

# OS DANOS MORAIS E OS *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO NORTE-AMERICANO: CAMINHOS E DESVIOS DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA\*

Mariana Pargendler\*\*

## I. INTRODUÇÃO



o imaginário jurídico e popular, os Estados Unidos aparecem como o lócus privilegiado das indenizações milionárias a serem pagas por grandes empresas pelos abusos cometidos contra consumidores.<sup>1</sup> Não é de surpreender que, em um período marcado pela “americanização do Direito”<sup>2</sup> – no qual a hegemonia econômica se traduz em imperialismo jurídico<sup>3</sup> –, a experiência norte-americana em matéria de responsabilidade civil passe a exercer verdadeiro fascínio e influência sobre outras culturas jurídicas. É nesse contexto que os *punitive damages* vêm servindo de inspiração, de forma expressa ou velada, às decisões

---

\* Texto originalmente publicado em: Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior. (org. PASCHOAL, Janaína e SILVEIRA, Renato Mello). Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2014, pp. 413-429.

\*\* Professora Associada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV) e da New York University (NYU) School of Law. É Doutora em Direito pela Yale University e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

<sup>1</sup> Para uma representação na literatura popular, cf. GRISHAM, John. *O Rei das Fraudes* [no original: “The King of Torts”]. Tradução de Aulyde Soares Rodrigues. Rocco, 2003.

<sup>2</sup> Nesse sentido, o volume 45 dos célebres *Archives de Philosophie du Droit* (2001), dedicados em sua integralidade ao tema “L’américanisation du Droit.”

<sup>3</sup> Sobre o tema, cf. MATTEI, Ugo. Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, 1994 (descrevendo as razões para a hegemonia dos Direitos francês, alemão e norte-americano, sucessivamente).

dos tribunais brasileiros que pretendem conferir caráter punitivo à responsabilidade civil por dano moral<sup>4</sup> – função esta estranha à moderna civilística de origem romano-germânica.<sup>5</sup> Em janeiro de 2014, uma pesquisa jurisprudencial pela expressão “*punitive damages*” no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo apontava para mais de mil acórdãos.

Neste breve texto, sugerimos que a observada tendência de tropicalização dos *punitive damages* incorre nos dois pecados capitais do Direito Comparado. Em primeiro lugar, o significado original dos *punitive damages* foi verdadeiramente *lost in translation* (ou “perdido na tradução”). Isto é, os *punitive damages* alegadamente aplicados no contexto brasileiro guardam muito pouca similitude com o instituto vigente nos Estados Unidos, sendo as suas bases e os seus requisitos desvirtuados ao longo do caminho. Em verdade, tanto as hipóteses de dano moral como de *punitive damages* no Direito norte-americano se afiguram muito mais restritas do que uma análise apressada e impressionista faria supor.

Em segundo lugar, as propostas de utilização dos *punitive damages* no Direito pátrio não têm atentado para as demais distinções de ordem jurídica e econômica entre os contextos brasileiro e norte-americano. É lição elementar de Direito Comparado que qualquer proposta de recepção de instituto jurídico estrangeiro deve necessariamente atentar para as diferenças relativas às demais características circundantes de ambos os sistemas

---

<sup>4</sup> Cf., a título exemplificativo: Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 455.846-RJ. Relator Ministro Celso de Mello. D.J. 21.10.2004; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.120.971-RJ. Relator Ministro Sidnei Benetti. Terceira Turma. J. 28.02.2012 D.J. 20.06.2012. *Contra*, censurando a aplicação irrestrita da doutrina dos *punitive damages* no Direito brasileiro: Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo 850.273-BA, Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Quarta Turma. J. 03.08.2010. D.J. 24.08.2010; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 401.358-PB. Relator Ministro Carlos Fernando Mathias. Quarta Turma. J.05.03.2009. D.J. 16.03.2009.

<sup>5</sup> Examinou-se este tema em: MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza, *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)*, Revista do CEJ, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

jurídicos. Em razão desta *interdependência institucional* entre os diversos elementos dogmáticos e procedimentais, é possível que regras aparentemente distintas atinjam resultados concretos semelhantes, e vice-versa. Trata-se do que Tullio Ascarelli denominou, em formulação clássica, como “a fungibilidade do instrumento jurídico relativamente ao fim econômico e a fungibilidade do fim econômico relativamente aos instrumentos jurídicos,” amparada no reconhecimento de que “a identidade das soluções jurídicas esconde uma diversidade de resultados práticos, desde que se entenda o real alcance da solução, em função dos vários dados que a determinaram; ou, ao contrário, a aparente diversidade das soluções jurídicas esconde, pela mesma razão, uma identidade de resultados práticos.”<sup>6</sup>

Segundo a corrente funcionalista hoje predominante no Direito Comparado,<sup>7</sup> mais importantes do que as formas jurídicas são as *funcionalidades* dos diferentes institutos. E justamente aí reside outra deficiência importante das tentativas existentes de recepção dos *punitive damages* pelo Direito brasileiro: estas não apenas distorcem os seus contornos dogmáticos, mas igualmente ignoram as peculiares funções exercidas por este instituto no Direito norte-americano, omitindo, assim, relevante elemento de reflexão sobre a sua compatibilidade com o ambiente institucional brasileiro.

A fim de sanar esses mal-entendidos, delinearemos, em primeiro lugar, o regime jurídico vigente no Direito norte-americano. Para tanto, cumpre traçar distinção entre as hipóteses e os critérios para a indenização do dano extrapatrimonial (*non-*

---

<sup>6</sup> ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 4

<sup>7</sup> Esse sentido, cf. o clássico ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1987 (assim sustentando: “The basic methodological principle of all comparative law is that of functionality”). Para uma revisão crítica das diferentes apreensões do método funcionalista, ver MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 339-383.

*economic damages*), de um lado, e os *punitive damages*, de outro, visto que ambos os institutos absolutamente não se confundem naquele sistema. Em seguida, analisaremos as peculiaridades do sistema jurídico norte-americano que informam a funcionalidade dos *punitive damages* naquele contexto, aconselhando grande cautela no seu transplante para outros solos.

## II. O DANO MORAL NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Fundado em robusto sistema federativo – constituído “de baixo para cima”, diferentemente do nosso que nele se inspirou –, o Direito da responsabilidade civil (*law of torts*) nos Estados Unidos constitui, tal como as demais matérias de Direito Privado, regime jurídico de competência preponderantemente estadual. Isso quer dizer que, no limite, não existe um único sistema de *torts*, mas tantos quantos os 50 estados norte-americanos.

Se é bem verdade que diferenças pontuais no tratamento jurídico existem conforme o estado em questão, também é certo que as semelhanças são relevantes, tendo em vista o alto grau de inspiração recíproca: embora não vinculantes, os precedentes de outros estados exercem influência sobre as cortes locais. A discussão que segue, portanto, cuida dos traços comuns predominantes na tradição jurídica norte-americana, integrantes do conhecimento jurídico básico (*black letter law*) disseminado pelas diversas Faculdades de Direito ao redor do país. As generalizações daí resultantes, porém, dificilmente refletirão de maneira precisa o regime jurídico vigente em um ou outro estado determinado.

No que concerne à sua fonte, o regime da responsabilidade civil extracontratual é matéria precipuamente regida pela *common law*, oriunda, pois, de precedentes jurisprudenciais com força vinculante. Não faltam, contudo, em tempos recentes, leis (*statutes*) estaduais sobre a matéria. O furor legiferante, acentuado nas últimas décadas, decorre especialmente do movimento

conhecido como *tort reform*, que conta com diversas conquistas desde a década de 1980.<sup>8</sup> O objetivo das iniciativas reformistas é, invariavelmente, o de afastar por via legislativa os percebidos abusos decorrentes da *common law* estadual, tanto na fixação de *punitive damages* como na quantificação da indenização por dano extrapatrimonial.<sup>9</sup>

No sistema de Direito norte-americano, a *summa divisio* para a determinação do *quantum* indenizatório em matéria de responsabilidade civil se dá entre os *compensatory damages*, fixados para recompor a esfera jurídica da vítima, proporcionando-lhes uma compensação satisfativa, de um lado; e, de outro, os *punitive damages*, estipulados com o duplo escopo de punir o ofensor e dissuadir a perpetração de ilícitos semelhantes.<sup>10</sup> A distinção remonta a um passado remoto, quando os danos extrapatrimoniais (*non-economic damages*) não eram considerados indenizáveis, à semelhança de seu histórico na tradição romanista. Assim, o arbitramento de *punitive damages* exercia a função indireta de prover uma satisfação à vítima do ilícito extrapatrimonial.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> VISCUSI, W. Kip. Tort Reform and Insurance Markets, *Risk Management and Insurance Review*, v. 7, n. 1, p. 9-24, 2004. Viscusi observa que a maioria dos estados norte-americanos adotou algum tipo de reforma legislativa em sede de responsabilidade civil nos anos 1980. Essas reformas tratavam primordialmente dos *noneconomic damages* e *punitive damages*, impondo tetos ao valor das indenizações ou criando novas hipóteses de limitação da responsabilidade. *Id.*, p. 9.

<sup>9</sup> Para uma relação das diferentes leis estaduais limitativas de *noneconomic damages* e *punitive damages*, decorrentes do movimento de *tort reform*, vale conferir os detalhados relatórios disponíveis no sítio da American Tort Reform Association: <http://www.atra.org/issues/noneconomic-damages-reform> e <http://www.atra.org/issues/punitive-damages-reform>. Acesso em: 3.12.2013.

<sup>10</sup> Há, ainda, a terceira categoria, embora menos relevante, dos *nominal damages*. Estes refletem a quantia de pequena monta por vezes agraciada ao autor da ação quando existe a verificação do ato ilícito, mas está ausente a prova do prejuízo. Restatement (Second) of Torts § 907 (1977) (“Nominal damages are a trivial sum of money awarded to a litigant who has established a cause of action but has not established that he is entitled to compensatory damages”).

<sup>11</sup> *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471, p.472 (2008). Ver também: *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U. S. 424, 437–438, n. 11 (2001); Note, Exemplary Damages in the Law of Torts, *Harvard Law Review*, v. 70, p. 517

Já há muito, porém, é admitida, dentro de parâmetros predeterminados, a possibilidade de se pleitear indenização por danos extrapatrimoniais. Desde então, não há dúvida de a indenização por danos de cunho extrapatrimonial (*non-economic damages*) constituir espécie do gênero *compensatory damages*: estes, os *compensatory damages*, podem ter caráter patrimonial ou extrapatrimonial, neste último caso sendo denominados *non-economic damages* e estando voltados a prover uma satisfação à vítima do ato ilícito.<sup>12</sup> Diferentemente dos *punitive damages* cuja fixação depende de critérios ligados à conduta e à pessoa do ofensor, os *compensatory damages* atinam exclusivamente à extensão do dano sofrido pelo ofendido.<sup>13</sup>

Se a definição do dano moral é problemática no Direito codificado brasileiro,<sup>14</sup> a dificuldade apenas se acentua no Direito norte-americano, sabidamente casuístico e fragmentário. Inexiste propriamente um conceito de dano moral nos moldes do Direito continental.<sup>15</sup> O equivalente mais próximo da figura reside nos *non-economic damages*, os quais, como o próprio nome indica, designam o valor pago ao demandante em decorrência de prejuízo de caráter extrapatrimonial. Mas não há um conceito unitário prevalente do gênero *non-economic damages*, nem tam-

---

(1957)). Contra, negando que os *punitive damages* tivessem jamais servido qualquer função compensatória: SEBOK, Anthony J. What Did Punitive Damages Do?, *Chicago-Kent Law Review*, v. 78, p. 163-206, 2003, p. 204.

<sup>12</sup> Ver, e.g., KING JR., Joseph H. Pain and Suffering, Noneconomic Damages, and the Goals of Tort Law, *SMU Law Review*, v. 57, p. 163-209, 2004, p. 167-168; Restatement (Second) of Torts § 903 (1977).

<sup>13</sup> Restatement (Second) of Torts § 903 (1977).

<sup>14</sup> Ver, por todos, MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n. 9, Lisboa, 2014.

<sup>15</sup> PARISH, Matthew T.; NELSON, Annalise K.; ROSENBERG, Charles B. Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration, *Berkeley Journal of International Damages*, v. 29, n. 1, p. 225-245, 2011 (observam que “a expressão ‘danos morais’ é criação dos sistemas de *civil law*,” sendo a sua tradução literal ao inglês (*moral damages*) “raramente invocada” nos Estados Unidos). *Id.*, p. 225-226.

pouco das suas mais diversas espécies (*pain and suffering, emotional distress, loss of society, humiliation, hedonic damages*, entre outras), embora seja possível encontrar definições pontuais, como aquela consagrada pelo Código Civil do estado da Califórnia.<sup>16</sup>

Aliás, no contexto norte-americano, inexistem sequer uma categoria unitária concernente à responsabilidade civil extracontratual. Esta é, ao contrário, alicerçada em diferentes tipos de atos ilícitos extracontratuais (*torts*). Isto é, tal como ocorre no Direito inglês, o Direito da responsabilidade civil extracontratual nos Estados Unidos pode ser descrito como *bifocal*.<sup>17</sup>

De um lado, tem-se a esmagadora maioria dos tipos de responsabilidade civil extracontratual, construídos historicamente em torno de determinados interesses protegidos.<sup>18</sup> É assim que a intencional violação ou ameaça de violação à integridade física podem configurar os ilícitos civis de *battery* ou *assault*, respectivamente, gerando a responsabilidade do ofensor pelos danos causados, ainda que de natureza extrapatrimonial. As ofensas à honra, por sua vez, fazem surgir o dever de indenizar sempre que estiverem presentes os requisitos do delito de *defamation* – requisitos estes ainda mais estritos do que em outros sistemas jurídicos, tendo em vista a particular ênfase conferida pelo sistema jurídico norte-americano à liberdade de expressão.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> California Civil Code, Section 1431.2 (b) (1): For purposes of this section, the term "economic damages" means objectively verifiable monetary losses including medical expenses, loss of earnings, burial costs, loss of use of property, costs of repair or replacement, costs of obtaining substitute domestic services, loss of employment and loss of business or employment opportunities". Disponível em: <[www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=civ&group=01001-02000&file=1430-1432](http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=civ&group=01001-02000&file=1430-1432)>

<sup>17</sup> DESCHEEMAERKER, Eric. Protecting Reputation: Defamation and Negligence, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 4, p. 603-641, 2009, p. 603.

<sup>18</sup> *Id.* Exemplificativamente: *battery, assault, false imprisonment, intentional infliction of emotional distress, trespass, nuisance, strict liability, defamation*, entre outros.

<sup>19</sup> Ver, por exemplo, o célebre caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254

De outro lado, há o tipo de ilícito não intencional (*unintentional tort*) denominado *negligence*, que se assemelha, em linhas gerais, à cláusula geral de responsabilidade civil fundada na culpa do Direito brasileiro (Código Civil, art. 186). Caracteriza-se a *negligence* pela violação do dever de cuidado (*duty of care*), definido como o dever de “agir como uma pessoa razoável diante das circunstâncias.”<sup>20</sup> Representa a *negligence* verdadeiro “ilícito transversal,”<sup>21</sup> porquanto alicerçado sobre a existência de culpa, e não sobre um único interesse protegido. O seu caráter geral e abrangente faz da *negligence*, em termos práticos, o mais relevante tipo de *tort*, do sistema norte-americano de responsabilidade civil extracontratual.

Como espécie de *compensatory damages*, operam os tribunais com a noção de que, tal como se dá com os danos patrimoniais (*economic damages*), os *non-economic damages* teriam função reparatória, isto é, serviriam para “restaurar a parte lesada, na medida do possível, à posição em que estaria se o ato ilícito não tivesse ocorrido”<sup>22</sup>. Porém, à exceção das leis oriundas do movimento de *tort reform* – invariavelmente destinadas

---

(1964), no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos reputou inconstitucional a responsabilização civil de um jornal pela veiculação de alegações falsas sobre a conduta de um funcionário público no exercício de suas funções sem que houvesse prova de dolo ou malícia (*malice*).

<sup>20</sup> Conforme enunciado nos célebres precedentes *Brown v. Kendall*, 60 Mass. 292 (1850) e *Vaughan v. Menlove*, 132 Eng. Rep. 490 (1837).

<sup>21</sup> DESCHEEMAEKER, Eric. Protecting Reputation: Defamation and Negligence, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 4, p. 603-641, 2009, p. 603.

<sup>22</sup> *McDougald v. Garber*, 536 N.E.2d 372, 374 (N.Y. 1989). Daí a crítica de Joseph H. KING, JR., que compara semelhante concepção do dano extrapatrimonial de pain and suffering ao célebre conto de Hans Christian Andersen “A Roupa Nova do Imperador”, cuja publicação é contemporânea ao reconhecimento do instituto. Tal como ocorre na literatura, os tribunais estadunidenses ainda estariam a operar com base na ilusão – óbvia, mas ignorada – de ser possível quantificar monetariamente a dor e o sofrimento. Vide KING JR., Joseph H. Pain and Suffering, Noneconomic Damages, and the Goals of Tort Law, *SMU Law Review*, v. 57, p. 163-209, 2004, p. 165-166. São recorrentes, por tudo isso, as assertivas de que os *noneconomic damages* implicariam “contradição inescapável”. KRITZER, Herbert M. *et al.* An Exploration of “Non-Economic” Damages in Civil Jury Awards, *William & Mary Law Review* (no



a restringir a indenizabilidade ou o *quantum* dos danos extrapatrimoniais – inexistem, como regra geral, critérios seguros de fonte legal ou jurisprudencial aptos a nortear a aplicação do instituto. Ao contrário, segundo descreve Ronen Avraham, o júri – o órgão responsável por averiguar a existência e fixar o montante dos *non-economic damages* – recebe apenas instruções genéricas para “compensar razoavelmente” o autor da ação pelos danos extrapatrimoniais sofridos.<sup>23</sup> A única métrica a ser empregada pelos jurados é a sua “consciência coletiva esclarecida” (*collective enlightened conscience*), sendo vedado, a despeito de forte crítica doutrinária, informar o júri sobre os montantes previamente conferidos em casos semelhantes.<sup>24</sup> Não cabe, tampouco, aludir à “regra de ouro”, instando os jurados a se colocar na posição da vítima e avaliar o quanto exigiriam à luz de semelhante dor e sofrimento.<sup>25</sup> Como regra geral, é lícito aos juízes alterar o *quantum* estipulado pelo júri apenas quando a condenação for aberrante de modo a “chocar a consciência.”<sup>26</sup>

Conquanto a evolução histórica tenha conduzido ao alargamento das hipóteses de indenização por danos extrapatrimoniais, a sua admissibilidade em ações baseadas em *negligence* permanece circunscrita. A mais importante das restrições existentes refere-se à chamada “regra do impacto” (*impact rule*).<sup>27</sup> Segundo esta regra, somente haverá direito à indenização por danos extrapatrimoniais se a vítima houver simultaneamente sofrido *dano físico* em razão do ato ilícito culposo. Se assim for, os danos de natureza extrapatrimonial – não por acaso referidos

---

prelo, 2014), p. 3. Disponível em: [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5815&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5815&context=faculty_scholarship), acesso em 08.01.2014.

<sup>23</sup> AVRAHAN, Ronen. Putting a Price on Pain-and-Suffering Damages: A Critique of the Current Approaches and a Preliminary Proposal for Change, *Northwestern University Law Review*, v. 100, n. 1, p. 87-119, 2006, p. 90.

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> *Id.*, p. 90-1.

<sup>26</sup> *Id.*, p. 91.

<sup>27</sup> KIRCHER, John J. The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm, *Marquette Law Review*, v. 90, p. 789-920, 2007, p. 810-811.

como “danos parasitários,” em razão do seu caráter anexo à lesão de natureza física – serão passíveis de indenização.<sup>28</sup> Se o dano extrapatrimonial oriundo de conduta culposa vier desacompanhado de lesão física, contudo, inexistirá, via de regra, direito à indenização.

Existem, por certo, exceções pontuais ao rigor da *impact rule*. Tem sido reconhecido o direito à indenização por danos extrapatrimoniais nos casos em que a vítima escapou por um triz de lesão física, pois se encontrava dentro da chamada “zona de perigo” (*zone of danger*).<sup>29</sup> Outra exceção importante deriva da célebre decisão no caso *Dillon v. Legg*.<sup>30</sup> Na ocasião, concedeu-se direito à indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos pela mãe que, embora estivesse tecnicamente fora da zona de perigo, presenciou de perto a morte de sua filha menor, em atropelamento ocasionado por culpa do motorista. Entende-se que esta segunda exceção à regra do impacto fica adstrita aos espectadores (*bystanders*) que tenham uma relação especial com a vítima, notadamente quando for de parentesco próximo.<sup>31</sup>

Por outro lado, se a indenização do dano moral desacompanhado de lesão física permanece excepcional em casos fundados em *negligence*, a sua aceitação é mais ampla quando a conduta ilícita causadora do dano for dolosa. Embora de origem relativamente recente, o *tort* de *intentional infliction of emotional distress* é hoje amplamente reconhecido.<sup>32</sup> Seus requisitos, contudo, são bastante rigorosos, destinando-se a alcançar condutas

---

<sup>28</sup> GOLDBERG, John C. P.; ZIPURSKY, Benjamin C. *The Oxford Introductions to U.S. Law: Torts*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

<sup>29</sup> *Id.*

<sup>30</sup> 68 Cal. 2d 728, 441 P. 2d 912 (1968). *Dillon* foi a decisão mais citada por cortes de outros estados entre 1940 e 2006. DEAR, Jake; JESSEN, Edward W. “Followed Rates” and Leading State Cases, 1940-2005, *University of California Davis Law Review*, v. 41, p. 683-711, 2007, p. 708.

<sup>31</sup> Ver, e.g., *Thing v. La Chusa*, 48 Cal.3d 644, 677 (1989).

<sup>32</sup> Já em 1939, William Prosser, célebre tratadista de *Torts*, clamava pelo reconhecimento explícito deste novo *tort*, até então admitido sorrateiramente. PROSSER, William L. Intentional Infliction of Mental Suffering: A New Tort, *Michigan Law Review*, v. 37, p. 874-892, 1938-1939. O *tort* veio reconhecido pelo *Restatement of Torts* em

altamente reprováveis. Exige-se que a conduta dolosa do réu, qualificada como “extrema” ou “ultrajante,” tenha causado “severa aflição emocional à vítima.”<sup>33</sup>

Percebe-se, pois, a nítida tendência do Direito norte-americano em circunscrever as hipóteses de indenização por dano extrapatrimonial de forma muito mais estrita do que o Direito brasileiro. Semelhante postura está longe de ser acidental. Ao contrário, sua persistência deriva do fundado receio dos tribunais de receber uma enxurrada de ações judiciais, bem como da dificuldade em se evitar pleitos fraudulentos.<sup>34</sup> Em defesa do regime vigente, Guido Calabresi considera que a relutância dos tribunais em conceder indenização em caso de danos extrapatrimoniais menos graves também pode ser justificada até mesmo pelo receio plausível de que o sofrimento venha a ser aumentado pelo reconhecimento do direito à indenização.<sup>35</sup>

Se é bastante estreita a portada dos *non-economic damages*, o mesmo se pode dizer dos *punitive damages*, cujos valores de condenações vêm sendo progressivamente limitados pela Suprema Corte norte-americana. De mais a mais, estes não servem nas hipóteses com que, equivocadamente, têm sido invocados por parcelas da doutrina e da jurisprudência brasileiras.

### III.OS PUNITIVE DAMAGES

---

um adendo de 1948. KIRCHER, John J. The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm, *Marquette Law Review*, v. 90, p. 789-920, 2007, p. 798.

<sup>33</sup> Restatement (Third) of Torts: Phys. & Emot. Harm § 46 (2012) (“An actor who by extreme and outrageous conduct intentionally or recklessly causes severe emotional harm to another is subject to liability for that emotional harm and, if the emotional harm causes bodily harm, also for the bodily harm”).

<sup>34</sup> PROSSER, William L. Intentional Infliction of Mental Suffering: A New Tort, *Michigan Law Review*, v. 37, p. 874-892, 1938-1939, p. 877; *Dillan v. Legg*, 68 Cal. 2d 728, 441 P. 2d 912 (1968).

<sup>35</sup> CALABRESI, Guido. *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law: Private Law Perspectives on a Public Law Problem*. New York: Syracuse University Press, 1985, p. 79.

Como acima referido, o Direito norte-americano consagra nítida distinção entre os *compensatory damages* e os *punitive damages*.<sup>36</sup> Incorre em manifesto equívoco, portanto, a parcela da doutrina brasileira que vislumbra correspondência entre os *punitive damages* ou *exemplary damages* da tradição anglo-saxônica e o instituto do dano moral dos sistemas jurídicos de origem romanista.<sup>37</sup> Tanto os *compensatory damages* como os *punitive damages* podem ser concedidos em ações de responsabilidade civil concernentes a danos de natureza patrimonial ou extrapatrimonial.<sup>38</sup>

O que distingue ambas as categorias não é a natureza do dano em questão, mas a finalidade da condenação – é dizer, sua função – e, por conseguinte, os critérios para a quantificação de seu montante. Os *compensatory damages* destinam-se a reparar o dano causado, sendo o *quantum* indenizatório determinado exclusivamente pela *extensão do dano*, à semelhança do que dispõe o art. 944, *caput*, do Código Civil brasileiro.<sup>39</sup> A fim de fixar

---

<sup>36</sup> Para uma análise mais detalhada das origens e contornos do instituto dos *punitive damages* no direito norte-americano, permita-nos referir o nosso: MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza, *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)*, Revista do CEJ, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

<sup>37</sup> É errônea, por exemplo, a assertiva do mestre Pontes de Miranda sobre o tema: “Na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, chama-se *exemplary damages* aos danos morais”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* – Tomo LIII. Atualizado por Rui Stocco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 293.

<sup>38</sup> Em um dos mais célebres julgados da jurisprudência norte-americana sobre *punitive damages* – *BMW v. Gore* –, o dano prejuízo sofrido pelo demandante apresentava natureza patrimonial. O carro vendido ao autor Ira Gore Jr. como se novo e intacto fosse havia sido repintado, diminuindo-lhe o valor em US\$ 4 mil. No entanto, o júri fixou os *punitive damages* em US\$ 4 milhões, tendo a Suprema Corte do Alabama reduzido a condenação para US\$ 2 milhões. Ainda assim, a Suprema Corte norte-americana considerou o montante inconstitucional, porque *grossly excessive* (manifestamente excessivo). *BMW v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996).

<sup>39</sup> *In verbis*: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.” Por certo, o parágrafo único do mesmo art. 944 veio a inovar na tradição jurídica nacional, permitindo ao juiz romper a estrita equivalência entre dano e indenização para reduzir esta última sempre que esta for desproporcional à gravidade da culpa (“Parágrafo único.

o *quantum* indenizatório em ofensas de caráter extrapatrimonial, o órgão julgador – via de regra, o júri, em primeira instância – deve atentar para as circunstâncias concretas do prejuízo sofrido pela vítima.

Já os *punitive damages* – literalmente, no vernáculo, “indenização punitiva”<sup>40</sup> – não têm natureza reparatória ou satisfativa, a qual, como visto, é desempenhada pelos *compensatory damages*.<sup>41</sup> Desde a primeira metade do século XIX, verificou-se o “quase total eclipse da função compensatória”<sup>42</sup> dos *punitive damages*. Vigora hoje verdadeiro consenso no sentido de que a imposição de *punitive damages* serve outras e distintas funções: notadamente, punir o ofensor e dissuadir condutas semelhantes.<sup>43</sup> Sua fixação, portanto, há de atentar para a figura do ofensor e a *gravidade de sua conduta*, com especial atenção ao grau de reprovabilidade social. Ademais, como se verá a seguir, há atualmente limitações de ordem constitucional ao arbitramento de *punitive damages* que não guarde qualquer proporção

---

Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”).

<sup>40</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza, *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)*, Revista do CEJ, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 16.

<sup>41</sup> *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471, p. 492 (2008) (“As the century progressed, and “the types of compensatory damages available to plaintiffs . . . broadened,” Cooper Industries, supra, at 437, n. 11, the consequence was that American courts tended to speak of punitive damages as separate and distinct from compensatory damages, see, e.g., Day, supra, at 371 (punitive damages “hav[e] in view the enormity of [the] offence rather than the measure of compensation to the plaintiff”).”).

<sup>42</sup> *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471, p. 492 (2008). Ver também: Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U. S. 424, 437–438, n. 11 (2001); Note, Exemplary Damages in the Law of Torts, *Harvard Law Review*, v. 70, p. 517 (1957)). Contra, negando que os punitive damages tivessem jamais servido qualquer função compensatória: SEBOK, Anthony J. What Did Punitive Damages Do?, *Chicago-Kent Law Review*, v. 78, p. 163-206, 2003, p. 204.

<sup>43</sup> *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471, p. 492 (2008) (“Regardless of the alternative rationales over the years, the consensus today is that punitives are aimed not at compensation but principally at retribution and deterring harmful conduct. This consensus informs the doctrine in most modern American jurisdictions, where juries are customarily instructed on twin goals of punitive awards”).

ao *quantum* dos *compensatory damages*, conforme reconhecido pela jurisprudência recente da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a matéria.

A possibilidade de condenar-se o autor de ato ilícito civil ao pagamento de quantia superior ao dano efetivamente sofrido é, sem dúvida, um dos traços tradicionais e distintivos do sistema de responsabilidade civil dos países de *common law*. Os antecedentes próximos do instituto remontam pelo menos à decisão inglesa no caso *Wilkes v. Wood* no distante ano de 1863.<sup>44</sup> A “inovação” de se atribuir à vítima quantia sem qualquer ligação quantitativa com o dano rapidamente cruzou o Atlântico para se popularizar em solo norte-americano já em meados no século XIX.<sup>45</sup> Por outro lado, em que pesem as oscilações históricas típicas da evolução jurídica,<sup>46</sup> a atribuição de função punitiva é não apenas considerada estranha ao instituto da responsabilidade civil na moderna civilística romano-germânica, como até mesmo ofensiva à ordem pública. Célebres julgados na Itália e Alemanha negaram reconhecimento a sentenças estrangeiras que previam a condenação em *punitive damages* justamente por este fundamento.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Lofft 1, 18, 98 Eng. Rep. 489 (1763) (autorizando a concessão de indenização superior à extensão do prejuízo). É curioso notar que, na tradição liberal anglo-saxônica, os *exemplary damages* foram inaugurados em um caso no qual o ilícito em questão – uma busca domiciliar não autorizada – havia sido perpetrada por um agente estatal. Para um panorama da evolução histórica dos *punitive damages*, cf. *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471, p. 490 (2008).

<sup>45</sup> *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471, p. 472 (2008).

<sup>46</sup> STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947, p. 374 e 377 (observando que “*le mouvement d'abolition de la peine privée s'accompagne d'un mouvement inverse qui tend à la rétablir*”).

<sup>47</sup> Ver, e.g., GOTANDA, John Y. Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?, *Columbia Journal of Transnational Law* p. 507-528, 2007, p. 513-4, 518 e 528; BEHR, Volcker, Myth and Reality of Punitive Damages in Germany, *Journal of Law and Commerce*, v. 24, p. 197-224, 2005 (descrevendo a relutância dos tribunais alemães em reconhecer condenações em *punitive damages*, apesar da existência de exceções pontuais). GOTANDA, John Y. Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?, *Columbia Journal of*

Nada obstante, cumpre ter em mente que, até mesmo nos sistemas jurídicos de *common law*, o acolhimento da função punitiva no Direito privado apresenta caráter excepcional. A título exemplificativo – e em marcante contraste com o tratamento jurídico conferido pela tradição romanista –, o Direito anglo-saxônico veda a pactuação contratual de cláusulas penais não compensatórias, reputando-as nulas de pleno direito.<sup>48</sup> Ao menos sete estados norte-americanos proíbem ou restringem significativamente as condenações em *punitive damages*.<sup>49</sup> Em tantos outros, os *punitive damages* encontram severos limites relativamente ao seu *quantum* e destinação.<sup>50</sup>

Os *punitive damages* sujeitam-se a critérios de admissibilidade bastante rigorosos. Apenas podem ser concedidos quando presentes circunstâncias subjetivas que se aproximam da categoria continental do dolo, seja direto ou eventual: *malice*, *wantonness*, *willfulness*, *oppression*, *fraud*, entre outras. A mera culpa, na ausência das circunstâncias agravantes, não basta, como regra, para a condenação de *punitive damages*, embora a *gross negligence* (negligência grave), em alguns estados, autorize a sua concessão.<sup>51</sup> Seja como for, a imposição de *punitive*

---

*Transnational Law* p. 507-528, 2007, p. 513-514 e 518.

<sup>48</sup> Restatement (Second) Contracts, § 356 (“The central objective behind the system of contract remedies is compensatory, not punitive. Punishment of a promisor for having broken his promise has no justification on either economic or other grounds and a term providing such a penalty is unenforceable on grounds of public policy”).

<sup>49</sup> São eles: Louisiana, Massachusetts, Michigan, Nebraska, New Hampshire, South Dakota e Washington. EISENBERG, Theodore et al. The Decision to Award Punitive Damages: An Empirical Study, *Journal of Legal Analysis*, v. 2, n. 2, p. 557-620, 2010, p. 592-3.

<sup>50</sup> A título exemplificativo: Virgínia (teto de US\$350.000), Ohio (razão de 2 para 1 relativamente aos *compensatory damages*); Alaska (o maior da razão de 3 para 1 ou US\$500.000). Cf. *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471, p. 493 (2008).

<sup>51</sup> Verbete “Damages”. Corpus Juris Secundum, p. 721: “In general, in order to authorize an award, the wrongdoer must know when he commits the act that it is wrongful or there must be such recklessness that conscious wrongdoing is necessarily implied, and he must do the act intentionally without just cause or excuse”. E ainda: “The doctrine of exemplary damages has been said to involve rather the extent of the injury

*damages* liga-se inelutavelmente ao exame dos aspectos subjetivos da conduta do ofensor. É por isso que, conforme já alertamos em outra ocasião, o reconhecimento da responsabilidade objetiva do autor do dano – quando desacompanhada de evidências sobre os requisitos de ordem subjetiva – não autoriza a imposição de *punitive damages*.<sup>52</sup> Longe de serem surpreendentes, estes requisitos apenas corroboram que os *punitive damages* constituem verdadeira pena, “técnica ancorada num olhar sobre o agente causador do dano, mais que na consideração da vítima ou da situação lesada.”<sup>53</sup>

Não por acaso – e desmentindo a percepção de que as indenizações “milionárias” são rotineiras no direito norte-americano –, os estudos empíricos sobre o tema revelam que as condenações em *punitive damages* naquele sistema são relativamente raras e moderadas. Os *punitive damages* são outorgados em cerca de três a cinco por cento das ações judiciais em que o autor sai vencedor em primeira instância, sendo comparativamente mais frequentes quando o dano em questão apresenta natureza financeira.<sup>54</sup> No tocante aos valores envolvidos, a quantificação dos *punitive damages* guarda, na maior parte das vezes,

---

intended than that which was really inflicted, and to depend on circumstances manifesting moral turpitude or atrocity in defendant’s conduct, the damages to be increased according to the degree of malice by which the evidence shows defendant to have been actuated” (p.721).

<sup>52</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza, *Usos e abusos da função punitiva* (punitive damages e o direito brasileiro), *Revista do CEJ*, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 23-24.

<sup>53</sup> *Id.*, p. 17.

<sup>54</sup> EISENBERG, Theodore *et al.* Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study, *Cornell Law Review*, v. 87, p. 743-782, 2002, p. 758 (contrastando o a taxa média de 3% de condenações *punitive damages* em ações procedentes em decisões do júri com a taxa de 5% em decisões por juízes); MOLLER, Erik K. *et al.* Punitive Damages in Financial Injury Jury Verdicts, *Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 2, p. 283-339, 1999, p. 303. Quando são considerados apenas os casos nos quais os *punitive damages* são pleiteados pelo autor, porém, a taxa de sucesso é bem superior, beirando os 30%. Cf. EISENBERG, Theodore *et al.* The Decision to Award Punitive Damages: An Empirical Study, *Journal of Legal Analysis*, v. 2, n. 2, p. 557-620, 2010, p. 577.



estreita relação com o montante concedido a título de *compensatory damages*.<sup>55</sup>

Todavia, como adverte o professor A. Mitchell Polinsky, essas evidências não permitem concluir que as condenações em *punitive damages* no direito norte-americano sejam “insignificantes” ou “racionais.” A esmagadora maioria de ações judiciais nos Estados Unidos termina em acordo. Estes, por sua vez, são plausivelmente influenciados pela potencial ameaça de *punitive damages* a serem fixados de maneira imprevisível e arbitrária. A par disso, a própria correlação observada entre o *quantum* dos *compensatory damages* e dos *punitive damages* põe em xeque a racionalidade da quantificação destes últimos, porquanto a *ratio* e os critérios norteadores de um ou outro instituto não se confundem.<sup>56</sup> Apesar das limitações existentes, e corroborando o senso-comum, até mesmo a Suprema Corte norte-americana reconheceu, forte em lição doutrinária, que os *punitive damages* ainda são, de modo geral, mais elevados e mais frequentes nos Estados Unidos do que em qualquer outro lugar do mundo.<sup>57</sup>

Embora as hipóteses de incidência dos *punitive damages* fossem tradicionalmente circunscritas a condutas de alta carga de reprovabilidade, inexistiam, *ab initio*, limites quanto ao arbitramento da indenização. Este cenário, contudo, sofreu radical transformação nas últimas décadas. De um lado, expressiva parcela dos estados norte-americanos passou a impor, por via legislativa, limites às condenações em *punitive damages*.<sup>58</sup> De outro,

---

<sup>55</sup> EISENBERG, Theodore *et al.* Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study, *Cornell Law Review*, v. 87, p. 743-782, 2002, p. 758.

<sup>56</sup> Cf. POLINSKY, A. Mitchell. Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational? A Comment on Eisenberg et al. *Journal of Legal Studies*, v. 26, n. S2, p. 663-677, 1997.

<sup>57</sup> *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008), p. 496 (“Despite these limitations, punitive damages overall are higher and more frequent in the United States than they are anywhere else”, citando Gotanda, *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, 42 *Colum. J. Transnat’l L.* 391, 421 (2004).

<sup>58</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza, *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)*, *Revista do CEJ*, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p.21.

desde a famosa decisão no caso *BMW v. Gore* de 1996, a Suprema Corte dos Estados Unidos vem entendendo que indenizações fixadas em patamares particularmente elevados, sem qualquer lastro no dano efetivamente sofrido, afrontam à *Due Process Clause* da Constituição norte-americana.<sup>59</sup> Nos termos de nossa anterior análise sobre o tema<sup>60</sup>:

“Tão irrazoável foi a condenação, tão desproporcionada foi a pena que a Suprema Corte houve por bem instruir as demais Cortes estaduais a considerar três diretrizes na fixação dos *punitive damages* para todos os casos futuros, a saber:

(i) o grau de reprovabilidade da conduta do réu (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (*the tortious conduct evinced na indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others*); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente<sup>61</sup>;

(ii) a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages* ;

(iii) a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri

---

<sup>59</sup> *BMW v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996). Para uma descrição do fatos do caso, vide nota 38 *supra*.

<sup>60</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza, *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)*, *Revista do CEJ*, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p.19.

<sup>61</sup> Importa ter presente que a existência de qualquer desses fatores em favor do autor podem não ser suficientes para sustentar uma condenação de *punitive damages*; por outro lado, a ausência de todos torna qualquer condenação suspeita. Isso porque se deve presumir que o autor foi plenamente compensado pelo dano/sofrimento pelos *compensatory damages*, de forma que os *punitive damages* devem ser pagos somente quando a culpabilidade do réu, depois de ter pago *compensatory damages*, é tão repreensível que merece a imposição de outras sanções para se atingir punição ou prevenção.

e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Desde então a ampla liberdade do júri para a fixação dos *punitive damages* vem sofrendo reveses, como ocorreu em 2001, no julgamento do caso *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.* Mais recentemente, em *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. V. Campbell et al.* (2003), houve nova declaração de inconstitucionalidade dos *punitive damages* pela Suprema Corte, tendo por base as diretrizes do caso *Gore*.<sup>62</sup>

Desde este relato, o escrutínio dos *punitive damages* pela Suprema Corte norte-americana apenas recrudescceu. Em 2007, o Tribunal decidiu o caso *Phillip Morris v. Williams*, um exemplar de tantos processos judiciais promovidos por consumidores contra a indústria do cigarro. Na ocasião, a principal questão *sub judice* era saber se era lícito ao júri basear a condenação em *punitive damages* no anseio de punir o réu pelos danos causados a terceiros ao processo. Concluindo pela negativa, aduziu a Corte que levar em conta eventuais ofensas a quem não é parte do processo privaria o réu de seu direito de defesa, equiparando-se à tomada ou desapropriação de sua propriedade sem o devido processo legal.<sup>63</sup>

Em 2008, a Suprema Corte enfrentou novamente o tema no julgamento do caso *Exxon v. Baker*, relativo ao desastre ambiental resultante do acidente com o navio petroleiro *Exxon Valdez* no já longínquo ano de 1989. O caso mereceu tratamento distinto do conferido pela jurisprudência da Corte sobre os *punitive damages* em razão de uma peculiaridade: a situação jurídica em questão era regida pelo direito marítimo, que, diferentemente da responsabilidade civil comum, é de competência federal. Com a oportunidade em mãos de aplicar o Direito federal – e não apenas de avaliar a estrita compatibilidade do Direito estadual com a Constituição dos Estados Unidos –, a Suprema

<sup>62</sup> Veja-se o acurado exame de MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 237-248.

<sup>63</sup> *Phillip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346 (2007).

Corte impôs limites ainda mais rígidos aos *punitive damages*. Em decisão por maioria relatada pelo Justice Souter, decidiu-se que, em casos de direito marítimo fundamentados em *recklessness* (figura que se aproxima ao dolo eventual da tradição continental), as condenações em *punitive damages* sujeitam-se à “razão de 1 para 1”: isto é, o *quantum* dos *punitive damages* não deve exceder o montante outorgado a título de *compensatory damages*.<sup>64</sup>

Conclusivamente: no Direito norte-americano, há nítida cisão entre o dano moral (*non-economic damages*), cujo caráter é compensatório à vítima, sendo admitido em hipóteses relativamente restritas, e a indenização punitiva (*punitive damages*), cabível, dentro de limites constitucionalmente impostos, em face do alto grau de reprovabilidade social da conduta do ofensor a ser aferido pelo júri. Portanto, diferentemente do que vêm sugerindo doutrina e jurisprudência brasileiras, não há, no Direito norte-americano, caráter punitivo ínsito às indenizações por dano extrapatrimonial, as quais devem ser fixadas tendo em vista exclusivamente a extensão do dano sofrido pela vítima.

Por fim, a par do exame de seus contornos dogmáticos, os *punitive damages* não podem ser entendidos – e muito menos emulados – sem a compreensão da função que desempenham no peculiar contexto liberal norte-americano, particularmente avesso, dentre as economias desenvolvidas, às conquistas do *welfare state*. Ao menos até a recente e controvertida reforma implementada por Barack Obama, a ausência de um sistema público de saúde com cobertura ampla, aliada a custos médicos acintosamente elevados para os padrões internacionais, conduziria à falência pessoal boa parte das vítimas de acidentes. Este estado de coisas ajuda a explicar a peculiar centralidade da responsabilidade civil no contexto norte-americano. Alie-se a isso a ausência de um corpo de defensores públicos, que transfere a

---

<sup>64</sup> *Exxon v. Baker*, 554 U.S. 471, p. 497 (2008).

advogados privados a representação em juízo de clientes carentes com base no sistema da *contingency fee* – segundo o qual os honorários advocatícios serão pagos exclusivamente sob a forma de taxa de sucesso sobre o valor da condenação. Nesse contexto, as condenações em *punitive damages* servem como complemento a este arranjo, pois atuam, indiretamente, para remunerar o procurador da vítima, sem, no entanto, subtrair da condenação necessária para recompor-lhe a esfera jurídica.

Além disso, há complementaridade entre os requisitos substantivos para a concessão de *punitive damages* e as características operacionais do sistema procedimental norte-americano. A concessão de *punitive damages* exige, no mais das vezes, a prova de conduta altamente reprovável por parte do ofensor de forma clara e convincente (*clear and convincing evidence*). Este tipo de evidência, por sua vez, torna-se possível em face do amplíssimo sistema de produção de provas durante a fase de *discovery*.<sup>65</sup> O resultado é que elementos como o dolo, a fraude, a existência de motivo torpe são objeto de prova exaustiva. No Brasil, onde a fase instrutória é mais breve, simplificada e centralizada no juiz, os elementos subjetivos que fundamentam a condenação em *punitive damages* dificilmente podem ser provados ou desprovados. O resultado é que o elemento subjetivo acaba sendo obliterado, ampliando sobremaneira o espectro da “indenização punitiva”, em grave prejuízo do ambiente institucional.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Para uma comparação entre o sistema de *discovery* no Direito norte-americano e o Direito processual brasileiro, ver GORGA, Érica; HALBERSTAM, Michael. *Litigation Discovery & Corporate Governance: The Missing Story About “The Genius of American Corporate Law”* (2013). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2239322>.

<sup>66</sup> Encontram-se, ademais, distorções ainda mais aberrantes, como quando as decisões judiciais brasileiras fazem referência a provas produzida em ações judiciais processadas nos Estados Unidos relativamente ao aspecto subjetivo da conduta do ofensor, as quais são utilizadas como fundamento para o juízo de repreensibilidade de sua conduta à luz do Direito brasileiro. Cf., nesse sentido, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70000144626. Relatora Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira. Nona Câmara Cível. J. 29.10.2003.

#### IV. CONCLUSÃO

Os *punitive damages* do Direito norte-americano não oferecem um modelo jurídico adequado para a jurisprudência brasileira. A ausência de previsão legal do instituto em nosso País por si só já desautorizaria a sua aplicação pela jurisprudência.<sup>67</sup> Como se não bastasse, o conceito tem sido corriqueiramente invocado em situações estranhas às suas hipóteses de incidência no Direito norte-americano e, ademais, sem qualquer atenção às importantes diferenças existentes entre ambos os sistemas jurídicos. Já é tempo, portanto, de se abandonar a ideia de *punitive damages* como artifício meramente retórico e de se construir parâmetros dogmáticos seguros para a quantificação do dano moral com a devida atenção às peculiaridades do Direito brasileiro.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n. 9, Lisboa, 2014.

<sup>68</sup> Como um exemplar estudo nesta direção, cf. MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n. 9, Lisboa, 2014.