

A ETIOLOGIA DOS *PUNITIVE DAMAGES* NOS ESTADOS UNIDOS E INGLATERRA

Nelson Rosenvald *

“O ânimo me leva a narrar as formas mudadas em novos corpos. Deuses (pois vós também as mudastes), bafejai meu intento e desde a primeira origem do mundo conduzi até meus tempos um canto contínuo”
(Ovídio, abertura do próêmio *Metamorfoses*).

O poema universal de Ovídio, “Metamorfoses”, é cosmogônico e também etiológico. A cosmogonia se refere principalmente à origem dos elementos primordiais e mais importantes do mundo – Céu, Terra, Oceano, Dia, Noite. Já a etilogia se refere a elementos muito menores, como a origem de certas árvores, como surgiu o deserto e até coisas menores, como a origem de certos nomes. Cuida-se de estratégia narrativa muito importante, ausente nas cosmogonias: trata-se do “aquilo deu nisso” em que “isso” é o que todos vêem, é o que todos já sabem, e “aquilo” é sua causa desconhecida, antiga, velada. Na seção cosmogônica o poeta Ovídio narra a origem primeira do mundo e nas etiológicas, a longa história subsequente.¹

Diferentemente, o poema de Mário de Andrade, “A serra do Rola-Moça” (que integra o poema “Noturno de Belo Horizonte”, de 1924) é perfeitamente etiológico, mas não cosmogônico, pois relata como uma cadeia de montanhas num lugar do interior do Brasil passou a ter esse nome, cuja origem ou causa se deu após um acidente que vitimou a noiva no próprio dia do

* Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Professor do Doutorado e Mestrado do IDP/DF. Pós-Doutor em Direito Civil – Università Roma Tre (IT-2011). Pós-Doutor em Direito Societário na Universidade de Coimbra (PO-2017). Visiting Academic - Oxford University (UK-2016-2017). Professor Visitante na Universidade Carlos III (ES-2018). Doutor e Mestre pela PUC/SP. Presidente do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil (IBERC). Fellow of the European Law Institute (ELI). Member of the Society of Legal Scholars (UK). Membro do Grupo Ibero-americano de Responsabilidade Civil. Membro do Comitê Científico da revista Actualidad Jurídica Ibero-americana (Espanña). ORCID <https://orcid.org/0000-0002-4123-0158>

¹ OLIVA NETO, João Angelo. *Mínima gramática das metamorfoses de Ovídio*. Metamorfoses – Ovídio, São Paulo, Editora 34, 2017, p. 9. “Até determinado tempo todas as amoreiras davam sempre frutos brancos e que foi por causa de um evento decisivo, o triste caso de amor de Píramo e Tisbe, que passaram a dar frutos vermelhos cor de sangue...portanto, ao referir a origem passada de fatos menores e hoje banais, a narrativa etiológica desbanaliza-os e os vivifica e, desse modo, se para cada fato corriqueiro observado na natureza houver uma causa que, no limite, é miraculosa, como sangue a tingir as amoras, o mundo todo na perspectiva mítica passa a ser um conjunto de maravilhas e também de poesia”.

casamento.²

Tal como o poeta modernista da “Paulicéia desvairada”, porém dentro de nossas limitações, procuraremos aqui investigar a etiologia dos *punitive damages*. Partindo de um dado presente e bem conhecido do leitor afeto ao direito comparado, narra-se o contexto passado e desconhecido que deu origem à nomenclatura que se vê e ao que se sabe. Tal como nas Metamorfoses, o objeto do relato não é apenas a origem (etiologia), mas as mudanças e transformação dos possíveis sentidos atribuídos aos *punitive damages*.

PUNITIVE DAMAGES NOS EUA: AS CONTRADIÇÕES TEÓRICAS

As teorias norte-americanas sobre *punitive damages* se dividem em três análises quanto à sua função: punir o autor do ilícito, compensar a vítima ou um híbrido de ambos. A própria Suprema corte dos EUA discutiu o objetivo dos *punitive damages* em algumas ocasiões, alcançando diferentes conclusões.³ Aliás, em sua conhecida trilogia referente aos limites da cláusula do devido processo, a SCOTUS simultaneamente afirmou, por um lado, que o objetivo dos *punitive damages* seriam os de “punir condutas ilícitas e deter a sua reiteração” e, lado outro, que a compensação de danos depende e está intimamente conectada com a condenação punitiva.⁴ Enfim, a Suprema Corte parece inapta a decidir se os *punitive damages* são voltados ao agente ou as vítimas.

A expressão *punitive damages* é a chave para compreendermos as duas mais proeminentes explicações sobre a finalidade deste remédio nos EUA: punição (*punishment*) e indenização (*damages*). Se eles forem “punitive”, o objetivo será o de punir os ofensores, enfatizando a dissuasão e funções retributiva, porém se forem “damages”, a finalidade será a de compensar as vítimas por um ilícito privado, providenciando-lhes uma reparação. Se os *punitive damages* forem ambas as coisas, como decidiu a Suprema Corte em 2020,⁵ o problema será o

² “A Serra do Rola-Moça Não tinha esse nome não... Eles eram do outro lado, vieram na vila casar. E atravessaram a serra, o noivo com a noiva dele cada qual no seu cavalo. Antes que chegasse a noite se lembraram de voltar. Disseram adeus pra todos e se puserem de novo pelos atalhos da serra cada qual no seu cavalo. Os dois estavam felizes, na altura tudo era paz. Pelos caminhos estreitos ele na frente, ela atrás. E riam. Como eles riam! Riam até sem razão. A Serra do Rola-Moça não tinha esse nome não. As tribos rubras da tarde rapidamente fugiam e apressadas se escondiam lá embaixo nos socavões, temendo a noite que vinha. Porém os dois continuavam cada qual no seu cavalo, e riam. Como eles riam! E os risos também casavam com as risadas dos cascalhos, que pulando levianinhos da vereda se soltavam, buscando o despenhadeiro. Ali, Fortuna inviolável! O casco pisara em falso. Dão noiva e cavalo um salto, precipitados no abismo. Nem o baque se escutou. Faz um silêncio de morte, na altura tudo era paz ... chicoteado o seu cavalo, no vão do despenhadeiro O noivo se despenhou. E a Serra do Rola-Moça se chamou”.

³ Basta comparar os três casos: *Opati v. Republic of Sudan* 590 U.S. (2020) (*punitive damages* como híbrido de punição/compensação) com *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool, Inc.*, 532 U.S. 424, 432 (2001) (descrevendo *punitive damages* como “private fines” aplicadas por júris) e ainda com *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471, 492 (2008) (entendendo que *punitive damages* não objetivam compensação, mas principalmente retribuição para deter condutas nocivas).

⁴ *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559, 568, 575 (1996); *State Farm Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 417-19 (2003); *Philip Morris, USA v. Williams*, 549 U.S. 346, 352-53 (2007).

⁵ *Opati v. Republic of Sudan*, 140 S. Ct. 1601, 1609 (2020). Como enfatizou Justice Gorsuch: “It’s true that punitive damages aren’t merely a form a compensation but a form of punishment, and we don’t doubt that applying new punishments to completed conduct can raise serious constitutional questions.”). *Opati* foi um caso envolvendo o *Foreign Sovereign Immunities Act* com a emenda de 2008, cujo objeto foi saber se

de conciliar as suas funções em cada caso.

A maioria dos estudiosos acredita que o objetivo dos *punitive damages* consiste em punir os autores de ilícitos, desestimular indesejáveis comportamentos (*deterrence*) e forjar o merecimento (*desert*) – “desert” no sentido de o demandado merecer uma punição.⁶ Existem nuances nesses vocábulos, mas há algo de desconfortável em considerar que as justificativas mais influentes para os *punitive damages* não se fundamentem em remédios, mas em punições criminais.⁷

De fato, tradicionalmente os *punitive damages* são deferidos com duas finalidades: retributiva (*punishment*) e desestímulo (*deterrence*). A retribuição reclama que a conduta revele extrema reprovação social – uma malícia, evidenciada pelo dolo ou grave negligência do agente –, cumulada ao desestímulo, no sentido de direcionar a pena a afligir o transgressor, induzindo-o a não reiterar comportamentos antissociais e ultrajantes análogos. Enquanto as cortes estadunidenses e canadenses adotam a expressão *punitive damages*, outras jurisdições – como a britânica e australiana – optam por *exemplary damages*. Não se pode afirmar que sejam termos de significado idêntico, pois a adoção de uma por outra produz reflexos sobre o perfil sistemático. O termo “punitive” enfatiza a preferência por um objetivo de punição; diversamente, a adoção da locução “exemplary” indica que o fim primário é de constituir um desestímulo que afaste o espectro da reiteração da mesma conduta.

Dentre os mais conhecidos teóricos da função dissuasória dos *punitive damages*, Mitchell Polinsky e Steven Shavell, argumentam que a sanção punitiva só deve ser imposta aos réus na medida em que eles consigam se evadir da responsabilidade por toda a extensão dos danos que causaram, a fim de dissuadir adequadamente estes réus e outros que pensem em cometer conduta ilícita semelhante no futuro.⁸ Ilustrativamente, em um caso bem conhecido decidido pelo juiz Richard Posner, um motel que alugou quartos repetidamente para os inquilinos sabendo que as habitações estavam infestadas por percevejos (sistematicamente mentindo e movendo estrategicamente seus hóspedes de um quarto infestado para o próximo) foram corretamente sancionados com *punitive damages*, pois os *compensatory damages* que qualquer demandante poderia recuperar seriam incapazes de “limitar a capacidade do réu de lucrar com sua fraude escapando da prossecução privada”⁹ Nessa toada, Polinsky e Shavell alegam que que a repreensibilidade moral da conduta do réu é “irrelevante” para a adequação dos *punitive damages*: “o foco na determinação dos *punitive damages* consiste na chance de o ofensor

demandantes em ações contra estados estrangeiros poderiam buscar *punitive damages* retroativamente por pretensões anteriores a 2008, sendo que o caso específico lidou com vítimas e suas famílias de atentado terrorista no Sudão em 2008. Em maio de 2020 a Suprema Corte decidiu por unanimidade que *punitive damages* poderiam ser reivindicados contra nações estrangeiras antes da sanção da emenda.

⁶ Cass Sunstein aduz que “the explicit goals of punitive damages are to deter and punish,” e nomeia esses objetivos como “a mixture of civil and criminal law traditions.” In *Punitive Damages: How Juries Decide*. Por Cass R. Sunstein, Reid Hastie, John W. Payne, See, 78 (2002).

⁷ Martin H. Redish & Andrew L. Mathews, *Why Punitive Damages are Unconstitutional*, 53 EMORY L.J. 1, 3-4 (2004) (os autores descrevem os *punitive damages* como “anomalous” and “uncivilized”); <https://www.scholars.northwestern.edu/en/publications/why-punitive-damages-are-unconstitutional>

⁸ Polinsky & Shavell: *punitive damages. An economic analysis*. Harvard Law review. V. 111, n. 4, February 1998. <https://www.amherst.edu/system/files/media/1582/PolinskyShavell.pdf>

⁹ *Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc*, 347 F.3d 672 (7th Cir. 2003).

escapar da responsabilidade.”¹⁰ Contudo, uma abordagem dissuasiva para *punitive damages* tem sido contida na prática por várias limitações em doutrinas constitucionais que frequentemente restringem o *quantum* dos *punitive damages* para níveis de dissuasão abaixo do ideal.¹¹

E há outros problemas práticos com a abordagem unicamente dissuasória dos *punitive damages*. De fato, vários estados incorporam fundamentos baseados em “deterrence” em seus regimes de *punitive damages*, apesar de que nenhum deles tenha adotado a dissuasão exclusivamente. O fato é que vários estudos empíricos mostram que a otimização da dissuasão não é a principal razão pela qual juízes e júris concedem *punitive damages*.¹² A tendência é a de que *punitive damages* sejam estipulados em proporção aos *compensatory damages*, tendo como razão principal a condenação moral do comportamento do réu e não considerações dissuasivas. Assevera Anthony Sebok, que a incompatibilidade entre os *punitive damages* da teoria do desestímulo e *punitive damages* na prática, demonstra que o seu padrão é mais consistente com a visão tradicional que acentua o componente retributivo do que o viés da *law and economics*, que acentua o desestímulo eficiente.¹³

A outra justificativa punitiva convencional para *punitive damages* concerne ao merecimento do agente (*desert*)- uma versão sob medida para a responsabilidade civil da função retributiva da punição no direito penal.¹⁴ Muitas vezes, o merecimento é simplesmente assumido para operar efeitos, mas os contornos precisos do retributivismo em questão - sua natureza, quais os direitos estão sendo reivindicados, a natureza do interesse social em jogo - não é bem explicado. Um dos relatos retributivistas mais cuidadosos é o de Dan Markel, que argumentou que o retributivismo no direito penal consiste em “comunicar ao ofensor que o estamos respeitando ao considerá-lo responsável como um agente moral capaz de escolher agir de maneira ilícita e, portanto, censurável”.¹⁵ Vários compromissos igualitários, como “equal liberty under law” e “democratic self-defense” contribuem para a visão de Markel de retributivismo como um ato comunicativo do regime liberal democrático ao agente culpado. Porém os atores principais na teoria são o infrator e o estado, não a vítima. Markel aplica essa explicação ao contexto de *punitive damages*: indenizações que podem ser buscadas por qualquer pessoa no

¹⁰ Polinsky & Shavell: *punitive damages. An economic analysis*. Harvard Law review. V. 111, n. 4, February 1998. <https://www.amherst.edu/system/files/media/1582/PolinskyShavell.pdf>

¹¹ *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 425 (2003) (sustentando que a *Due Process Clause* da 14. Emenda proíbe na maior parte dos casos uma proporcionalidade entre *punitive damages* e *compensatory damages* de 4:1 ou maior).

¹² “People appear to reject the view, widespread in economic analysis, that punishment should be increased beyond compensation where the probability of detection is low, and that compensation is adequate where the probability of detection is 100%”. In *Punitive Damages: How Juries Decide*. Cass R. Sunstein, Reid Hastie, John W. Payne, See, 78 (2002).

¹³ Sebok, Anthony J., *Punitive Damages: From Myth to Theory*. Iowa Law Review, Vol. 92, 2007, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 59, Princeton Law and Public Affairs Working Paper No. 06-015, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=894380>

¹⁴ Geistfeld, Mark, *Punitive Damages, Retribution, and Due Process* (October 2007). Southern California Law Review, Vol. 81, No. 2, pp. 263-309, 2008, NYU Law and Economics Research Paper No. 07-39, NYU Law School, Public Law Research Paper No. 07-18, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1010392>

¹⁵ Dan Markel, *Retributive Damages: A Theory of Punitive Damages as Intermediate Sanction*, 94 Cornell L. Rev. 239 (2009)

Available at: <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol94/iss2/7>

governo (não apenas a vítima) para reivindicar interesses públicos, sendo que o estado (não a vítima) recebe a maior parte da indenização por *punitive damages*.

A abordagem de Markel tem a virtude de recorrer ao direito penal para compreender a natureza do ilícito que dá vazão aos *punitive damages*. Mas a justificativa do “merecimento” conduz a uma concepção controversa e altamente parcial de justiça retributiva no direito penal, aplicada indiscriminadamente à responsabilidade civil. Mesmo se formos persuadidos pela alegação de que uma comunicação direta e potente da comunidade ao causador do ilícito seja uma função apropriada para o direito privado,¹⁶ o demandante é quase invisível nesta descrição teórica dos *punitive damages*.

Por conseguinte, um dos problemas mais sérios para ambos os modelos punitivos da função dos *punitive damages* é que eles não os consideram como uma indenização. Ambos são excessivamente dependentes de justificativas criminológicas e voltadas para a coletividade. Markel, por exemplo, permitiria que pessoas que não fossem vítimas de ilícitos apresentassem demandas independentes de *punitive damages*, algo provavelmente proibido pela Suprema Corte no processo *Philip Morris v. Williams*.¹⁷ E a maior parte da indenização se destinaria ao governo, sugerindo que *punitive damages* não é uma indenização propriamente, servindo a alguma outra função socialmente benéfica.¹⁸

O que parece faltar nessas teorias de *punitive damages*- sejam motivadas em dissuasão ou em merecimento- é uma abordagem capaz de explicar a sua natureza e função como indenizações resultantes de um “senso de ultraje”, que é a razão real e preponderante para sua concessão.¹⁹ *Punitive damages* dependem, para a sua própria existência, da constatação de um dano, sendo diretamente proporcional à quantia de uma prévia indenização por *compensatory damages*. Todavia, as teorias punitivistas não consideram os *punitive damages* como indenizatórios e desvinculados da compensação por responsabilidade civil. O que é necessário, portanto, é uma explicação do significado do “sentido de ofensa” que motiva a aplicação dos *punitive damages* nos casos concretos, ao invés de quaisquer justificativas teóricas, bem como a conexão dos *punitive damages* à compensação a vítima.

Adiante, outra narrativa quanto à função dos *punitive damages* sustenta que eles fornecem uma reparação para vítimas que sofreram um ilícito particularmente grave. A responsabilidade civil atua como sistema de reparação privada para ilícitos privados e os *punitive*

¹⁶ David G. Owen, In response to Dan Markel, How Should Punitive Damages Work? 157 U. PA. L. REV. 1383 (2009). *Response, Aggravating Punitive Damages*, 158 U. PA. L. REV. PENNUMBRA 167 (2010). <http://www.pennlawreview.com/wp-content/uploads/2020/05/158-U-Pa-L-Rev-PENnumbra-181.pdf>

¹⁷ 549 U.S. 346 (2007), 556 U.S. 178 (2009). Decisão da SCOTUS considerando que a *due process clause* da 14. Emenda limita os limites os *punitive damages*. A decisão proibiu o uso de *punitive damages* contra o demandado para reivindicar direitos de terceiros.

¹⁸ Para uma elegante narrativa sobre *punitive damages* como uma indenização social, recomenda-se o texto de Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages Transformed Into Societal Damages*. 113 Yale L.J. (2003). Available at: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol113/iss2/2>

¹⁹ O *Restatement of the law* situa os *punitive damages* como indenizações (*damages*), e não como uma categoria de condenação momentânea externa diversa. *Restatement (Second) of Torts* § 908 (1), 1979: “Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a defendant to punish him or her for outrageous conduct and to deter the defendant or others similarly situated from engaging in such conduct in the future”.

damages se encaixam como um recurso civil para ilícitos particularmente graves. A teoria do “civil recourse” situa os *punitive damages* dentro de uma visão mais ampla de responsabilidade civil, oferecendo protagonismo à reparação pelo ilícito, concedendo importância a ideia de uma justa compensação ao invés de uma compensação integral como remédio primário no modelo da responsabilidade civil.²⁰ Este modelo reserva um lugar para os *punitive damages* como um gênero de compensação para uma específica categoria de ilicitude.

Ilustrativamente, John Goldberg aduz que *punitive damages* se tornam “bastante inteligíveis se compreendidos como um tipo de pagamento por danos reservados às vítimas de um particular tipo de ilícito gravoso, que, a seu turno, defere a elas o direito à uma particular espécie de resposta.”²¹ O que está em jogo nos *punitive damages*, enfatiza Goldberg em outra passagem, não se trata do interesse do estado em obter uma retribuição em nome dos cidadãos ou em desestimular práticas astutas no mercado, porém o interesse dos demandantes em reivindicar os seus direitos de não serem maltratados da forma pela qual foram.²² Igualmente, Thomas Colby enfatiza uma histórica função dos *punitive damages*, concernente à reparação de um insulto à honra ou dignidade da vítima²³, que depende em parte do status suportado pelo demandante. Benjamin Zipursky enfatiza que os *punitive damages* possuem um “civil aspect”, refletindo o direito do demandante a punir, uma permissão que existe em razão da maneira pela qual foi injustiçado— deliberadamente ou maliciosamente. O chamado “right to be punitive” é o privilégio de buscar satisfação por um tipo distinto de ilicitude privada.²⁴

De fato, ao funcionalizar os *punitive damages* como um particular tipo de agravamento à uma lesão preexistente que resulte na necessidade de uma distinta compensação, a teoria do “civil recourse” empresta sentido à necessidade de uma prévia condenação de natureza compensatória e a proporcionalização entre *compensatory damages* e *punitive damages*. A teoria do recurso civil é superior a outras abordagens de *punitive damages*, pois os insere no sistema de responsabilidade civil. Contudo, tal como as teorias punitivistas, o “civil recourse” não fornece pistas sobre o que deve ser considerado como um ilícito grave, de modo que o fundamento dos *punitive damages* permanece obscuro. A teoria do recurso civil poderia resolver

²⁰ Por tudo e por todos, recomenda-se a obra mais recente de John Goldberg & Benjamin Zipursky, *Recognizing Wrongs*, Belknap Press of Harvard University, Cambridge/London 2020. explain the distinctive and important role that tort law plays in our legal system: it defines injurious wrongs and provides victims with the power to respond to those wrongs civilly. A ideia central do “civil recourse” consiste em compreender que a responsabilidade civil responde a uma ideia central: Uma pessoa que foi maltratada por outra de modo injustificado pela lei, tem o direito a um recurso civil contra o ofensor.

²¹ John C. Goldberg, *The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs*, 115 Yale L.J. (2005). Available at: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol115/iss3/6>

²² Goldberg, John C. P., Tort Law for Federalists (and the Rest of Us): *Private Law in Disguise*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=565129>

²³ Colby, Thomas, *Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*. Minnesota Law Review, Vol. 87, p. 583, 2003, GWU Legal Studies Research Paper No. 244, GWU Law School Public Law Research Paper No. 244, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=964698>

²⁴ “Punitive damages have a double aspect, corresponding to two senses of ‘punitive’. Insofar as they pertain to the state’s goal of imposing a punishment upon a defendant who merits deterrence or retribution, they have a criminal aspect. Insofar as they pertain to the plaintiff’s ‘right to be punitive’ they have a civil aspect” Benjamin C. Zipursky, *Theory of Punitive Damages*, 84 Tex. L. Rev. 105 (2005) https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/675

esse problema com uma explicação normativa abrangente da ilicitude, que lide com o objeto dos *punitive damages*.

Michael Moreland e Jeffrey Pojanowski explicam que o “civil recourse” hesita em oferecer critérios normativos para o que seria considerado como um ilícito.²⁵ Muitas vezes, o seu relato sobre ilicitude parece motivado por intuições comuns sobre ilicitude: algo “amplamente compartilhado”, embora não especificado. Na área específica dos *punitive damages*, enquanto a teoria do recurso civil sustenta que os demandantes têm direito a reparação por “ilícitos flagrantes”, ou “maus tratos”, os teóricos evitam descrever a natureza do “maltrato”, ou “insulto”, e outros comportamentos que justificam uma indenização por *punitive damages*. Na verdade, existem tantas variáveis terminológicas (*ill will, outrage, wantonness, fraud, abuse of power, willfulness, evil motive*) que não está totalmente claro para que servem os *punitive damages*. As razões para a aplicação dos *punitive damages* não foram confrontadas, mesmo que seus objetivos tenham sido amplamente teorizados. Isso é negativo, pois uma maior atenção à natureza dos ilícitos que dão margem aos *punitive damages* esclareceria sua função, seja na estrutura do “civil recourse” ou em outras teorias.

A SINGULAR TRAJETÓRIA DOS PUNITIVE DAMAGES NA INGLATERRA: O “PATINHO FEIO” DO COMMON LAW

Nos EUA a maior parte das reparações é fruto de decisões do júri, sendo os *punitive damages* comumente aplicados. Já na Inglaterra, as indenizações são determinadas por juízes e tribunais, sendo os *exemplary damages* (nomenclatura inglesa para os *punitive damages*) aplicados em hipóteses restritas, definidas em precedentes. Com efeito, ao contrário do que acontece nos Estados Unidos e em outras jurisdições do *common law*, na Inglaterra os *punitive damages* são vistos pelos tribunais com desconfiança, como uma espécie de remédio anômalo no direito privado, na medida em que a punição não se insere neste setor do ordenamento jurídico. Este entendimento é tão enraizado, que sequer é desafiado no setor doutrinário. Para um civilista brasileiro ou de outra jurisdição da *civil law* tal assertiva soa surpreendente, na medida em que encaramos o *common law* como uma unidade quando, na verdade, são gritantes as especificidades de cada jurisdição.

Progressivamente, desde 1760, a Lei Inglesa permite que em situações excepcionais, em adição à indenização compensatória, a decisão estabeleça uma condenação por *punitive damages*, pela necessidade de sancionar um comportamento ultrajante, no qual o ofensor demonstre profundo desprezo pela vítima. Ao contrário dos *compensatory damages*, nos *punitive damages* não se quer conter danos, porém condutas demeritórias. Desde 1964 o poder de aplicar *punitive damages* (ou *exemplary damages*), vem sendo restringido na Inglaterra. Como observou Lord Bingham em *Watkins v Secretary of State for the Home Department*, a política é a

²⁵ Moreland, Michael P. and Pojanowski, Jeffrey A., *The Moral of Torts* (June 3, 2020). *The Moral of Torts, in Christianity and Private Law*, eds. Robert F. Cochran, Jr. and Michael P. Moreland, Routledge, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3617969> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3617969>

de simplesmente desencorajar os juízes a sua aplicação.²⁶ Uma limitação geral foi estabelecida nos designados “categories test”, estabelecidos na *House of Lords* no célebre *Rookes v Barnard*.²⁷ Neste julgamento, Lord Devlin descreveu os *punitive damages* como “an anomaly in the law of England”²⁸ em razão de sua agenda retributiva, o que motivou a decisão de confinar os *punitive damages* a três categorias, de modo a demarcar os limites entre um remédio excepcional, essencialmente distinto das demais espécies indenizatórias, na medida em que *exemplary damages* “confuse the civil and criminal functions of the law”.²⁹

A caracterização dos *punitive damages* como uma aberração tem sido corroborada desde a decisão em *Rookes*. Allan Beever observou que há quase um sentido universal em se considerar que os *punitive damages* “are anomalous”.³⁰ Embora esse mantra tenha sido refutado ocasionalmente³¹, o fato é que ainda não houve uma contestação incisiva a essa posição ortodoxa sobre a ojeriza aos *punitive damages*, não obstante o fato de que pareça evidente que este remédio não ostente o monopólio das penas civis na responsabilidade civil. Pelo contrário, a entronização da noção dos *exemplary damages* como uma espécie de intruso no direito privado, culmina por reconduzi-los a outras espécies indenizatórias, quase que como uma tentativa de sua total eliminação.³² Como disciplinou a *Law Commission*: “the modern boundaries of the remedy of exemplary damages have been fashioned by the courts on the assumption that they are an anomalous civil remedy ...”³³. Este estado de coisas prossegue até o presente. Em uma recente decisão em *Axa Insurance UK Plc v Financial Claims Solutions Ltd* Flaux LJ, observou-se mais uma vez que *punitive damages* “are anomalous ... it would ... be inappropriate to extend the circumstances in which they can be awarded ...”³⁴.

Com efeito, em relação à aplicabilidade dos *punitive damages* na Inglaterra, o precedente *Rookes*³⁵ é decisivo. O teste impede a sua incidência, exceto se a demanda couber em uma destas três categorias: (1) envolvendo conduta opressiva, arbitrária ou inconstitucional cometida por funcionário do governo agindo como tal; (2) quando o réu calculou que poderia lucrar com o seu ilícito após o pagamento de uma indenização compensatória; e (3) quando algum estatuto estipular que *punitive damages* sejam concedidos. A menos que o caso concreto se subsume a uma das três realçadas *fattispecies*, *punitive damages* não serão fixados,

²⁶ [2006] UKHL 17, [2006] 2 AC 395 [26].

²⁷ [1964] AC 1129.

²⁸ *ibid*, 1221. Lord Devlin também se referiu no 1227 a “anomaly inherent in exemplary damages”.

²⁹ *ibid*, 1221.

³⁰ A. Beever, ‘The Structure of Aggravated and Exemplary Damages’ (2003) 23 OJLS 87, 109 n 91.

³¹ N. J. McBride, ‘Punitive Damages’ in P. Birks (ed), *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century* (Oxford: Clarendon Press, 1996) 194–195 (rejeitando a proposição que os *punitive damages* sejam anômalos com base em se tratar de uma ‘conclusion masquerading as an argument’); P. Cane, *The Anatomy of Tort Law* (Oxford: Hart Publishing, 1997) 116–119 (arguindo que várias espécies de indenização se relacionam com uma finalidade retributiva).

³² Ilustrativamente, E. Weinrib, *The Idea of Private Law* (Oxford: OUP, 2012) 135 n 25 (aludindo que as vezes *punitive damages* são disfarçados como *restitutionary damages*) e R. Stevens, *Torts and Rights* (Oxford: OUP, 2007) 87 (buscando caracterizar os *punitive damages* como ‘substitutive damages’).

³³ Law Commission, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* Law Com No 247 (1997) 1.

³⁴ [2018] EWCA Civ 1330, [2019] RTR 1 at [25].

³⁵ Em *A v Bottrill* [2002] UKPC 44, [2003] 1 AC 449 at [41] Lord Nicholls se referiu ao direito inglês quanto aos *punitive damages* como ‘toiling in the chains of *Rookes v Barnard* ...’.

independentemente da gravidade do comportamento do demandado.

Existem vários condicionamentos à primeira categoria. Uma limitação é a exigência de que o réu seja um destinatário do poder público. Assim, o simples fato de o servidor ter agido de forma opressora, não trará um caso dentro da primeira categoria. Contudo, o caso não cairá na primeira categoria simplesmente porque o réu foi investido com o poder público. Fundamental é que tenha exercido o poder público ao cometer o ilícito. Por exemplo, um servidor que conduza operações comerciais ao invés de desempenhar funções governamentais não pode incorrer na responsabilidade de pagar *punitive damages* na primeira categoria.³⁶ Passando para a segunda categoria, ela apenas captura casos envolvendo um "cálculo cínico de vantagem mercenária" por parte do réu. Portanto, é insuficiente que o erro tenha sido cometido apenas em um contexto empresarial.³⁷ A terceira categoria quase não estende o poder de conceder *punitive damages*, uma vez que a legislação inglesa raramente autoriza os tribunais a assim agir. *Punitive damages* podem ser concedidos sob a lei em apenas um punhado de circunstâncias ecléticas, incluindo por violação de certas convenções ambientais,³⁸ para a conversão de bens de militares³⁹ e por certos ilícitos cometidos por demandados por meio da imprensa.⁴⁰

Em adendo às três referidas categorias, os demandantes⁴¹ devem ultrapassar não menos do que seis obstáculos para o alcance de uma indenização punitiva. Aliás, ainda que superados os obstáculos, a pena civil não se torna impositiva ao juiz, mas apenas uma questão de discricionariedade.

Primeiro, deve ser demonstrado que a conduta do demandado foi suficientemente repreensível para merecer uma condenação punitiva. Nada obstante, inexistente um teste preciso para satisfazer esse requisito. A jurisprudência fornece um "whole gamut of dyslogistic judicial epithets"⁴² que sugerem indicações sobre o tipo de conduta excepcional sujeita a uma resposta punitiva. Esses epítetos oscilam entre 'high-handed', 'outrageous', 'egregious' 'exceptional', 'insulting', 'cynical', 'flagrant', 'appalling' e 'contumelious'.

Segundo, o demandante deve satisfazer o 'if but only if' test, permitindo a aplicação de *punitive damages* somente quando, por si só, *compensatory damages* sejam insuficientes para punição e desestímulo.⁴³ Esta restrição é estampada na anotação de Lord Nicholls's em *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, pela qual *punitive damages* atuam como um 'remedy of last resort'.⁴⁴ Trata-se de uma significativa limitação no poder de aplicação dos *punitive damages* que é frequentemente enfatizada nas cortes inglesas. No recente caso

³⁶ *AB v South West Water Services Ltd* [1993] QB 507.

³⁷ '[T]he 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': *Broome v Cassell & Co Ltd* n 31 above, 1079 per Lord Hailsham LC.

³⁸ High Speed Rail (London – West Midlands) Act 2017, s 51(10).

³⁹ Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951, s 13(2).

⁴⁰ Crime and Courts Act 2013, s 34.

⁴¹ Os demandantes devem estar vivos. *Punitive damages* não podem ser demandados em nome do espólio ou da vítima falecida: *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934*, s 1(2)(a).

⁴² *Broome v Cassell & Co Ltd* n 31 above, 1129 per Lord Diplock.

⁴³ *Rookes v Barnard*, per Lord Devlin.

⁴⁴ n **Erro! Indicador não definido.** above at [63].

Mohidin v Commissioner of Police of the Metropolis,⁴⁵ o magistrado Gilbert J recusou a aplicação de *punitive damages* por agressão e prisão injustificada, mesmo havendo evidência de um comportamento opressivo (1. Categoria de *Rookes*) pois a condenação por *compensatory damages* já seria uma punição adequada para o demandado.

Terceiro, existem restrições que se aplicam quando o ilícito envolve múltiplas vítimas. Mesmo quando uma das vítimas tenha uma clara “cause of action” contra o demandado, a não ser que todas as demais vítimas estejam perante o juiz, a indenização será rejeitada pois em tais circunstâncias não será possível determinar a justificativa para uma punição generalizada.⁴⁶

Quarto, simetricamente, outras limitações surgem quando existem vários réus. Quando o demandante litiga contra múltiplos demandados, solidariamente responsáveis pelo mesmo ilícito, *punitive damages* só se aplicam se houver necessidade de punição em relação a todos eles e esta necessidade não houver sido aplacada pela condenação por *compensatory damages*.⁴⁷

Quinto, o fato de que o demandado tenha sido sancionado administrativamente ou criminalmente pelo mesmo ilícito impedirá a aplicação de *punitive damages*.⁴⁸ Trata-se de uma vedação semelhante ao *double jeopardy* do direito norte-americano.⁴⁹

Sexto, deve se verificar ainda se a demanda se adequa a uma “cause of action” na qual *punitive damages* são viáveis. Essa restrição antecede ao leading case *Rookes*, tendo sido conhecida como ‘pre-1964 test’ ou ‘cause of action test’, impedindo a concessão de *punitive damages* em demandas como fraude, abuso de poder por autoridades e perturbação da ordem pública. Mesmo que no não menos importante caso *Kuddus*,⁵⁰ a *House of Lords* tenha mitigado tais restrições, os *punitive damages* ainda se sujeitam a uma série de limitações. Assim, não podem ser aplicados em causas relacionadas a breach of contract,⁵¹ com relação a *equitable wrongs* ou com base no *Human Rights Act 1998*⁵², bem como no Consumer Protection Act 1987. Existe séria divergência quanto ao fato de que *punitive damages* possam ser aplicados pelo ilícito de “negligence”, talvez pela percepção de que uma conduta meramente negligente é insuficiente para merecer uma resposta punitiva⁵³

⁴⁵ [2015] EWHC 2740 (QB).

⁴⁶ *R (Lumba) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 12, [2012] 1 AC 245 at [167].

⁴⁷ *Broome v Cassell & Co Ltd*. Tal como colocou Lord Reid “[i]f any one of the defendants does not deserve punishment or if the compensatory damages are in themselves sufficient punishment for any one of the defendants, then they must not make any addition to the compensatory damages”.

⁴⁸ Em uma importante discussão sobre a punição anterior, *McBride*, 188–191.

⁴⁹ A *Double Jeopardy Clause* se encontra na 5. Emenda da Constituição do USA, proibindo qualquer pessoa de ser processada duas vezes pelo mesmo crime: “No person shall . . . be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb”. Em suma, um mesmo fato não pode gerar a aplicação de sanções desproporcionais em procedimentos diversos: penal, administrativo e cível.

⁵⁰ *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary*. Lord Slynn observou que isto ‘encourage[d] a tedious trawl through the ancient authority’ in order to determine if punitive damages were available in a given case thus ‘commit[ing] the law to an irrational position in which the result depend[ed] not on principle but upon the accidents of litigation (or even law reporting) before 1964 ...’.

⁵¹ *Addis v Gramophone Co Ltd* [1909] AC 488.

⁵² *Anufrijeva v Southwark LBC* [2003]

⁵³ Neste sentido, James Edelman defende que ‘[i]t would not usually be expected that actions in negligence would lead to exemplary damages ... since the necessary mental element is not present; and it is thought

As restrições relatadas até agora dizem respeito às circunstâncias em que *punitive damages* são deferidos. Contudo, as limitações não incidem tão somente sobre a disponibilidade do remédio, mas também sobre a sua extensão. Em *Rookes*, Lord Devlin instou que condenações por *punitive damages* devem ser moderadas, ameaçando impor um teto indenizatório se a exortação se mostrasse insuficiente, que não se oficializou pois os tribunais seguiram o princípio da moderação, ou seja, a condenação deve ser fixada no mínimo necessário para satisfazer os propósitos públicos subjacentes a esse remédio, nomeadamente, punição e desestímulo. Conforme uma análise empírica em todas as partes da UK - entre 2000 e 2015 - de todos os casos acessíveis eletronicamente nos quais *punitive damages* foram reivindicados (exceto da Escócia, que não reconhece o remédio), o valor médio das condenações por *punitive damages* é de £18,181.⁵⁴ Tal número é relativamente modesto, quando comparado aos de outras jurisdições do *common law*.⁵⁵ Portanto, a verificação sobre o poder de se aplicar *punitive damages* ocorre duas vezes: primeiro, em conexão com a decisão de concedê-los e, novamente, em relação a sua quantificação.

Em adendo ao princípio da moderação, ao menos três regras adicionais limitam o *quantum* dos *punitive damages*. Primeiro, quando a corte determina que vários réus devam indenizar, o valor deve refletir a punição reservada ao menos culpado entre eles, sendo irrelevante que um ou mais dentre eles tenham agido de forma bem mais repreensível.⁵⁶ Esta regra expressa uma preferência em favor de uma inadequada punição ao invés de uma excessiva punição. Segundo, em casos envolvendo mau comportamento policial, as condenações são confinadas entre limites predeterminados.⁵⁷ Terceiro, ao avaliar *punitive damages*, o juiz pode considerar a incitação pelo demandante como uma consideração mitigadora do *quantum*.⁵⁸

De tudo que foi dito, observa-se um nítido contraste entre o regime dos *punitive damages* na Inglaterra e demais jurisdições do *Common law*. Três constatações demonstram que o sistema inglês é bem mais parcimonioso no manejo desse remédio do que em outros quadrantes do *commonwealth* (o que exclui os EUA desta verificação).

Primeiramente, o chamado “categories test” foi repudiado nas demais jurisdições da Commonwealth, o que é significativo, pois esta é a mais rigorosa constrição ao poder judicial e concessão de *punitive damages*. A eliminação de tal restrição possui importante repercussão

that this would be true even of gross negligence’: J. Edelman, *McGregor on Damages* (London: Sweet & Maxwell, 20th ed, 2017)

⁵⁴ J. Goudkamp and E. Katsampouka, ‘An Empirical Study of Punitive Damages’ (2018) 38 OJLS 90, 104 n 91.

⁵⁵ *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis* é um julgado que ilustra a adesão dos tribunais ao princípio da moderação. A Corte de apelação substituiu a condenação de £200,000 por *punitive damages* para um valor de £15,000. Lord Woolf MR aduziu que *punitive damages* ‘should be no more than is required’ para o seu propósito de ‘marking ... disapproval’ da conduta do demandado. Esta é uma clara repercussão do ‘if but only if’ test que limita a viabilidade da aplicação de *punitive damages*.

⁵⁶ *Broome v Cassell & Co Ltd*.

⁵⁷ Em *Thompson*, Lord Woolf MR afirmou que: ‘[i]n this class of action, the conduct must be particularly deserving of condemnation for an award of as much as £25,000 to be justified and the figure of £50,000 should be regarded as the absolute maximum, involving directly officers of at least the rank of superintendent’.

⁵⁸ Ilustrativamente, *Bishop v Metropolitan Police Commissioner* [1990] 1 LS Gaz R 30.

prática, permitindo a aplicação do remédio em um sem número de condutas repreensíveis que jamais poderiam ser sancionadas na Inglaterra.⁵⁹ Segundo, em outras jurisdições não se aplicam as restrições em termos de “cause-of-action”. Enquanto na Inglaterra *punitive damages* apenas se aplicam no contexto da responsabilidade aquiliana (*torts*), no Canadá eles incidem também no âmbito dos *equitable wrongs* e em certas circunstâncias por *breach of contract*.⁶⁰ Terceiro, a quantificação dos *punitive damages* em outras nações é mais ampla que na Inglaterra. A maior condenação verificada na UK se deu em *Rees v Commissioner of Police for the Metropolis*⁶¹ no valor de £150,000. A posição na Austrália é radicalmente diferente. Uma recente investigação sobre a quantificação de *punitive damages* naquele país encontrou condenações médias em torno de A\$105,059,⁶²(quase o triplo da média inglesa), sendo que a maior indenização alcançou o montante de A\$4,167,202,⁶³ valor várias vezes superior aquele estipulado no citado caso *Rees*.

Tamanhas distinções denotam que as próprias jurisdições da *common law* são bastante heterogêneas. Notadamente, há uma profunda distinção estrutural entre o direito inglês e o direito norte-americano. Essa diferença é tão pronunciada, que se por um lado faz sentido cogitar de uma tradição anglo-americana no sentido histórico, qualquer insinuação sobre um direito anglo-americano é equivocada.

Se este texto tratou de uma breve etiologia para os *punitive damages*, tal como nas *Metamorfoses* de Ovídio, percebemos que as vicissitudes da expressão sempre oferecem sentido culminante. De modo semelhante as esculturas inacabadas de Michelangelo, expostas na Galeria dell'Accademia em Florença, atraí menos a figura em si do que a própria transformação a partir da pedra.

⁵⁹ Vanessa Wilcox observa que: “If exemplary damages are to remain, if they are to continue to further punishment, deterrence and reprobation, if logic is to prevail, then the scope of the categories test should be clarified”. *Punitive Damages in England*, p.7, In *Punitive Damages: common law and civil law perspectives*. H.Koziol, V.Wilcox (eds). SpringerWien/New York (2009).

⁶⁰ *Whiten v Pilot Insurance Co* 2002 SCC 18, [2002] 1 SCR 595. Também ilustramos com o caso *Royal Bank of Canada v Got Associates Electric*, no qual *exemplary damages* foram mantidos pela Suprema Corte do Canadá em situação na qual uma seguradora contestou de má-fé uma reivindicação de seguro contra incêndio, alegando que a família havia incendiado sua própria casa, embora o chefe dos bombeiros local, o próprio perito investigador da seguradora e seu perito inicial tivessem dito que não havia nenhuma evidência de incêndio criminoso. (1999) Supreme Court Reports (S.C.R) 408.

⁶¹ [2019] EWHC 2339 (QB).

⁶² F. Maher, *An Empirical Study of Exemplary Damages in Australia* (2019) 43 MULR 694, 711.

⁶³ *Deckers Outdoor Corporation Inc v Farley (No 5)* [2009] FCA 1298, (2009) 262 ALR 53.