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 30).

⁶³⁹ MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 30.

⁶⁴⁰ MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 23.

⁶⁴¹ Igualmente MORAES, 2004, p.56-57; MARTINS-COSTA, PARGENDLER, 2005, p. 23.

de quaisquer dos critérios de imputação (subjetiva ou objetiva, seja esta pelo risco, pela segurança, pela confiança, etc.). No segundo caso, (*punitive damages*) só poderá abranger a responsabilidade derivada da imputação subjetiva, sob pena de incontestável 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)?⁶⁴²

Além dos fatores definidos pelo STJ, muitas vezes, na aplicação da indenização por dano moral, leva-se em consideração não só a condição econômica do lesante, como também a condição econômica do lesado, por uma preocupação com o enriquecimento sem causa⁶⁴³.

Acredita-se que, na utilização de uma ferramenta assumidamente extracompensatória, a consideração sobre a condição econômica do lesado é despropositada, por nada inferir (ou inferir negativamente) na dissuasão específica do lesante⁶⁴⁴, e a vedação ao enriquecimento sem causa é muito melhor garantida por meio de uma indenização compartilhada ou repartida⁶⁴⁵.

Atualmente, entende-se que a distinção feita pela doutrina brasileira entre a indenização punitiva e o fator punitivo-pedagógico do dano moral não é mais tão clara, especialmente devido aos autores pautarem

⁶⁴² MARTINS-COSTA, PARGENDLER, 2005, p. 23-24.

⁶⁴³ *Id.*, p. 23. O acréscimo do fator da condição econômica do lesado é feito pelos proponentes da teoria mista, que costumam acrescentar também a intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima.

⁶⁴⁴ Função que, em sintonia pelo asseverado por Dobbs deve ser a precípua de uma indenização extracompensatória.

⁶⁴⁵ Andrade, de maneira acertada, ao delinear modelo propositivo da indenização punitiva em nosso país, similarmente defende que a situação socioeconômica da vítima não deve ser considerada na fixação do montante indenizatório. Já as condições pessoais da vítima que não sejam diretamente ligadas à sua situação socioeconômica podem e devem ser consideradas, especialmente para caracterizar a gravidade da conduta do lesante (no exemplo de uma vítima com deficiência física ou mental) (ANDRADE, 2009, p. 303-305).

sua análise na experiência estadunidense. Como se viu, nos Estados Unidos, embora haja uma histórica resistência por parte da Suprema Corte em determinar uma correlação ou limite apriorístico, o montante concedido a título de indenização punitiva costuma guardar alguma correlação ao montante da indenização compensatória⁶⁴⁶, além de ser geralmente modesto⁶⁴⁷.

Identifica-se que a função compensatória do instituto estadunidense busca ressarcir dois elementos distintos: as custas judiciais e as demais despesas com o litígio; e a conduta especialmente reprovável do lesante, quando esta for grave o suficiente para agravar o próprio dano sofrido pelo lesado. Esse segundo elemento, nos Estados Unidos, é algumas vezes identificado também embasando a própria função punitiva.

O primeiro desses elementos já é, pelo menos em teoria, normalmente ressarcível no Brasil (e na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais)⁶⁴⁸ por intermédio dos honorários sucumbenciais. O segundo não o é, mas, através da construção teórica que, no decorrer do trabalho, demonstrou-se que alguns autores – e até comparatistas europeus⁶⁴⁹ – e julgadores fazem, poderia vir a ser. Isso ocorreria a partir da conclusão de que a conduta, nos casos de danos extrapatrimoniais, quando especialmente grave, agrava o dano sofrido pelo lesado, e “integra-se” nele.

Esse mesmo raciocínio cabe, por óbvio, à indenização agravada do direito inglês. É inclusive possível perceber uma aproximação teleológica mais forte entre essa indenização agravada inglesa e uma possível “função

⁶⁴⁶ Cf. item 2.3.4.2, pág. 152 (para uma descrição sobre a necessidade de uma “relação razoável” entre as indenizações compensatória e punitiva) e 2.4.3, pág. 167 (especialmente as posições exaradas nos casos *BMW* e *State Farm*).

⁶⁴⁷ V. pág. 97, nota 296.

⁶⁴⁸ EISENBERG, MILLER, 2013, p. 328-329. A regra que se contrapõe à *American rule* é intitulada de *English rule* e pressupõe que a parte vencedora deve arcar com as custas razoáveis da vencedora (*Ibid.*).

⁶⁴⁹ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European tort law: text and commentary*. Vienna: SpringerWienNewYork, 2005, p. 171-176. Consistindo em uma extensa pesquisa comparatista almejando a harmonização da responsabilidade civil europeia, a obra, no que diz respeito às indenizações extrapatrimoniais, afirma: “o grau da culpa do lesante deve ser considerado apenas quando contribua significativamente para agravar o dano da vítima”. A obra ainda propõe que “esse princípio seja restrito a casos de comportamento doloso ou quando haja uma culpa grave *conscient*”. No original: “[t]he degree of the tortfeasor’s fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim” e “we think that this principle would be confined to cases of intentional or consciously reckless behaviour”.

punitiva” imanente à responsabilidade civil que fosse verdadeiramente subordinada ao princípio da reparação integral – ao contrário do caráter punitivo-pedagógico do dano moral que, por desvirtuações sofridas, parece ter, especialmente na prática judicial, transgredido o limite entre a indenização agravada e a indenização exemplar, no modelo inglês; e entre a função compensatória e a função punitiva da indenização punitiva, no modelo estadunidense. Os esforços históricos em apartar as indenizações agravada e punitiva, no direito inglês, podem ser ilustrativos para a doutrina e jurisprudência pátria.

Destarte, a partir da análise realizada, e da delimitação dos modelos jurídicos estrangeiros trabalhados, embora seja sempre muito difícil apontar uma equivalência entre institutos jurídicos concebidos em diferentes ordenamentos, no caso da indenização punitiva, o ordenamento estadunidense e o ordenamento brasileiro podem não estar tão distantes quanto se imaginava.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou traçar os modelos jurídicos do instituto da indenização punitiva nos dois principais países da *common law*: a Inglaterra e os Estados Unidos.

Inicialmente, tocou-se nos antecedentes históricos (a exemplo da ação de *qui tam* e a previsão de indenizações duplas ou triplas) dessa indenização. A partir disso, declinaram-se as possíveis razões para o seu surgimento, como a busca das cortes por um suporte teórico capaz de justificar indenizações em montantes elevados, e sua utilização como ferramenta de justiça social.

Em 1763 o instituto é propriamente intitulado como “indenização exemplar”, nomenclatura até hoje corrente na Inglaterra, e utilizado contra o Estado em dois casos envolvendo abuso de poder perpetrados por agente público. A partir disso, a indenização exemplar passa a ser tratada como um instituto jurídico autônomo. Vinte e um anos depois, ela é recepcionada pelos Estados Unidos.

Em solo inglês, respalda-se jurisprudencialmente a utilização desse tipo de indenização: contra a administração pública em hipóteses de abuso de poder (com firme *case-law* em casos de prisão ilegal por parte da polícia); e contra todo tipo de lesante nas hipóteses em que um ato ilícito de alta repreensibilidade tenha sido cometido com intuito de auferir um lucro maior do que a indenização que o lesante pudesse vir a pagar, se responsabilizado civilmente. Em 1964 ocorre o caso *Rookes v. Barnard*, que limita a aplicabilidade da indenização exemplar a categorias que representam justamente conjuntos dos referidos casos em que essa indenização já havia sido anteriormente conferida, e cuja jurisprudência já estava sedimentada.

Lorde Devlin, relator desse que se torna o *leading case* inglês em matéria de *punitive damages*, acreditava que uma indenização com um propósito manifestamente punitivo subvertia demasiadamente a lógica tradicionalmente reparatória (ou compensatória) da *tort law*, constituindo uma anomalia. O julgador, acreditando não ser possível extirpá-la – pois, pelos séculos de uso, já se via arraigada naquele ordenamento –, buscou conter tal anomalia restringindo-a às referidas categorias, acarretando ilogicidades sistêmicas, que considerava um mal menor do que uma maior “disponibilidade” do instituto.

Outrossim, acaba-se criando uma linha de fronteira entre a indenização exemplar e os *aggravated damages*, ou indenização agravada, que representam uma indenização compensatória capaz de abarcar determinados interesses anteriormente tutelados pela indenização exemplar, como

danos intangíveis (de natureza não-concreta) ou as hipóteses em que a conduta do lesante teria sido grave o suficiente para agravar o próprio dano extrapatrimonial da vítima. Muitos dos casos antigos que conferiam indenizações exemplares são, a partir dessa sistematização da Câmara dos Lordes em *Rookes*, considerados como hipóteses de indenizações agravadas.

Alguns anos mais tarde, em 1993, no caso *AB v. South West Water Services*, a Corte de Apelação tenta intervir na disponibilidade da indenização exemplar, e restringe-a aos tipos de *torts* em que ela já houvesse sido concedida anteriormente a 1964, quando da decisão do caso *Rookes*. Durante quase duas décadas o sistema inglês fica adstrito a conferir indenizações exemplares apenas nessas hipóteses. Em 2002 essa restrição é removida pela Câmara dos Lordes, no caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire*, em que se conclui que a Corte errara ao propor a arbitrária condição da *cause of action*.

O panorama contemporâneo da indenização exemplar no direito inglês é basicamente este: ela subsiste em conjunto com a indenização agravada, sendo disponível apenas em hipóteses que se enquadrem nalguma das categorias de *Rookes* (manifestando-se frequentemente em casos de prisão ilegal e difamação). Pela coexistência com a indenização agravada – que busca, dentro da estrutura indenitária, compensar o lesado ao mesmo passo que atenta à gravidade da conduta do lesante –, é possível concluir que, embora com aplicabilidade restrita, a indenização exemplar possui, em regra, um caráter verdadeiramente extracompensatório.

Em contraponto, no segundo momento do estudo, em que o enfoque é no modelo dos Estados Unidos, percebe-se que o país, ao recepcionar o instituto, não busca restringi-lo a determinados tipos de casos, além de também não sistematizar em apartado, e de forma autônoma, uma espécie de indenização capaz de abarcar interesses jurídicos intangíveis ou demais preocupações exclusivamente compensatórias (a única exceção sendo o *pain and suffering*, individualmente tutelado). Isso gera, neste ordenamento, uma possível hipertrofia da própria indenização punitiva.

A ausência de uma contenção na aplicação do instituto é revelada também por seu retrospecto histórico no ordenamento estadunidense, que inaugura o segundo capítulo. Inicialmente, a indenização punitiva era aplicada nas hipóteses de dano à honra da vítima, em que a conduta do réu tivesse caráter insultante ou humilhante, de outra forma não indenizáveis neste ordenamento (envolvendo “*intentional torts*” – ilícitos dolosos). Em um segundo momento, ela começou a ser aplicada em hipóteses de abuso de poder, geralmente cometido por agentes com amplo poder

econômico (com exemplo recorrente, à época, de casos envolvendo empresas ferroviárias). Por fim, sua mais recente expansão ocorre por influência do utilitarismo, com proeminência da busca por uma dissuasão eficiente (e se manifesta nos casos de ilícitos negociais e responsabilidade por fato do produto).

Após o retrospecto histórico, analisam-se as funções da indenização punitiva em solo estadunidense – um aspecto bastante explorado pela doutrina estrangeira. Propõe-se uma sistematização do instituto em cinco funções: duas primárias (a punitiva e a dissuasória), e três secundárias (a educativa, a compensatória, e a de policiamento).

A função punitiva proporciona um solo fértil de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, por representar mais claramente uma importação de algo tradicionalmente associado com o direito penal. Essa função encerra também um aspecto vingativo que se manifesta ou como a reivindicação de interesse público, ou como a reivindicação de interesse privado. No que diz respeito à possibilidade de reivindicação de um interesse público, questiona-se sobre a problemática de uma indenização pela “totalidade do dano” – entendida como a possibilidade de a indenização abarcar a totalidade do escopo danoso que a conduta causou a todas as vítimas e à sociedade. Também se refere a isso como a problemática das “múltiplas indenizações”, vez que seu maior impacto ocorreria, sem dúvida, quando mais de uma vítima pleiteasse por essa “indenização total”. Recentemente, a Suprema Corte vedou a possibilidade de se utilizarem diretamente os danos causados àqueles que forem estranhos ao litígio na quantificação da indenização punitiva. Esses danos a terceiros continuam podendo ser utilizados apenas como parâmetro para julgar a repreensibilidade da conduta do lesante.

Já a função dissuasória é, em regra, vista com melhores olhos, por afastar-se do subjetivismo inerente à função punitiva (que depende de um julgamento moral). Divide-se esta função em duas: a dissuasão específica, e a dissuasão geral. A dissuasão específica opera exclusivamente sobre o lesante condenado a pagar uma indenização punitiva, almejando desestimulá-lo de tornar a cometer o mesmo ilícito no futuro. Discute-se, inclusive, teoria que propõe uma ressystematização da indenização punitiva no intuito de que ela vise exclusivamente a esta dissuasão específica, identificada como capaz de prover um padrão minimamente seguro a medir e limitar indenizações extrapatrimoniais. De outro lado, a dissuasão geral, reconhecida por ampla jurisprudência, opera sobre toda a coletividade, e, assim, guarda forte conexão com a função educativa e com o aspecto de reivindicação do interesse público da função punitiva: representa o caráter

de “exemplaridade” desse tipo de indenização, buscando desestimular quaisquer possíveis agentes lesantes de incorrerem em conduta ilícita similar.

Dentre as funções secundárias, a que recebe maior destaque, e que se considera mais relevante para a presente análise, é a função compensatória. Ela representa para o modelo estadunidense basicamente o papel cumprido pela “indenização agravada” do direito inglês, uma vez que, como se afirmou acima, os Estados Unidos não possuem um mecanismo próprio para indenizar determinados danos intangíveis ou outros elementos não ressarcíveis (a exemplo das custas processuais). O agravamento do dano do autor causado pela conduta do réu é, nesse modelo, assimilado parcialmente por esta função, e parcialmente pela própria função punitiva (em sua feição de “reivindicação do interesse privado”).

Passando-se às questões procedimentais na aplicação de uma indenização punitiva, elucidam-se os elementos subjetivos necessários a marcarem a conduta do lesante para que este seja responsabilizado por uma indenização punitiva (chamado de “padrão de culpabilidade”), e os aspectos objetivos da determinação do *quantum* indenizatório. Ao contrário do sistema jurídico inglês, uma considerável parcela das jurisdições dos Estados Unidos permite a concessão de uma indenização punitiva em hipóteses de culpa grave em que o lesante não tinha consciência dos riscos de sua conduta – hipóteses de culpa inconsciente, identificado como um “desprezo gravemente culposo” (“*reckless disregard*”). Diferencia-se também o sistema estadunidense do inglês em algumas particularidades na quantificação da indenização: alguns estados do país preveem especificamente limites arbitrários estatutariamente estabelecidos ao *quantum* indenizatório (“*caps ond damages*”), além da interessante possibilidade de se evitar o enriquecimento sem causa do lesado ao repartir a indenização concedida entre ele e o próprio Estado, ou algum fundo estatal (“*split-recovery*”).

Por fim, expõem-se as decisões relevantes da Suprema Corte do país nesta matéria. A Corte, ultrapassando um momento inicial de relutância em reformar decisões de cortes inferiores, intervém em dois casos (*BMW* e *State Farm*), estipulando balizas para auxiliar na determinação sobre se uma indenização punitiva viola o princípio do devido processo legal: (1) o grau de repreensibilidade da conduta do réu, (2) a proporção ou razão entre a indenização compensatória e a indenização punitiva, e (3) a comparação da indenização imposta com as demais penalidades civis ou penais aplicáveis. Uma análise das decisões das cortes inferiores revela uma falta de uniformidade na aplicação dessas balizas, além de

subsistentes dúvidas quanto a sua operacionalização (a exemplo de como elas se relacionam entre si). A Suprema Corte, recentemente, parece ter evitado elaborar de forma mais precisa suas diretrizes, retornando àquela referida relutância em reformar indenizações punitivas.

Revela-se, assim, em ambos os ordenamentos analisados, um panorama ainda em desenvolvimento, e em que as intervenções regulatórias por suas respectivas cortes superiores continuam sendo bastante debatidas e criticadas, em especial pela doutrina: o escopo das categorias de *Rookes*, considerado impreciso e obscuro, no modelo inglês; e as balizas do caso *BMW/State Farm*, identificadas como contribuindo para um contexto disforme, no modelo estadunidense. Ademais, a doutrina inglesa recentemente parece buscar mecanismos alternativos que possam cumprir, de forma mais adequada, funções similares às da indenização exemplar (a exemplo dos “*gain-based damages*”). Nos Estados Unidos, por sua vez, subsistem incertezas também quanto à própria aplicabilidade da vertente material do devido processo legal – mecanismo utilizado pela Suprema Corte na decisão dos casos *BMW* e *State Farm* – na reforma de indenizações excessivas.

Do presente estudo resta uma certeza: uma investigação mais cuidadosa dos modelos estrangeiros, aqui tentada, pode – especialmente se o que se intenta é importá-los, e a despeito de qualquer juízo quanto a isso – se não iluminar um caminho possível, no mínimo evitar que se tateie às escuras.

REFERÊNCIAS

a) Bibliografia

- ABRAHAM, Kenneth S.; JEFFRIES JR., John C. Punitive damages and the rule of law: the role of the defendant's wealth. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 18, n. 2, p. 415-425, jun. 1989.
- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.
- ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral & indenização punitiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARLEN, Jennifer H. Should defendants' wealth matter? *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 21, n. 2, p. 413-429, jun. 1992.
- AUSNESS, Richard C. Retribution and deterrence: the role of Punitive Damages in products liability litigation. *Kentucky Law Journal*, Lexington, v. 74, n. 1, p. 1-125, 1986.
- BANSAL, Sachin. Philip Morris USA v. Williams: a confusing distinction. *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy Sidebar*, Durham, v. 3, p. 49-62, 2007.
- BEATSON, Jack. Anson's law of contract. 28. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BECK, Laura R. Punitive damages stow away in the fifth circuit: McBride v. Estis Well Service, L.L.C. *Tulane Maritime Law Journal*, New Orleans, v. 38, n. 2, p. 649-664, 2014.
- BEEVER, Allan. The structure of aggravated and exemplary damages. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 23, n. 1, p. 87-110, 2003.
- BELLI SR, Melvin M. Punitive Damages: their history, their use and their Worth in present-day society. *University of Missouri-Kansas City Law Review*, Kansas City, v. 49, n. 1, p. 1-23, 1980.
- BROOKE, Henry. A brief introduction: the origins of punitive damages. KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 1-3.
- BURROWS, Andrew. Damages for breach of contract: a developing hierarchy? *Business Law Journal*, Davis, v. 35, p. 28-43, 2003.
- BUSH, Brittan J. The answer lies in Admiralty: justifying oil spill punitive damages recovery through Admiralty Law. *Environmental Law*, Portland, v. 41, p. 1255-1294, 2011.

- CADY, Troy L. Disadvantaging the disadvantaged: the discriminatory effects of punitive damages caps. *Hofstra Law Review*, Hempstead, v. 25, n. 3, p. 1005-1039, 1997.
- CALABRESI, Guido. The complexity of torts: the case of punitive damages. In: MADDEN, M. Stuart (Ed.). *Exploring tort law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Cap. 10. p. 333-351.
- _____. The costs of accidents: a legal and economic analysis. New Haven: Yale University Press, 1970.
- CHAPMAN, Bruce; TREBILCOCK, Michael. Punitive damages: divergence in search of a rationale. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, v. 40, n. 3, p. 741-829, 1989.
- COLBY, Thomas B. Beyond the multiple punishment problem: punitive damages as punishment for individual, private wrongs. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 87, p. 583-678, 2003.
- _____. Clearing the smoke from Philip Morris v. Williams; the past, present, and future of punitive damages. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 118, p. 392-479, 2008.
- CUNNINGTON, Ralph. The border between compensation, restitution and punishment. *Law Quarterly Review*, London, v. 122, p. 382-386, 2006, p. 371
- DANIELS, Stephen; MARTIN, Joanne. Myth and reality in punitive damages. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 75, n. 1, p. 1-64, out. 1990.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis & Deakin's Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- DITTMAN, Stevan C. Amiable or merry - an update on maritime punitive damages. *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 89, n. 5-6, p. 1059-1102, jun. 2015.
- DOBBS, Dan B. Ending punishment in "punitive" damages: deterrence-measured remedies. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, v. 40, n. 3, p. 831-917, 1989.
- EATON, Thomas A.; MUSTARD, David B.; TALARICO, Susette M. The effects of seeking punitive damages on the processing of tort claims. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 34, n. 2, p. 343-370, 2005.
- EDELMAN, James. *Gain-based damages: contract, tort, equity and intellectual property*. Oxford: Hart Publishing, 2002.

- EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. The English versus the American rule on attorney fees: an empirical study of public company contracts. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 98, n. 2, p. 327-382, 2013.
- ELLIS JR., Dorsey D. Fairness and efficiency in the law of punitive damages. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 56, p. 1-78, 1982.
- EPSTEIN, Richard A. *Torts*. New York: Aspen Publishers, 1999.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European tort law: text and commentary*. Vienna: SpringerWienNewYork, 2005.
- FETZER, C. Bowman Jr. Navigating through the variations and admissibility of conduct required to support punitive damages at sea. *Loyola Maritime Law Journal*, New Orleans, v. 13, p. 27-62, 2014.
- GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West Group, 2009.
- GIGLIO, Francesco. *The foundations of restitution for wrongs*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- GILFOYLE, Dan et al. *The Trade Union Movement: 1950-1964 Trade unions and post-war consensus*. Disponível em: <<http://www.nationalarchives.gov.uk/cabinetpapers/alevelstudies/1950-trade-unions.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2013.
- GOTANDA, John. Punitive damages: a comparative analysis. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, v. 42, n. 2, p. 391-444, 2004.
- HINES, Laura J. Constitutional constraints on punitive damages: clarity, consistency, and the outlier dilemma. *The Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 66, p. 715-738, 2015.
- HOWARTH, David et al. *Hepple and Matthews' Tort Law: cases and materials*. 7. ed. Londres: Bloomsbury, 2015. 1248 p. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=BnDfCgAAQBAJ>>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- HUBBARD, F. Patrick. Substantive due process limits on punitive damages awards: "morals without technique"? *Florida Law Review*, Gainesville, v. 60, n. 2, p. 349-399, abr. 2008.
- INGBER, Stanley. Rethinking intangible injuries: a focus on remedy. *California Law Review*, Berkeley, v. 73, n. 3, p. 772-856, 1985.
- KAUFMAN, Elizabeth. *Punitive Damages: a review, evaluation & critique of current practices & proposals for reform*. New York:

- NYU, 2003. Disponível em:
<<http://politics.as.nyu.edu/docs/IO/4600/kaufman.pdf>>. Acesso em:
28 nov. 2012.
- KEETON, William Page *et al.* (Eds.). *Prosser and Keeton on the Law of Torts*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1984.
- KING JR., Joseph H. Pain and suffering, noneconomic damages, and the goals of tort law. *SMU Law Review*, Dallas, v. 57, n. 1, p. 163-210, 2004.
- KINGSLEY, Daniel. Aggravated damages. *New Law Journal*, London, v. 150, p. 216-220, 2000.
- KOZIOL, Helmut. Punitive damages: admission into the seventh legal heaven or eternal damnation? In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 275-308.
- KUKLIN, Bailey. Punishment: the civil perspective of punitive damages. *Cleveland State Law Review*, Cleveland, v. 37, p. 1-118, 1989.
- LONG, John D. Punitive damages: an unsettled doctrine. *Drake Law Review*, Des Moines, v. 25, p. 870-892, 1976. Disponível em:
<<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/drklr25&div=43&id=&page=>>. Acesso em: 20 set. 2014.
- MALLOR, Jane; ROBERTS, Barry. Punitive damages: Toward a principled approach. *The Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 31, p. 639-670, jan. 1980.
- MANN, Kenneth. Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 101, p. 1795-1873, 1992.
- MARKEL, Dan. How should punitive damages work? *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 157, p. 1383-1484, 2009.
- _____. Retributive damages: a theory of punitive damages as intermediate sanction. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 94, p. 239-340, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. *Revista CEJ*, Brasília, nº 28, p. 15-32, mar. 2005.
- MASSEY, Calvin R. The excessive fines clause and punitive damages: some lessons from history. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 40, n. 6, p.1233-1276, nov. 1987.
- MCMICHAEL, Benjamin J. Constitutional limitations on punitive damages: ambiguous effects and inconsistent justifications.

- Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 66, n. 3, p. 961-1013, 2013.
- MEISTER-GRIFFITH, Tonya J. Punitive damages update: Jones Act, maintenance and cure, and general maritime law. *University of San Francisco Maritime Law Journal*, San Francisco, v. 26, n. 2, p. 169-184, 2014.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004.
- MORRIS, Clarence. Punitive damages in tort cases. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 44, n. 8, p.1173-1209, jun. 1931.
- _____. Punitive damages in personal injury cases. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 21, p. 216-230, 1960.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- OWEN, David G. A Punitive Damages overview: functions, problems and reform. *Villanova Law Review*, Radnor Township, v. 39, p. 363-413, 1994. Disponível em:
<<http://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2869&context=vlr>>. Acesso em: 20 set. 2014.
- _____. Aggravating punitive damages. *University of Pennsylvania Law Review Online [PENumbra]*, Philadelphia, v. 158, p. 181-194, 2010.
- _____. Civil punishment and the public good. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 56, p. 103-121, 1982.
- _____. Foreword: the use and control of punitive damages. *William Mitchell Law Review*, St. Paul, v. 11, p. 309-317, 1985.
- _____. Punitive damages in products liability litigation. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 74, n. 7, p. 1257-1371, jun. 1976. Disponível em:
<<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1287815?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21101614515047>>. Acesso em: 2 jan. 2013.
- _____. The moral foundations of punitive damages. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, v. 40, p. 705-739, 1988. Disponível em:
<<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handl>

- e=hein.journals/bamalr40&div=42&id=&page=>. Acesso em: 28 nov. 2012.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PETERSON, Mark; SARMA, Syam; SHANLEY, Michael. Punitive damages: empirical findings. Santa Monica: RAND Corporation, 1987. 99 p. (The Institute for Civil Justice). Disponível em: <<http://www.prgs.edu/content/dam/rand/pubs/reports/2006/R3311.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2015.
- PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*. 5. ed. Boston: Little, Brown and Co., 1956. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/2458>>. Acesso em: 20 out. 2015.
- POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 111, n. 4, p. 869-962, fev. 1998.
- POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. *The history of English law before the time of Edward I*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1898. 2 v. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/2313>>; <<http://oll.libertyfund.org/titles/2313>>. Acesso em: 20 out. 2015.
- PROSSER, William L. *Handbook of the Law of Torts*. 4. ed. Eagan (MN): West Publishing Co., 1971.
- REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999. _____ . *Lições preliminares de direito*, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REDISH, Martin H.; MATHEWS, Andrew L. Why punitive damages are unconstitutional. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 53, n. 1, p. 1-54, 2004.
- REYNOLDS JR., Hugh E. Indiana supreme court applies clear and convincing evidence standard to claims for punitive damages arising out of breach of contract. *The Construction Lawyer*, Chicago, v. 4, n. 1, p. 16-17, 1983.
- ROBBENOLT, Jennifer K. Determining punitive damages: empirical insights and implications for reform. *Buffalo Law Review*, Amherst, v. 50, p. 103-203, 2002.
- RODDY, Nadine E. Punitive damages in strict products liability litigation. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 23, n. 2, p. 333-361, 1981.

- ROWAN, Solène. Reflections on the introduction of punitive damages for breach of contract. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 30, n. 3, p. 495-517, 2010.
- RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers. *American University Law Review*, Washington, v. 42, n. 4, p. 1269-1333, 1993.
Disponível em:
<http://www.aulawreview.org/index.php?option=com_content&view=category&id=123:volume-42-issue-4&Itemid=79&layout=default>.
Acesso em: 22 dez. 2012.
- RYAN, Patrick S. Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Washington, D.C., v. 10, n. 1, p. 69-93, 2003.
- SALES, James B.; COLE JR., Kenneth B. Punitive damages: A relic that has outlived its origins. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 37, n. 5, p. 1117-1172, out. 1984.
- SALMOND, John. *The law of torts: a treatise on the English law of liability for civil injuries*. Atualização de R.F.V. Heuston 17. ed. Londres: Sweet & Maxwell Ltd., 1977.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHAUER, Frederick. Fear, risk and the first amendment: unraveling the chilling effect. *Boston University Law Review*, Boston, v. 58, p. 685-732, 1978.
- SCHLUTER, Linda L.; REDDEN, Kenneth R. Punitive damages. 3. ed. Londres: Butterworth Legal Publishers, 1985.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação a diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SCHWARTZ, Gary T. Deterrence and punishment in the Common Law of punitive damages: a comment. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 56, n. 1, p. 133-153, fev. 1982.
- SCHWARTZ, Victor E.; BEHRENS, Mark A.; MASTROSIMONE, Joseph P. Reining in punitive damages "run wild": proposals for reform by courts and legislatures. *Brooklyn Law Review*, New York City, v. 65, n. 4, p. 1003-1035, 1999.
- SEBOK, Anthony J. Punitive damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork,

2009. p. 155-196.

_____. Punitive damages: from myth to theory. *Iowa Law Review*, Iowa City, v. 92, p. 957-1036, 2007.

_____. What did punitive damages do? Why misunderstanding the history of punitive damages matters today. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 78, n. 1, p. 163-206, 2003.

SEBOK, Anthony J.; WILCOX, Vanessa. Aggravated damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 257-274.

SEDGWICK, Theodore. *A treatise on the measure of damages: or, an inquiry into the principles which govern the amount of pecuniary compensation awarded by courts of justice*. 9. ed. New York: Baker, Voorhis & Co., 1912. 4 v. Disponível em:

<<https://archive.org/details/measureofdamages01sedg>>;

<<https://archive.org/details/measureofdamages02sedg>>;

<<https://archive.org/details/treatiseonmeasur03sedg>>;

<<https://archive.org/details/measureofdamages04sedg>>. Acesso em: 20 out. 2015.

SHARKEY, Catherine. Federal incursions and state defiance: punitive damages in the wake of Philip Morris v. Williams. *Willamette Law Review*, Salem, v. 46, n. 3, p. 449-478, 2010.

_____. Punitive damages as societal damages. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 113, p. 347-453, out. 2003. Disponível em:

<[http://www.yalelawjournal.org/pdf/113-](http://www.yalelawjournal.org/pdf/113-2/SharkeyCORRECTEDFINAL.pdf)

[2/SharkeyCORRECTEDFINAL.pdf](http://www.yalelawjournal.org/pdf/113-2/SharkeyCORRECTEDFINAL.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

SIERRA, Joana de Souza. *Um estudo de caso: o direito ao esquecimento contra a liberdade de imprensa*. 2013. 89 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em:

<<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/117152>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

SMITH, Phillip M. Watery grave for unseaworthiness punitive damages: McBride v. Estis Well Service, L.L.C. *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, v. 76, n. 2, p. 619-660, 2015.

SOLBERG, Joseph J.; HOSACK, Karen A. Punitive damages after Philip Morris USA v. Williams: has the smoke cleared? *Journal of Law, Business & Ethics*, v. 18, p. 73-90, 2012.

SULLIVAN, Rod. Punitive damages and a century of maritime law.

- Florida Coastal Law Review*, Jacksonville, v. 15, n. 1, p. 1-70, 2013
- THE LAW COMMISSION. *Consultation paper no. 132: Aggravated, exemplary and restitutionary damages*. Londres: HMSO, 1993. 180 p. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/04/cp132.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2015.
- _____. *Report no. 247: Aggravated, exemplary and restitutionary damages*. Londres: TLC, 1997. 196 p. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/04/LC247.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2015.
- TODISCO, Michael. Rolling the dice: calculating the odds for punitive damages in arctic drilling. *Villanova Environmental Law Journal*, Villanova, v. 26, n. 2, p. 263-288, 2015.
- TREITEL, Guenter. *The law of contract*. 11. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003.
- VAN DAM, Cees. *European tort law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- VARUHAS, Jason. The concept of ‘vindication’ in the law of torts; rights, interests and damages. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 34, n. 2, p. 253-293, 2014.
- VOLZ, William H.; FAYZ, Michael C. Punitive damages and the due process clause: the search for constitutional standards. *University of Detroit Mercy Law Review*, Detroit, v. 69, p. 459-543, 1992.
- WALKER, Mark Pickersgill. *Punitive damages: uma análise do instituto, perspectivas e crítica à atual aplicação*. 2013. 102 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.
- WALTHER, David L.; PLEIN, Thomas A. Punitive damages: a critical analysis: *Kink v. Combs*. *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 49, p. 369-386, 1965.
- WEINRIB, Ernest J. Punishment and disgorgement as contract remedies. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 78, n. 1, p. 55-103, 2003.
- WILCOX, Vanessa. Punitive damages in England. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 7-54.
- YÁGUËZ, Ricardo de Ángel. *Daños punitivos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 2012.
- ZIPURSKY, Benjamin C. A theory of punitive damages. *Texas Law*

Review, Austin, v. 84, p. 105-171, 2005.

b) Legislação

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 31 U.S. Code § 3729-3733, de 2 de março de 1863. *False Claims Act* (12 Stat. 696). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/31/3729>>; <<http://uscode.house.gov/>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. Constituição (1787). *Constituição Federal*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1988.

INGLATERRA. Department of Justice. *Civil Procedure Rules* (CPR), 1998. Disponível em: <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>>. Acesso em: 20/11/2015.

_____. Department for Constitutional Affairs. Consultation Paper n° 9/07, de 04 de maio de 2007. *The law on damages*. Disponível em: <<http://www.dca.gov.uk/consult/damages/cp0907.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

_____. Parliament Act n° 1977 c. 42, de 29 de julho de 1977. *Rent Act 1977*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/uk-pga/1977/42>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. Statutory Instruments n° 1898 (L.27), de 27 de novembro de 1972. *The Rules of The Supreme Court* (RSC): Amendment No. 3. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukSI/1972/1898/made>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

_____. Statutory Instruments n° 3132 (L.17), de 10 de dezembro de 1998. *Civil Procedure Rules* (CPR). Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukSI/1998/3132/made>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

c) Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 455.846 - RJ*. Agravante: União. Agravado: Daniel Felipe de Oliveira Netto. Relator: Celso de Mello. Brasília, 11 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=455846&classe=AI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

CALIFORNIA. Court of Appeals of California. Fourth Appellate District. *Grimshaw v. Ford Motor Company*, 1981. 119 Cal.App.3d 757. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*, 1975. 421 U.S. 240. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/421/240/>>. Acesso em: 25 nov. 2012.
- _____. Suprema Corte. *Atlantic Sounding Co. Inc. et al v. Townsend*, 2009. 557 U.S. 404. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/08-214.ZS.html>>. Acesso em: 25 nov. 2015.
- _____. Suprema Corte. *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore, Jr.*, 1996. 517 U.S. 559. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZS.html>>. Acesso em: 29 dez. 2015.
- _____. Suprema Corte. *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 1989. 492 U.S. 257. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/492/257.html>>. Acesso em: 30 dez. 2015.
- _____. Suprema Corte. *Day v. Woodworth*, 1851. 54 U.S. 363. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/54/363/>>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- _____. Suprema Corte. *Honda Motor Co. v. Oberg*, 1994. 512 U.S. 415. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/93-644.ZS.html>>. Acesso em: 25 dez. 2015.
- _____. Suprema Corte. *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 1991. 499 U.S. 1. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/89-1279.ZS.html>>. Acesso em: 29 dez. 2015.
- _____. Suprema Corte. *Philip Morris USA v. Williams*, 2007. 549 U.S. 346; 556 U.S. 178. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/05-1256.ZS.html>>. Acesso em: 28 dez. 2015.
- _____. Suprema Corte. *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 2003. 538 U.S.408. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1289.ZS.html>>. Acesso em: 5 jan. 2016.
- _____. Suprema Corte. *TXO Production Corp. v. Alliance Resources*, 1993. 509 U.S. 443. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-479.ZS.html>>. Acesso em: 30 dez. 2015.
- INGLATERRA. Court of Appeal (Civil Division). *AB v. South-West Water Services*. [1993] QB 507, 1993. Disponível em: <<http://swarb.co.uk/ab-v-south-west-water-services-ltd-ca-1993/>>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- _____. Court of Appeal (Civil Division). *Goswell v. Commissioner of Police for the Metropolis*. [1998] EWCA Civ 653, 7 abr. 1993.

Disponível em: <<http://swarb.co.uk/goswell-v-commissioner-of-police-for-metropolis-ca-7-apr-1998/>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. Court of Appeal (Civil Division). *Holden v. Chief Constable of Lancashire*. [1987] QB 380, 1987. Disponível em:

<<http://swarb.co.uk/lisc/Damag19851989.php>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. Court of Appeal (Civil Division). *John v. Mirror Group Newspapers Ltd.* [1997] QB 586, 31 jan. 1997. Disponível em:

<<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1995/23.html>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. Court of Appeal (Civil Division). *Richardson v. Howie* [2004] EWCA Civ 1127, 13 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/1127.html>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. Court of Appeal (Civil Division). *Thompson and Hsu v. Commissioner of Police of the Metropolis*. [1997] EWCA Civ 3083, 19 fev. 1997. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3083.html>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. Court of Common Pleas. *Huckle v. Money*. [1763] 2 Wil's KB 205, 1763. Disponível em: <<http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1799/225.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. Court of Common Pleas. *Wilkes v. Wood*. [1763] EWHC CP J95, 6 dez. 1763. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/CP/1763/J95.html>>; <<http://kadidal.blogspot.com.br/2006/04/below-entire-text-of-wilkes-v.html>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. House of Lords. *Cassell & Co. Ltd. v. Broome and Another*. [1972] UKHL 3, 23 fev. 1972. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1972/3.html>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

_____. House of Lords. *Her Majesty's Attorney General v. Blake*. [2000] UKHL 45, 27 jul. 2000. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000727/blake-1.htm>>; <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/45.html>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

_____. House of Lords. *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire*. [2001] UKHL 29, 2001. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010607/kuddus-1.htm>>; <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/29.html>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

- _____. House of Lords. *Rookes v. Barnard*. [1964] UKHL 1, 21 jan. 1964. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>>. Acesso em: 24 dez. 2012.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 64041-5*, da Terceira Câmara Cível. Apelante: Sebastião Rolim de Moura. Apelado: Casturino de Jesus Taques. Relator: Jesus Sarrão. Curitiba, 30 de junho de 1998. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1341803/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-64041-5>>. Acesso em: 11 jan. 2013.
- _____. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 585315-0*, da Nona Câmara Cível. Apelante: Vladimir Barros Aras. Apelado: Editora Três Ltda. e outro. Relator: Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, 17 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1897893/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-585315-0>>. Acesso em: 11 jan. 2013.
- _____. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 847462-6*, da Décima-Primeira Câmara Cível. Apelante: Claro S/A. Apelado: Odulpho Goyaná de Paiva Baracho Neto. Relator: Fernando Wolff Bodziak. Curitiba, 9 de maio de 2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11281769/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-847462-6>>. Acesso em: 11 jan. 2013.
- _____. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 1140075-2*, da Décima-Sétima Câmara Cível. Apelante: Kelve Hecke. Apelado: Banco Finansa S/A. Relator: Fabian Schweitzer. Curitiba, 4 de junho de 2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11687179/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1140075-2>>. Acesso em: 10 out. 2015.
- _____. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 1102620-3*, da Décima-Sétima Câmara Cível. Apelante: Banco Itaucard S.A. Apelado: Douglas Aparecido Fernandes Pires. Relator: Fabian Schweitzer. Curitiba, 10 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11748929/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1102620-3>>. Acesso em: 10 out. 2015.
- NEW YORK. District Court for the Southern District of New York. *United States Football League v. National Football League*, 1986. 638 F. Supp. 66 (SDNY). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/638/66/1490450/>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70059069708*, da Vigésima Terceira Câmara Cível. Apelante: Tiago Alexandre dos Santos. Apelado: Hipercard Administradora de Cartão de Crédito. Relator: Ana Paula Dalbosco. Porto Alegre, 26 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70059069708&num_processo=70059069708&codEmenta=5923198&temIntTeor=true>. Acesso em: 10 out. 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 2000.019426-3*, da Primeira Câmara de Direito Público. Apelante: Município de Florianópolis. Apelado: Ildemar Egger. Relator: Volnei Carlin. Florianópolis, 19 de abril de 2001. Disponível em: <<http://goo.gl/Q9slk>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 2002.007879-0*, da Primeira Câmara de Direito Público. Apelante: Município de Balneário Gaivota. Apelado: Deodato Gomes. Relator: Volnei Carlin. Florianópolis, 22 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://goo.gl/aM9I4>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 2002.020062-5*, da Primeira Câmara de Direito Público. Apelante: Tânia Terezinha Valendorf Ferraz. Apelado: Município de Xanxerê. Relator: Volnei Carlin. Florianópolis, 10 de abril de 2003. Disponível em: <<http://goo.gl/ubI6v>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 2004.006224-9*, da Primeira Câmara de Direito Público. Apelante: Município de Araranjá. Apelado: Alexandre Antunes Giusti. Relator: Volnei Carlin. Florianópolis, 26 de abril de 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/iOS7x>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

TEXAS. Court of Civil Appeals of Texas. *Williams v. Detroit Oil & Cotton Co.*, 1908. 52 Tex. Civ. App. 243. Disponível em: <<https://case-text.com/case/williams-v-detroit-oil-cotton-co-1>>. Acesso em: 27 nov. 2015.