
PUNINDO O ESTADO SEM CULPA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONFORMA-SE COM PUNITIVE DAMAGES?

Felipe Dantas de Araújo
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de Punitive Damages; 2 Introdução de Punitive Damages na Doutrina Jurídica Brasileira: Danos Morais; 3 Introdução de Punitive Damages na Legislação Brasileira; 4 Surgimento da Responsabilidade Civil Objetiva Punitiva do Estado: Punitive Damages na Jurisprudência Brasileira; 5 Crítica Extra-sistêmica à Responsabilidade Civil Objetiva Punitiva do Estado; 6 Crítica Intra-sistêmica à Responsabilidade Civil Objetiva Punitiva do Estado; 7 Contemporizando Danos Morais e Punitive Damages; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: Percebe-se atualmente no direito brasileiro um movimento, expresso em projetos de leis, decisões judiciais e doutrina, de introdução do conceito de *punitive damages* no campo da responsabilidade civil. Declara-se expressamente a inspiração no *common law*, onde se admite em alguns casos especialmente reprováveis que a indenização inclua um componente pecuniário extra, de natureza de punição do autor do dano, para além da sua função puramente compensatória, com a finalidade de prevenção e desestímulo de novos ilícitos. Como tradicionalmente, nos ordenamentos jurídicos filiados ao sistema do *civil law* a reparação é adstrita à recomposição ou reparação natural do bem jurídico lesado, este artigo elaborará sobre a possibilidade e as consequências da importação do conceito de *punitive damages* pa civil do Estado. Pretende-se provar a hipótese de que a indenização punitiva ra o direito brasileiro, especialmente quando cotejado com o instituto da responsabilidade, tal qual sua formatação e prática originais no sistema do *common law*, não se coaduna, quando se trata da responsabilidade civil do Estado, com os fundamentos e princípios de nosso direito civil-constitucional.

ABSTRACT: It is currently visible in Brazilian law a tide, expressed in projects of laws, judicial decisions and doctrine, favoring the introduction of the concept of punitive damages in the field of civil liability. It is of declared inspiration in the common law system, which admits, in some particularly reprehensible cases, that damages include, besides a purely compensatory perspective, an extra cash component, meaning a punishment of the injury perpetrator, with the aim of preventing and discouraging new tort acts. As in the law of the countries affiliated with the system of civil law, damages are traditionally assigned to repair or redress an injury, this paper analyses the possibility and consequences of importing the concept of punitive damages to Brazilian law, especially when confronted with prevalent rules applicable to the civil liability of the government. Our aim is to prove the hypothesis that the punitive damages, as in its original design and practice in the system of common law, is inconsistent with principles of Brazilian civil and constitutional law, especially in the perspective of civil liability of the government.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; Responsabilidade civil do estado. Responsabilidade objetiva. Valor desestímulo. *Punitive damages*.

KEYWORDS: Brazilian civil law. Tort law. Civil liability of the government. Objective liability in tort law. And Punitive damages.

INTRODUÇÃO

A palavra responsabilidade¹ possui muitos usos em direito, e comumente seu conceito é densificado adjetivando-a com o ramo do direito apropriado. Assim temos as expressões: responsabilidade penal, responsabilidade administrativa, responsabilidade tributária e responsabilidade civil. Muito embora diferentes, há um campo de identidade semântica comum em todas elas: responsabilidade significa a consequência jurídica imposta a alguém em decorrência da violação de alguma norma: “a responsabilidade configura um dever jurídico sucessivo, resultante da violação de um dever jurídico originário.”². Ou ainda, “a imputação a alguém da obrigação de ressarcir o dano ou de cumprir uma pena, em face de um antecedente descumprimento de um dever jurídico”³. Qual consequência, contra quem ela é imposta, e em decorrência de qual norma violada são os elementos de diferenciação de cada modalidade ou tipo de responsabilidade.

Seguindo esse raciocínio, somos tentados a afirmar que a consequência da violação de uma norma civil que produza um dano patrimonial será a imposição ao causador desse dano, que tenha agido com culpa, do dever jurídico de reparar o dano causado. Muito embora essa afirmação se afigure juridicamente possível, ela não é sempre correta – aliás, mais do que nem sempre, freqüentemente ela não o é. São várias as exceções a esse conceito reduzido de responsabilidade civil. A uma, nem sempre é possível que ocorra recomposição ou reparação natural (*in integro*) do bem jurídico lesado, pelo que se recorre a um substitutivo econômico correspondente: indenização em dinheiro⁴. A duas, esse substitutivo econômico não necessariamente corresponde a um valor econômico do dano causado, como na hipótese de dano moral. Em terceiro lugar, nem sempre o causador do dano será o responsável pela reparação, como na responsabilidade civil por ato de terceiro. Por

1 O referencial teórico sobre responsabilidade jurídica aqui adotado, embora não se demonstre dada à exigüidade de espaço, segue em larga medida o exposto em LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade Jurídica: Horizontes, Teoria e Linguagem*. Quartier Latin: São Paulo, 2006.

2 Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 804.

3 LOPES, op. cit., p. 260.

4 Para Lisboa (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*, v. 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 428):

“Observa-se o princípio geral da restituição ou recomposição integral ao estado anterior ao prejuízo verificado (*restitutio in integrum*), e, se esta não for viável, a indenização, somente admitindo-se esta de forma excepcional à limitação da reparação.”

sua vez, a responsabilidade civil do Estado é não só um exemplo de não coincidência entre o responsável e o causador do dano, como também da regra que afasta a necessidade de verificação de culpa na conduta da qual resultou o dano.

Alguns desses exemplos de regras desviantes de um enunciado ortodoxo e simplista do conceito de responsabilidade civil não são nenhuma novidade – mesmo os exemplos mais novos no direito brasileiro, como a responsabilidade objetiva do Estado, estão já há alguns anos firmemente consolidados na lei, na jurisprudência e na doutrina. Entretanto, uma moderna inovação no campo da responsabilidade civil vem sendo cada vez mais propalada na doutrina, e já há exemplos de introdução prática do conceito em nosso ordenamento, em acórdãos de tribunais superiores e em projetos de leis ordinárias. Referimo-nos ao instituto dos *punitive damages*⁵. Tradicionalmente, nos ordenamentos jurídicos filiados ao sistema do *civil law*, a reparação é adstrita à recomposição ou reparação natural do bem jurídico lesado, ou à indenização, mediante pecúnia, o que denominaremos de monismo ou teoria monista. Por outro lado, no sistema do *common law*, a responsabilidade civil é enxergada em um caráter dualista. Nesse sentido, além da concepção tradicional de indenização puramente compensatória, admite-se em alguns casos especialmente reprováveis que a condenação resultante da responsabilidade civil inclua um componente pecuniário extra, de natureza de punição do autor do dano, com a finalidade de prevenção e desestímulo de novos ilícitos.

Conforme declarado no título, este artigo elaborará sobre a possibilidade e as conseqüências da importação desse conceito alienígena, especialmente quando cotejado com o já tradicional instituto da responsabilidade civil do Estado. Pretende-se provar a hipótese de que a indenização punitiva, tal qual sua formatação e prática originais no sistema do *common law*, não se coaduna, quando se trata da responsabilidade civil do Estado, com os fundamentos e princípios de nosso direito constitucional-administrativo.

Nesse sentido, a demonstração da hipótese de que não são cabíveis *punitive damages* na responsabilidade civil do Estado pode gerar uma vultosa economia ao patrimônio público, representada pela não-majoração no valor pecuniário das indenizações contra a fazenda pública. Nessa mesma perspectiva, a hipótese antecipará a criação de uma tese de defesa judicial da União e suas entidades, promovida pela Advocacia-Geral da União.

5 Ou *exemplary damages*. GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. St. Paul (MN): West, 2004. 8. ed. p. 417.

Há juristas que não sofrem de nenhuma culpa ao atacar o Erário com avidez. Em resposta, provaremos que não é possível punir o Estado sem culpa.

1 CONCEITO DE *PUNITIVE DAMAGES*

Alguns autores traduzem a expressão *punitive damages* como “danos punitivos”, do que discordamos. *Damages* não é simplesmente o plural de *damage*. *Damage*⁶ poderia ser traduzido para o jargão jurídico no idioma português como “prejuízo”: “perda ou dano à pessoa ou à propriedade.” *Damages*⁷, por sua vez, corresponderia à nossa categoria “indenização”: “quantia demandada, ou que se ordena que se pague a alguém, como compensação por perda ou dano”. Já a melhor tradução de *punitive damages* seria a de “indenização punitiva”⁸, conforme se depreende do conceito a seguir transcrito⁹:

A indenização concedida em complemento a danos tangíveis, quando o demandado tenha agido com imprudência, malícia ou fraude; especificamente, indenização quantificada de forma a penalizar o autor do dano, ou a fazer dele exemplo para outros.

Behr¹⁰ acrescenta os seguintes advérbios que qualificam a conduta danosa passível de ser responsabilizada com indenização punitiva, além da indenização compensatória: “intencionalmente, maliciosamente, conscientemente, imprudentemente, dolosamente, deliberadamente, opressivamente”. Observe-se por esses advérbios que a conduta que enseja *punitive damages* deve se revestir de um grau elevado de reprovabilidade ou de censurabilidade. A culpa necessária à verificação de nossa responsabilidade civil subjetiva não seria

6 *Damage. Loss or injury to person or property* – Tradução livre do original. GARNER, op. cit., p. 416.

7 *Damages. Money claimed by, or ordered to be paid to, a person as compensation for loss or injury* – Tradução livre do original. Ibidem, loc. cit.

8 Tradução também adotada por MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas*, p. 48. In *Revista Trimestral de Direito Civil*: RTDC, v.5, n.18, p.45-78, abr./jun., 2004 e por COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e Abusos da Função Punitiva*, p. 16. *Revista CEJ*, p. 15-32, jan/mar 2005.

9 *Punitive damages. Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice or deceit; specif, damages assessed by way of penalizing the wrongdoer or making an example to others injury* – Tradução livre do original. GARNER, op. cit., p. 418.

10 “intentionally,” “maliciously,” “consciously,” “recklessly,” “willfully,” “wantonly,” or “oppressively” – Tradução livre do original. BEHR, Volker. *Punitive Damages in American and German Law*, p. 105. Chicago: *Chicago Kent Review* n° 78, pp. 105-167, 2003.

suficiente para uma condenação em indenização punitiva. Fazendo um paralelo com a gradação dos níveis de culpa da tradição romana, o nível de reprovabilidade necessário à aplicação de *punitive damages* seria encontrado somente a partir da culpa grave, nunca da culpa leve.

O mesmo autor, estabelecendo as diferenças entre os sistemas de responsabilidade civil estadunidense (dualista: indenização compensatória e punitiva) e alemão (como o brasileiro, monista: indenização apenas compensatória), identifica resumidamente as seguintes características que os distinguem: a indenização/reparação compensatória é orientada para o dano e para a vítima, no sentido de que o montante do dano e as consequências para a vítima serão os parâmetros para a quantificação do valor da indenização; e é retrospectiva, porque serve para colocar a vítima na posição em que estaria se o ato ilícito não tivesse ocorrido. Por outro lado, a indenização punitiva é orientada para a ação e para o autor, vez que características morais da ação e psicológicas do ofensor é que servirão para quantificá-la; e é prospectiva porque serve para punir e prevenir a prática de novos atos ilícitos pelo autor do dano.

Muito embora na Alemanha o sistema de responsabilidade civil seja, como o nosso, tradicionalmente monista, e haja, portanto, uma oposição natural à recepção de elementos de indenização punitiva, Brand aponta que ironicamente uma das melhores elaborações sobre a finalidade da indenização punitiva pode ser encontrada não na jurisprudência estadunidense, mas sim numa decisão do *Bundesgerichtshof*, a Suprema Corte da Alemanha. Tratou-se o caso de um pedido de execução de uma sentença estadunidense neste país, que apesar de ter indeferido a execução do capítulo condenatório relacionado à indenização punitiva, sumarizou que os quatro principais propósitos dos *punitive damages* são¹¹:

- 1) Punir o autor do dano por sua conduta imprópria;
- 2) Acrescer uma quantia suficiente à indenização compensatória para prevenir que o autor do dano e outros pratiquem tal conduta imprópria no futuro;
- 3) Recompensar a vítima do dano pela sua parte no reforço

11 1) to punish the offender for its improper conduct; [§] 2) to add a sufficient sum to the compensatory damages to deter the offender and others from such improper conduct in the future; [§] 3) to reward the injured party for its part in enforcement of the law and “the associated improvement in general law and order;” and [§] 4) to supplement otherwise inadequate compensatory damages. – Tradução livre do original. BRAND, Ronald A. *Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far*, p. 184. *Journal of Law and Commerce*. University of Pittsburgh, School of Law, n. 24, 2005.

da aplicação do direito e o incremento geral na lei e na ordem associados; e

4) Suplementar uma indenização compensatória inadequada.

Brand esclarece que a razão da referência do *Bundesgerichtshof* a “indenização compensatória inadequada” foi sugerir que no sistema estadunidense a condenação em indenização punitiva serviria para compensar o demandante-vítima dos seus gastos com honorários de advogados¹².

2 INTRODUÇÃO DE *PUNITIVE DAMAGES* NA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA: DANOS MORAIS

Judith Costa e Mariana Pargendler apontam que as menções mais antigas¹³ – e mais frequentes – na literatura jurídica brasileira ao instituto dos *punitive damages* são relativas à natureza e à quantificação da indenização do dano extrapatrimonial ou moral¹⁴. As autoras ora mencionadas¹⁵ afirmam que essa relação se deve a que um dos principais argumentos detratores, no passado, da irreparabilidade do dano moral era justamente a impossibilidade de sua quantificação. Uma das respostas possíveis a esse argumento¹⁶ era a de que a indenização ao dano moral não tinha caráter de reparação, mas de concessão de um proveito à vítima do dano, a título de consolo desta, de natureza econômica e emocional. Nesse sentido, a natureza emocional do consolo à vítima residiria no fato de se enxergar na responsabilização

12 Cf. BEHR, op. cit., 123. Segundo Behr, como não há nos EUA base legal para o demandante vencedor do litígio reaver o que despendeu a título de honorários advocatícios, o valor da indenização compensatória, correspondente ao valor do dano, não fica efetivamente todo com a parte – ou seja, patrimonialmente ela não retorna ao estado anterior ao dano. Nesse caso, o judiciário pode suprir o pagamento dos honorários do advogado concedendo indenização punitiva ou aumentando seu valor.

13 Para Fischer (FISCHER, H.A. *A Reparação dos Danos no Direito Civil*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1938, p. 235–236, nota 15, apud MORAES, op. cit., p. 52)

“O pagamento de uma soma a título de satisfação ocupa um lugar intermédio entre a indenização e a pena. Com a primeira compartilha o fim essencial de representar uma prestação imposta a favor e em consideração do lesado; com esta tem de comum o implicar em mal para o indenizante.”

14 Posto que haja doutrinadores que identifiquem os conceitos de dano moral e de dano extrapatrimonial como distintos, utilizar-se-ão neste artigo de forma intercambiável.

15 COSTA; PARGENDLER, op. cit., p. 23.

16 Ibidem, nota de fim nº 101, p. 30.

civil do autor do dano alguma forma de sanção pela sua conduta ilícita¹⁷. Segundo Monteiro, acerca do dano moral:

Esta indenização não objetiva pagar a dor ou compensar o abalo moral; cuida-se apenas de impor um castigo ao ofensor e esse castigo ele só terá se for também compelido a desembolsar certa soma, o que não deixa de representar consolo para a família do ofendido, que se capacita assim de que impune não ficou o ato ofensivo e criminoso.

Registre-se que esse contra-argumento à impossibilidade de reparação do dano moral foi útil em sua época. Inclusive, no séc. XIX, dele se valeu na prática jurisprudencial o próprio *common law*, conforme se verá mais detidamente no capítulo 6 a seguir, o que, na visão das autoras (op. cit., nota de fim nº 101), levou Pontes de Miranda a afirmar erroneamente que no common law chama-se *exemplary damages* aos danos morais. Mas os tempos são outros, e as teorias e práticas jurídicas também mudaram. Muito embora a indenizabilidade do dano moral seja já há um bom tempo plenamente reconhecida¹⁸, e inclusive protegida constitucionalmente como direito fundamental¹⁹, a tese da dupla função do dano moral permanece até hoje forte em nossa experiência jurídica, sendo utilizada em diversos aspectos da constituição e da quantificação da responsabilidade civil extrapatrimonial como ilustram os seguintes excertos de Roberto Lisboa²⁰:

Os princípios básicos da reparabilidade do dano moral são os seguintes:

[...] A fixação do valor da indenização em montante que desestimele a realização de novas violações. Deve-se evitar, nesse contexto, a indenização simbólica e que não representa uma autêntica pena em desfavor do agente, senão não haverá efetivamente uma

17 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. vol. 5. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 414.

18 Cf. art. 186 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

19 Cf. art. 5º, incisos V e X da Constituição da República:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

20 LISBOA, op. cit., p. 505-668.

reprovabilidade formal da conduta do lesante, que é o que se busca por essa via reparatória.

[...]

Na reparação por danos extrapatrimoniais, realça-se a idéia não de equivalência, mas de sanção civil, incumbindo ao julgador fixar um *quantum debeatur* que realmente se caracterize como pena e, ao mesmo tempo, se preste como meio de prevenção contra outras práticas danosas à vítima ou, ainda, em desfavor de terceiros.

Todavia, mais preocupante do que o entendimento atual sobre a natureza dualista da indenização por danos morais, resultado presente de erros conceituais herdados do passado, são as conseqüências do inadvertido manejo acadêmico, legal e jurisprudencial de um instituto importado de outro sistema jurídico. Nunca se escreveu tanto sobre *punitive damages* no Brasil²¹: se os autores mais tradicionais são ortodoxamente simpáticos à tese dualista específica dos danos morais, os doutrinadores mais modernos, salvo poucas e excelentes exceções, defendem-na com base numa visão utilitarista das suas propaladas funcionalidades de prevenção de novos danos²².

A introdução acrítica e não-ponderada de elementos jurídicos relativos aos *punitive damages* reforça e amplia idiosincrasias não desejadas em nosso sistema jurídico, levando a eventos juridicamente incoerentes e paradoxais – quando não a injustiças. Os dois capítulos seguintes tratarão de exemplos concretos e técnicos do resultado da introdução de conceitos e regras relativos aos *punitive damages* – não como esse instituto realmente é no seu ambiente original, o sistema do *common law* (vide capítulo 6 abaixo), mas como é enxergado, adaptado e manejado em um ordenamento jurídico de *civil law*.

21 A ferramenta de buscas Google permite, de forma muito simplória, a medição comparada da propagação de conceitos na *internet*. Pesquisou-se a quantidade de repetição da expressão “*punitive damages*” em sítios de três países latino-americanos de *civil law* e realidades econômicas, tecnológicas, sociais e culturais assemelhadas: Brasil, Argentina e México. O Brasil retornou 2.500 resultados, a Argentina 638 e o México 962 para “*punitive damages*”. O Brasil com 2.500 resultados tem mais da metade do que todos os resultados de sítios em espanhol, que retornaram 4.440 ocorrências de “*punitive damages*”. Observe-se que a busca pela expressão “responsabilidade civil objetiva do estado”, que representa um instituto jurídico muito mais tradicional no nosso sistema, retornou no Brasil apenas 1.590 resultados.

22 São favoráveis à tese do caráter punitivo, em maior ou menor grau: Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Arthur Oscar de Oliveira Deda, Carlos Alberto Bittar, Sérgio Cavalieri, Yussed Sahid Cahali, José Carlos Moreira Alves, Paulo da Costa Leite, Luiz Roldão de Freitas Gomes, Araken de Assis, Teresa Ancona Lopez, Sérgio Severo, Carlos Édison do Rego Monteiro Filho, Renan Miguel Saad, Américo Luís Martins da Silva, Clayton Reis, João Casillo, Guilherme Calmon Gama, Eduardo de Oliveira Leite, Fernando Noronha e Antonio Junqueira de Azevedo. Por outro lado, contrários ao caráter punitivo estão: José Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva, Orlando Gomes, Maria Celina Bodin de Moraes, Sérgio Severo e Humberto Theodoro Júnior.

3 INTRODUÇÃO DE *PUNITIVE DAMAGES* NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Para além do disposto no parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor²³, Maria Moraes registra que, apesar do posicionamento doutrinário e jurisprudencial, não há na legislação brasileira nada que autorize a aplicação de uma função punitiva à indenização²⁴. Entretanto, a autora registra a tentativa de inclusão, especificamente no tocante aos danos morais, de previsão no Código Civil a dar suporte expresso à dupla função (compensatória e punitiva) da reparação de danos extrapatrimoniais, tentativa esta consubstanciada no Projeto de Lei n.º 6.960/2002, do deputado federal Ricardo Fiúza. O conteúdo desse projeto era a inclusão de um §2º no art. 944 do Código Civil, dispondo: “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Apesar de o PL 6.960/2002 ter sido rejeitado nesta parte específica, proposição de redação idêntica foi posteriormente repetida no Projeto de Lei n.º 276/2007, do deputado federal Leo Alcântara, que se encontra pendente de parecer na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

Registre-se que a justificativa da rejeição, contida no relatório que gerou o Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 6.960/2002, de autoria do deputado Vicente Arruda, foi justamente o entendimento de que:

Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão.

4 SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PUNITIVA DO ESTADO: *PUNITIVE DAMAGES* NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

23 A regra é nitidamente punitiva, muito embora o *quantum* sancionatório seja tarifado (repetição do indébito em dobro) e não seja calcado em culpa grave ou dolo, mas no mero engano injustificável. Transcreve-se o dispositivo:

“Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. [§] Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”

24 Cf. MORAES, op. cit., p. 48.

Os dois principais e mais ilustrativos julgados que adotaram na prática e expressamente a teoria dos *punitive damages* em suas fundamentações possuem pelo menos três coisas em comum. A primeira é que os dois são julgados de tribunais superiores: o Supremo Tribunal Federal-STF e o Superior Tribunal de Justiça-STJ. A segunda é que, na esteira do tratado nos capítulos 3 e 4 supra, ambos decidiram pela aplicação de *punitive damages* como critério²⁵ de quantificação do valor de indenização de danos morais. Finalmente, nesses casos julgou-se a pessoa jurídica estatal como responsável²⁶ pelo dano, e a aferição dessa responsabilidade se deu pela modalidade objetiva, isto é, sem análise da culpa dos eventualmente envolvidos.

No caso julgado pelo STJ²⁷, um casal demandou a condenação do Distrito Federal em danos morais, acarretados pela morte de seu filho no Colégio Agrícola de Brasília. Eis a ementa do acórdão:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL –
PENSIONAMENTO POR MORTE DE FILHO NO INTERIOR
DE ESCOLA MANTIDA PELO PODER PÚBLICO – DEVER
DE VIGILÂNCIA – DANO MATERIAL – SÚMULA 282/STF –
DANO MORAL – AUMENTO DE VALOR DE INDENIZAÇÃO.

25 Observe-se desde já que na experiência jurídica brasileira, tanto na jurisprudencial quanto na acadêmica (vide notas de Lisboa no cap. 3) *punitive damages* são usados como critério da quantificação da indenização total, e não como verba declaradamente apartada. Isto é, não se condena em um valor X de indenização compensatória e a um valor Y de indenização punitiva, e sim apenas a um valor W, que serviria conjuntamente como elemento satisfativo e punitivo, prática da qual André Andrade (ANDRADE, André Gustavo. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 319) fundamentadamente discorda:

“Por razões não apenas de conveniência, mas de necessidade, a operação realizada para a fixação do quantum correspondente à indenização punitiva deve ocorrer separadamente da realizada para a apuração do valor referente à indenização compensatória do mesmo dano. Essa separação é importante para garantir verdadeira transparência e efetivo consolo sobre a fixação dos critérios utilizados e sobre a justeza da valoração efetuada do julgador. Possibilita-se a verificação do peso atribuído à compensação do dano e o conferido à reprovabilidade da conduta, permitindo, entre outras coisas, o exame da proporcionalidade da parcela punitiva em relação à parcela compensatória e até em correlação à indenização do dano material existente.”

26 Acrescente-se que o servidor ou servidores públicos envolvidos não foram chamados a lide em litisconsórcio ou denunciação.

27 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp 860705/DF. Relatora: Eliana Calmon, 24.10.2006. DJ 16.11.2006 p. 248. A Ministra Eliana Calmon afirmou em seu voto:

“[...]o valor fixado a título de indenização por dano moral, não pode ser ínfimo ou abusivo, mas proporcional à dúplice função deste instituto indenizatório: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.”

[...]

2. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não volte a reincidir.
3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais.
4. Aumento do valor da indenização para 300 salários mínimos.
5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.

Já no caso do STF²⁸, que versa também sobre pais demandando indenização por danos morais contra o Estado, desta feita em razão de o filho ter sofrido lesões (“afundamento frontal do crânio, edema cerebral e contusão hemorrágica”) decorrentes de nascimento por fórceps, em hospital público, o Ministro Celso de Mello, que julgou monocraticamente o agravo de instrumento em questão, foi expresso em sua decisão ao assinalar *punitive damages* ou *exemplary damages* como o fundamento que influenciou na fixação do *quantum* da indenização por danos morais. As expressões estrangeiras foram, inclusive, reproduzidas na ementa, conforme se comprova:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) *CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (“EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES”)* E (b) *NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA*. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. (grifo nosso)

28 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI/455846. Relator: Celso de Mello. DJ nº 203, de 21.10.2004

Nesse caso, a União interpôs agravo de instrumento no STF contra decisão do Tribunal Regional Federal-TRF que não recebeu recurso extraordinário. A decisão ora tratada, que negou seguimento ao agravo de instrumento da União, teve como principal fundamento a negativa da possibilidade de reexame da tese de defesa da União quanto a matéria de fato²⁹, que era a de que não havia nexo causal entre o dano sofrido e o serviço público prestado a autorizar a responsabilização civil do Estado. Todavia, a natureza também punitiva da indenização por danos morais, inclusive contra o Estado, também foi afirmada no conteúdo da decisão:

Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público – presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal *a quo* – observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (“punitive damages”), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro.

Adjetivamos esses dois casos de “principais e mais ilustrativos” não apenas por serem eles advindos dos nossos dois mais elevados tribunais superiores, os órgãos judiciários que conferem a última interpretação em matéria constitucional e em matéria legal. Mais do que essa importância político-hierárquica, essas decisões são importantes porque revelam precisamente, na prática jurisprudencial, os elementos contraditórios e paradoxais, as desastrosas conseqüências e a ausência de quaisquer benefícios relativos ao que passarei a chamar de *responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado*, isto é, a aplicação concomitante de regras de responsabilização do Estado de natureza objetiva – verificação do nexo causal e prescindibilidade da existência de culpa – com regras de quantificação de indenização de natureza sancionatória.

Podemos categorizar a responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado como o ente jurídico resultante da introdução inadvertida de regras e teorias alienígenas (*punitive damages*), resultado que leva a conseqüências paradoxais, contraditórias e incoerentes, como a contaminação de regras tradicionais do sistema sobre responsabilidade

29 Súmula STF-279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

objetiva do Estado. As críticas a esse resultado específico da importação de regras de *punitive damages* dar-se-ão em duas perspectivas: extra-sistêmica e intra-sistêmica.

5 CRÍTICA EXTRA-SISTÊMICA À RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PUNITIVA DO ESTADO

A noção de sistema vai além do mero conjunto de entes, regras e princípios relativos a determinada matéria. Mais do que o conjunto de entes individualmente considerados, o conceito de sistema envolve necessariamente a menção a relações de interdependência entre esses entes que o compõem³⁰. Se, dentro de um sistema jurídico, as regras, princípios e institutos tradicionais se relacionam entre si, em um paralelo com a ciência da ecologia³¹, a importação para esse sistema de um ente alienígena e as relações desse novo componente com os componentes tradicionais do sistema causam naturalmente certas consequências inesperadas. Entretanto, em um momento anterior à importação e às relações do ente introduzido com os entes tradicionais do novo sistema, a análise das inter-relações do ente importado com os outros entes do seu sistema de origem já pode fornecer indícios de futuras incompatibilidades. Assim, de forma precedente à análise das relações dos *punitive damages* com regras e institutos do nosso ordenamento jurídico (o que corresponde ao que no capítulo 7 a seguir chamaremos de crítica intra-sistêmica), faz-se necessário destacar certas características e propriedades da existência desse ente estrangeiro no seu ambiente de origem (o que neste capítulo tratamos como crítica extra-sistêmica) que permitem antever inadequações na sua introdução no direito brasileiro.

A primeira crítica extra-sistêmica refere-se a critérios históricos próprios do *common law* que nortearam o surgimento dos *punitive damages*. Behr³² aponta que no *common law*, até o século XIX, as possibilidades

30 Cf. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 761.

31 DELARIVA, Rosilene Luciana; AGOSTINHO, Angelo Antonio. Introdução de Espécies: uma Síntese Comentada. p. 255. In *Acta Scientiarum*, Universidade Estadual de Maringá-Eduem, vol. 21, p.255-262, 1999:

“Dentro do contexto teórico, a introdução de espécies constitui um tipo de alteração ecológica que pode modificar a comunidade biótica na qual a espécie é inserida. As teorias ecológicas fornecem as bases para o entendimento de como a introdução de espécies pode alterar a comunidade receptora, bem como o grau de perturbações que elas podem causar.”

32 Cf. BEHR, op. cit., p. 124.

de indenização do dano moral³³ eram restritas ou inexistentes, sob o argumento de que a natureza não-patrimonial do dano seria incompatível com uma compensação econômica. Isso teria levado os tribunais a adotar uma abordagem funcional e a conceder indenizações declaradamente punitivas, mas de natureza subjacentemente também compensatória. Vítor Gonçalves afirma que essa comunhão dos propósitos compensatório e punitivo da responsabilidade civil em uma única verba indenizatória começou a diminuir na segunda metade do Século XIX, quando as condenações em indenização compensatória e indenização punitiva passaram então a se dar em parcelas declarada e expressamente distintas.³⁴

Judith Costa e Mariana Pargendler³⁵ apontam nesse aspecto um paralelo entre o surgimento da doutrina dos *punitive damages* no *common law* com o discurso dos autores brasileiros sobre a dupla função da indenização por danos morais. Entretanto, uma vez reconhecida a reparabilidade do dano moral, “a função da indenização passou a ser entendida como meramente compensatória, perdendo, assim, sua primitiva vinculação com o instituto dos *punitive damages*.” Os *punitive damages* passaram a ser concedidos somente em casos excepcionais, justificados pelo “estado subjetivo do causador do dano, aliado à alta censurabilidade de sua conduta”. Mas esse paralelo entre o surgimento dualista dos *punitive damages* e o discurso da função dualista da indenização por danos morais não se justifica no presente³⁶ como argumento propiciador da importação daquele instituto pelo simples fato de que as possibilidades de reparação do dano extrapatrimonial são agora amplas, fixadas no Código Civil e na Constituição, e tradicionalmente aplicadas pelos órgãos judiciais brasileiros – inclusive contra o Estado, e pelo sistema de responsabilidade objetiva.

33 Definido no *common law* como *Pain and suffering*.

34 Cf. GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A Punição na Responsabilidade Civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 36. O autor continua:

“Assim, em *Cole v. Tucker*, estabeleceu-se formalmente a diferença entre as verbas compensatórias e as punitivas, explicitando-se que últimas cumulavam-se às primeiras em casos de condutas particularmente censuráveis. Também em *Hawk vs. Ridgeway*, restou registrado que ‘em se tratando de ilícito intencional, o júri está autorizado a conceder, além do valor do prejuízo, uma quantia em separado, a título de punição, e também para preservar a tranqüilidade pública!’”

35 COSTA; PARGENDLER, op. cit., p. 23.

36 COSTA; PARGENDLER, op.cit.,p.23: “Similar trajeto não se reflete na doutrina e na jurisprudência brasileiras, que continuam a conotar aspectos punitivos como ‘iminentes’ ou próprios aos danos morais.”

A incompatibilidade da introdução do instituto revela-se também pela constatação de que no *common law*, que no presente também reconhece a possibilidade de indenização meramente compensatória dos danos extrapatrimoniais³⁷, os *punitive damages* são aplicados aos casos de dano de qualquer natureza, moral ou econômica, desde que praticados com culpa grave ou dolo. O foco e a condição para condenação em *punitive damages* é a reprovabilidade da conduta, não a natureza do dano.

Uma segunda crítica extra-sistêmica à introdução de *punitive damages* em nosso ordenamento é o fato de que mesmo no seu sistema de origem ele é um instituto controverso, controversia esta incentivada por diversos e pitorescos (para nós) casos de indenizações milionárias e desproporcionais em relação ao dano sofrido. Behr aponta que não só os tribunais superiores e a própria Suprema Corte, mas também as cortes federais e estaduais costumam limitar os danos arbitrados pelos júris, sob o argumento, inclusive, de violação à Constituição³⁸. Maria Moraes³⁹ complementa aduzindo que:

Como reação, ao que muitos consideravam abusivo, diversos Estados norte-americanos estabeleceram tetos legais (*caps*) para estas indenizações. Atualmente, 16 estados americanos, entre eles a Flórida e o Texas, estabelecem tetos máximos de indenização com

37 Cf. GONÇALVES, op. cit., p. 37. O autor continua:

“No Século XX, ao mesmo tempo que a utilização da indenização punitiva restou amplamente diversificada, a comunhão entre a indenização punitiva e a compensatória tornou-se menos sensível, por meio da exclusão da compensação pelo dano não patrimonial ou moral do âmbito da indenização punitiva. De fato, nos Estados Unidos, o dano moral passou a ser concedido sob rubrica em separado (*pain and suffering*), no âmbito da indenização exclusivamente compensatória. Na doutrina norte-americana, entende-se atualmente a expressão *pain and suffering* como um elemento das perdas e danos, destinado à reparação de todas as formas de sofrimento consciente, mental e/ou físico. Ou seja, afirma-se que o dano moral é sujeito a uma reparação que é compensatória por natureza.”

38 Cf. BEHR, op. cit., 119-120. Segundo o autor:

“A Suprema Corte no caso BMW da América do Norte vs. Gore decidiu por aplicar um teto ao valor da indenização punitiva, com base em fundamentos constitucionais [...] reformando um julgamento da Suprema Corte do Estado do Alabama, a Suprema Corte afirmou que uma indenização punitiva “flagrantemente excessiva” “transcende o limite constitucional” estabelecido pela Cláusula do Devido Processo Legal da 14ª Emenda à Constituição dos EUA. – Tradução livre do original:

the Supreme Court in BMW of North America vs. Gore called for a cap on punitive damages based on constitutional grounds [...] Reversing a judgment from the Supreme Court of Alabama, the Supreme Court held that “grossly excessive” punitive damages “transcend the constitutional limit” established by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment”.

39 MORAES, op. cit., p. 70.

caráter punitivo, normalmente até três vezes o valor da indenização compensatória. Além disso, há estados que determinam a atribuição de uma parte relevante da indenização punitiva (entre 50 e 75%) a fundos especiais.

Como terceira crítica, voltada especificamente à responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado, é importante notar que no *common law* as regras de responsabilidade civil do Estado são radicalmente diferentes das nossas. Com efeito, os *punitive damages* provêm de um ecossistema jurídico que possui fortes restrições à idéia em si de responsabilidade civil do Estado no seu viés prático de condenação do ente público por um tribunal. Há diversos exemplos na lei e na jurisprudência que confirmam essa assertiva. Permita-nos o leitor nos demorar mais neste ponto, e apresentar-lhe quatro exemplos, dois judiciais e dois legislativos, da incompatibilidade dos *punitive damages* com a responsabilização do Estado em sua visão sistêmica original.

Como primeiro exemplo, interpretando a regra da 11^a Emenda à Constituição dos Estados Unidos⁴⁰, no caso *Alden vs. Maine* a Suprema Corte dos EUA indeferiu um pedido de indenização formulado com base na lei federal sobre padrões mínimos de salubridade trabalhista⁴¹ vez que o Estado do Maine não consentiu em ser processado. O *Justice Kennedy*, que elaborou a *opinion of the court*, considerou expressamente que⁴²:

Processos privados contra Estados que não consentiram em ser processados – especialmente processos por indenizações em dinheiro – podem ameaçar a integridade financeira dos Estados. É indiscutível que no momento de sua fundação muitos dos Estados poderiam ter sido forçados à insolvência, se não fosse a sua imunidade contra

40 Que trata da imunidade de jurisdição entre Estados e da de cada Estado contra processos de particulares.

41 FLSA - Fair Labor Standards Act

42 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. ALDEN V. MAINE (98-436) 527 U.S. 706 (1999). 715 A. 2d 172, affirmed. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/98-436.ZO.html>>. Tradução livre do original:

“Private suits against nonconsenting States—especially suits for money damages—may threaten the financial integrity of the States. It is indisputable that, at the time of the founding, many of the States could have been forced into insolvency but for their immunity from private suits for money damages. Even today, an unlimited congressional power to authorize suits in state court to levy upon the treasuries of the States for compensatory damages, attorney’s fees, and even punitive damages could create staggering burdens, giving Congress a power and a leverage over the States that is not contemplated by our constitutional design. The potential national power would pose a severe and notorious danger to the States and their resources.”

processos de particulares por indenizações em dinheiro. Mesmo hoje, um poder ilimitado do Congresso para autorizar processos em cortes estaduais, para cobrar do tesouro dos Estados indenizações compensatórias, honorários de advogados, e até mesmo *indenizações punitivas*, poderiam criar ônus exponencialmente crescentes aos Estados.” (Grifo nosso).

Em outra ocasião, interpretando a seção 1983 do Título 42 do *United States Code*⁴³, a Suprema Corte dos EUA decidiu no caso *Newport vs. Fact Concerts, INC* que a cidade de Newport não poderia ser condenada em *punitive damages* por cancelar a licença da empresa Fact Concerts para promover shows⁴⁴. A *opinion of the court*, emitida pelo Justice Blackmun, dispôs que:

2. Um município é imune a *punitive damages* nos termos da seção 1983 do Título 42 do *United States Code*.

(b) Em 1871, quando o Congresso promulgou o que agora é a referida seção 1983, foi genericamente entendido que um município deveria ser tratado como uma pessoa natural sujeita a processos decorrentes de um amplo espectro de atividades danosas, mas esse entendimento não se estendia à condenação em *punitive damages* no *common law*. De fato, tribunais de *common law* consistentemente e expressamente negaram-se a conceder *punitive damages* contra municípios. Nada na história legislativa sugere que, promulgando o *Civil Rights Act de 1871*, o Congresso pretendeu abolir a doutrina da imunidade dos municípios a *punitive damages*. Se tanto, a história relevante sugere o contrário.

43 Compilação do conjunto das leis federais estadunidenses. A seção 1983 do Título 42, em particular, permite que as municipalidades sejam responsabilizadas civilmente por danos.

44 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *NEWPORT V. FACT CONCERTS, INC.*, 453 U.S. 247 (1981). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=453&invo1=247>>. Tradução livre do original:

“2. A municipality is immune from punitive damages under 1983. [§] (b) In 1871, when Congress enacted what is now 1983, it was generally understood that a municipality was to be treated as a natural person subject to suit for a wide range of tortious activity, but this understanding did not extend to the award of punitive damages at common law. Indeed, common-law courts consistently and expressly declined to award punitive damages against municipalities. Nothing in the legislative history suggests that, in enacting 1 of the Civil Rights Act of 1871, Congress intended to abolish the doctrine of municipal immunity from punitive damages. If anything, the relevant history suggests the opposite. [§] (c) Considerations of public policy do not support exposing a municipality to punitive damages for the malicious or reckless conduct of its officials. Neither the retributive nor the deterrence objectives of punitive damages and of 1983 would be significantly advanced by holding municipalities liable for such damages.”

(c) Considerações de políticas públicas não apóiam expor um município a *punitive damages* em decorrência da conduta maliciosa e imprudente de seus agentes. Nem os objetivos retributivos, nem os preventivos dos *punitive damages* e da seção 1983 seriam significativamente atingidos se se considerar os municípios responsáveis em indenizações dessa natureza.

Além da legislação que impõe um teto ao valor fixado por *punitive damages*, é possível mencionar também a existência de lei nos EUA que expressamente proíbe a responsabilização punitiva do Estado. Um exemplo pode ser encontrado na seção 1981a do Título 42 do *United States Code*, seção esta que trata de indenização em casos de discriminação intencional em relações de trabalho. Transcreve-se a seguir o parágrafo 1 da subseção (b) da seção 1981a⁴⁵:

42 U.S.C. §1981a(b)(1)

(b) Indenização punitiva e compensatória

(1) Determinação de indenização punitiva

A parte demandante pode obter *indenização punitiva* de acordo com esta seção *contra um demandado (que não seja um governo, uma agência do governo, ou subdivisão política)* se demonstrar que este se engajou, com malícia ou imprudente indiferença, em prática discriminatória aos direitos federalmente protegidos do indivíduo agredido. (grifo nosso).

Em nível federal a seção 2674 do título 28 do *United States Code* proíbe expressamente que os Estados Unidos sejam condenados em *punitive damages*, afirmando em adição que mesmo nos locais onde a morte de uma pessoa só seja responsabilizada, no âmbito cível, com *punitive damages*, a responsabilidade dos Estados Unidos será apenas pela indenização emergente ou compensatória, e mensurada esta pelo

45 42 U.S.C. §1981a(b)(1) – Tradução livre do original:

§ 1981a. Damages in cases of intentional discrimination in employment [§] (b) Compensatory and punitive damages [§] (1) Determination of punitive damages [§] A complaining party may recover punitive damages under this section against a respondent (other than a government, government agency or political subdivision) if the complaining party demonstrates that the respondent engaged in a discriminatory practice or discriminatory practices with malice or with reckless indifference to the federally protected rights of an aggrieved individual.

dano pecuniário causado pela morte em questão. Transcreve-se a norma⁴⁶:

28 U.S.C. §2674 – Responsabilidade dos Estados Unidos

Os Estados Unidos devem ser responsabilizados, respeitando o disposto neste título relativamente a demandas de responsabilidade civil, da mesma maneira e na mesma extensão que indivíduos particulares nas mesmas circunstâncias, mas não devem os Estados Unidos ser responsabilizados por juros anteriores ao julgamento ou por *punitive damages*.

Se, entretanto, em qualquer caso no qual morte tenha sido causada, a lei do lugar onde o ato ou omissão alegadamente ocorreu preveja, ou tenha sido construída de modo a prever, indenização de natureza apenas punitiva, os Estados Unidos devem ser responsabilizados por danos emergentes ou compensatórios, medidos pelos danos pecuniários resultantes da morte em questão às pessoas em benefício de quem a demanda tenha sido proposta.

Demonstra-se com mais esse argumento, portanto, a impertinência de, no nosso ordenamento jurídico, aplicar-se conjuntamente as regras de *punitive damages* em conjunto com as regras de responsabilidade civil do Estado, vez que essa construção não é admitida nem no sistema jurídico de origem daquele instituto.

6 CRÍTICA INTRA-SISTÊMICA À RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PUNITIVA DO ESTADO

Finalmente, inicia-se a crítica intra-sistêmica à aplicação em nosso ordenamento de uma construção como a responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado. Essa crítica pode ser feita com base em argumentos gerais relativos à incompatibilidade em si dos *punitive damages* com certos aspectos e princípios de nosso ordenamento constitucional-civilista acerca da responsabilidade civil. Mas, sobretudo, podem ser apontados

46 Tradução livre do original:

"28 U.S.C. §2674 – Liability of United States. [§] The United States shall be liable, respecting the provisions of this title relating to tort claims, in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances, but shall not be liable for interest prior to judgment or for punitive damages. [§] If, however, in any case wherein death was caused, the law of the place where the act or omission complained of occurred provides, or has been construed to provide, for damages only punitive in nature, the United States shall be liable for actual or compensatory damages, measured by the pecuniary injuries resulting from such death to the persons respectively, for whose benefit the action was brought, in lieu thereof."

argumentos críticos específicos às consequências e incoerências da aplicação de regras de indenização punitiva na responsabilidade civil do Estado, tal como entendida em nosso sistema com suas já estabelecidas regras de responsabilidade objetiva.

A primeira crítica intra-sistêmica geral refere-se à ausência de norma a autorizar a responsabilização civil com uma indenização punitiva, reconhecida por Tepedino, Barbosa e Moraes ao afirmarem sobre os *punitive damages* que “sua adoção no direito brasileiro dependeria de previsão legal específica.”⁴⁷ Indo além, tais autores enxergam no art. 944 do Código Civil uma verdadeira proibição legal à introdução judicial de critérios punitivos na responsabilidade civil⁴⁸: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.” Ademais, muito embora o parágrafo único desse dispositivo afirme que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”, eles entendem que, em verdade⁴⁹:

O parágrafo único do art. 944 não configura, de modo algum, exceção à função reparatória. O dispositivo tão-somente autoriza o juiz a reduzir equitativamente a indenização, e não a majorar.

A segunda crítica intra-sistêmica geral à importação dos *punitive damages* é o desdobramento de natureza constitucional de violação do princípio da legalidade por inexistência de norma legal a autorizar a indenização punitiva. Aliás, conforme a nota 17 supra, a própria Constituição da República fala apenas em reparação dos danos. E, no entendimento de constitucionalistas⁵⁰ e hermeneutas⁵¹, a interpretação

47 TEPEDINO, BARBOSA; MORAES, op. cit., p. 864.

48 TEPEDINO, BARBOSA; MORAES, op. cit., p. 858. O art. 944 do CC, ao vincular o valor da indenização à medida da extensão do dano, reafirma a tradição do direito brasileiro, vedando a interferência de considerações acerca das características do agente ou de sua conduta na determinação do quantum indenizatório.

49 Ibidem, p. 865.

50 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.252-255. Para o autor: “há certo consenso de que se interpretam restritivamente as normas que instituem as regras gerais, as que estabelecem benefícios, as punitivas em geral e as de natureza fiscal.”

51 Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 225. Para o autor:

“Consideram-se excepcionais as disposições: a) de caráter punitivo, quando se não referem a delitos, porém cominam multa; indenização; [...] A rubrica – Leis Penais, aposta, a este capítulo, compreende todas as normas que impõem penalidades; e não somente as que alvejam os delinquentes e se enquadram

da Constituição não pode ser alargada quando se trata de regras punitivas. Da mesma forma, a pena seria aplicada como resultado de um processo civil, que coloca à disposição do réu um menor número de garantias substanciais e procedimentais se comparado ao processo penal.

Tepedino, Barbosa e Moraes⁵² também apresentam óbices de natureza constitucional aos *punitive damages*, como o risco de *bis in idem*, pois sendo a responsabilidade civil cumulativa com a criminal o agente que causa dano moral com uma conduta também tipificada como delito, poderia sofrer sanções nas duas esferas. Além disso, dentro do sistema brasileiro de responsabilidade civil, a majoração da indenização a título de pena poderia recair sobre outra pessoa que não o ofensor, situação inadmissível diante do art. 5º, XLV, da Constituição, que veda expressamente que qualquer pena ultrapasse a pessoa do condenado.

Como crítica intra-sistêmica específica principal, afirmamos haver uma incoerência intrínseca insuperável no que se denominou neste artigo de responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado, que seria a aplicação combinada de responsabilidade civil punitiva e de responsabilidade civil objetiva do Estado. Essa combinação, tal como feita pelo STF e STJ nas decisões do capítulo 5, pressupõe obviamente que pelo menos as regras fundamentais de cada instituto sejam aplicadas concomitantemente.

Assim, tem-se estabelecido em nosso ordenamento que a Constituição, em seu art. 37, § 6º define que a responsabilização civil do Estado se dará na modalidade objetiva, isto é, independentemente da análise da culpa do agente público que tenha causado o dano⁵³. A interpretação conjunta desse dispositivo com os incisos V e X do art. 5º da Constituição permite afirmar seguramente que a reparação dos danos morais se submete às mesmas regras⁵⁴ de ausência de necessidade de verificação da existência de culpa. Por outro lado, por definição, a

em Códigos criminais. [...] Os preceitos mencionados regem, também, disposições de Direito Privado, de caráter punitivo: as relativas à indignidade do sucessor, por exemplo, e diversas concernentes à falência.”

52 TEPEDINO, BARBOSA; MORAES, op. cit., p. 863.

53 LISBOA, op. cit., p. 619. Para o autor:

Vigora, entre nós, a teoria do risco administrativo ou do risco integral, segundo a qual o Estado responde independentemente de culpa pelo evento danoso decorrente de conduta de seu agente ou servidor público.

54 ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade Civil do Estado*, T. II. Campinas: Bookseller, 2001. p. 350. Para o autor:

“Em se tratando de danos morais causados em suporte fático em que coexistam as atividades referidas na Constituição Federal de 1988, art. 37, §6º, impende de plano observar-se que o dado da culpa é totalmente

comprovação da vontade de agir ilicitamente mostra-se indispensável à imposição de uma indenização punitiva, porque é precisamente essa distorção de desígnios por parte do autor do dano que é sancionada⁵⁵. Em outras palavras a conduta apta a ser sancionada por meio de *punitive damages* seria a decorrente de culpa grave ou dolo, devendo ser tão maligna e censurável a ponto de poder ser adjetivada como maliciosa, consciente, imprudente, dolosa, deliberada e opressiva (vide nota 8 supra). Logo, a incoerência intrínseca da responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado reside precisamente no fato de que a responsabilidade civil objetiva prescinde da análise de culpa, enquanto a responsabilidade civil punitiva só se justifica pela presença desta (e em um grau, pelo menos, grave)⁵⁶.

Pode-se encontrar um aprofundamento teórico dessa idéia de incompatibilidade entre a natureza intrinsecamente subjetiva dos *punitive damages* e a responsabilização objetiva característica do Estado na construção elaborada por Othon Lopes⁵⁷ do que ele chama de “modelos de responsabilidade”. Para tal autor, a idéia de responsabilidade existe em um sistema complexo com multiplicidade de opções e soluções, mas, todavia, a experiência histórica demonstraria que nem todas as possíveis combinações são entendidas como adequadas ou legítimas. As opções de conjuntos de regras de responsabilidade mais adequadas, que Lopes divide em dois modelos, responsabilidade subjetiva e responsabilidade por equidade (que corresponderia grosso modo à objetiva), são na visão desse autor funcionalmente diversas, tanto em termos de enfoque, quanto de resultados. O modelo subjetivo centra-se no ato humano, e suas regras direcionam-se a avaliações de conduta individual. Já o modelo por equidade tem como perspectiva a interferência da atividade humana sobre o mundo, e valora a distribuição social de eventos onerosos. Aquele cuida da reprovabilidade, este do risco. Para Lopes, a consequência da disparidade entre esses dois modelos de responsabilidade é que os danos calcados em valorações como ilicitude e culpabilidade, valorações que só podem ser feitas

abstraível na quantificação do valor a ser prestado a título de indenização, na medida que não se versa hipótese de responsabilidade subjetiva, mas caso de responsabilidade objetiva.”

55 GONÇALVES, op. cit., p. 6

56 Cf. ANDRADE, op. cit., p. 288. Para o autor:

“Com muito mais razão, não seria punível a lesão decorrente de ato configurador de responsabilidade objetiva. O fundamento da responsabilidade civil, em tal caso, é, tão-somente, o risco proporcionado por uma dada atividade. A ausência de culpa afasta a necessidade e, conseqüentemente, o fundamento da sanção de natureza penal.”

57 Cf. LOPES, op. cit., p. 282-285

dentro de um modelo subjetivo de responsabilidade, não assumem contornos definíveis dentro das valorações de risco e causalidade típicos da responsabilidade objetiva. A aplicação concomitante de ambos os modelos seria, portanto, incompatível⁵⁸.

7 CONTEMPORIZANDO DANOS MORAIS E *PUNITIVE DAMAGES*

É nosso dever alertar que as idéias aqui expostas são frontalmente opostas às da função dualista da indenização por dano moral, tradicionais há tempos em nossa doutrina, e de aplicação comum em decisões judiciais, como demonstrado anteriormente. A ruptura seria tal ao ponto de afirmar estarem todos os doutrinadores citados na nota 22 acima enganados? Acreditamos que não. Mas, talvez, a formulação do discurso segundo o qual a indenização por danos morais contém natural e implicitamente em si duas funções, compensatória e sancionatória⁵⁹, possa ser aprimorada.

Nesse intento, pode-se partir da definição, com a qual se iniciou este artigo (vide notas 2 e 3 acima), segundo a qual responsabilidade é uma consequência que o direito impõe a alguém como resposta a violação de alguma norma. Essa natureza de resposta, de imposição jurídica a alguém de uma obrigação, de uma perda patrimonial como consequência da violação de uma norma, não seria ontologicamente uma forma de sancionar, de punir? Se a resposta for positiva, essa natureza sancionatória da responsabilidade estaria sempre presente na resposta à violação de uma norma, seja ela penal, civil ou administrativa. As considerações mais apropriadas a respeito são encontradas em Yussef Cahali e Vítor Gonçalves. Aquele afirma que⁶⁰:

O fundamento ontológico da reparação dos danos morais não difere substancialmente, quando muito em grau, do fundamento jurídico do ressarcimento dos danos patrimoniais, permanecendo ínsito em

58 Ibidem, p. 302. Lopes usa o dano moral como exemplo de dano pertencente ao modelo subjetivo, e que seria portanto incompatível de se manejar com regras de responsabilidade objetiva. Ele adota a concepção de dano moral de Maria Helena Diniz, por nós combatida no capítulo 3 e 8, segundo a qual o juízo de culpabilidade serviria ao cálculo do valor do dano moral, idéia intrinsecamente punitiva. Isso não invalida a disparidade demonstrada: não concordamos que o dano moral seja intrinsecamente punitivo, mas concordamos que qualquer indenização punitiva é intrinsecamente – e extremamente – subjetiva. Muito embora discordemos do exemplo pontual adotado, a construção da incompatibilidade de modelos feita por Lopes permanece logicamente válida e elegante.

59 Cf. ANDRADE, op. cit., p. 168. Para o autor: “vários autores têm observado que a indenização do dano, seja ele material ou moral, já traz, ínsita, a finalidade punitiva, juntamente com a satisfativa.”

60 CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: RT. 1998. p. 390.

ambos os caracteres sancionatório e afliitivo, estilizados pelo Direito moderno.

Já Gonçalves⁶¹, muito embora maneje esse argumento de forma favorável à importação de *punitive damages*, aduz que:

Ademais, pode-se afirmar que a própria compensação é punitiva, particularmente no que se refere à responsabilidade civil subjetiva, que é baseada na culpa do ofensor. Tanto é assim que o argumento da compensação, isoladamente considerado, consegue explicar porque o autor de uma ação civil recebe sua indenização, mas não porque é o réu que tem de pagá-la. A explicação está em que a obrigação de pagar constitui uma sanção imposta ao réu em retribuição ao ato ilícito que praticou.

Essas considerações enfraquecem a tese da função dualista da indenização por danos morais por duas razões. A uma, se o caráter punitivo é natural a qualquer forma de indenização⁶², não seria necessário que estivesse enunciado na fundamentação teórica da quantificação do dano moral, e ausente da fundamentação da de danos patrimoniais. As possíveis objeções de que mesmo assim a natureza declaradamente punitiva do dano moral serve 1) para possibilitar o caráter econômico da indenização e 2) a função de prevenção/desestímulo a novos atos ilícitos são falaciosas. A primeira é superada pela constatação de que no presente a reparação do dano moral é plenamente reconhecida em nosso ordenamento. A segunda não explica, já que ontologicamente qualquer indenização é punitiva, porque é desnecessária na justificação da indenização por danos patrimoniais a menção a essa natureza implicitamente punitiva, ou porque os danos patrimoniais, que são também resultantes de um ato contrário ao direito, não mereceriam uma resposta declaradamente punitiva com os mesmos fins de *deterrence*. Demonstra-se, assim, o caráter anacrônico e completamente não-funcional do discurso, embora tradicional em nosso ordenamento, de que a reparação do dano moral mereceria algum atributo punitivo.

8 CONCLUSÃO

Muito embora a distinção entre *common law* e *civil law* seja mais histórica do que propriamente funcional, no presente artigo partimos

61 GONÇALVES, op. cit., p. 160

62 Para considerações mais aprofundadas sobre causalidade e retribuição como elementos da responsabilidade jurídica, vide LOPES, op. cit., p. 57, 140, 161, retomando Heráclito, Grócio, Kant

do pressuposto de que existem diferenças estruturais na forma como os ordenamentos jurídicos dos países filiados a cada um desses sistemas manejam a responsabilidade civil. É verdade que em alguns casos a distinção entre *civil law* e *common law* simplesmente não faz sentido: ou porque o ordenamento jurídico em questão é intrinsecamente construído a partir de ambos os sistemas, como no caso, por exemplo, de Escócia, Holanda e Canadá; ou porque o ramo do direito debatido em determinado ordenamento jurídico não decorre necessariamente da evolução da tradição histórica representada nos conceitos de *common* e *civil law*, como por exemplo direito administrativo e direito constitucional nas Américas, direito processual coletivo e trabalhista no Brasil, direito ambiental, dentre outros. Muito embora nesses casos a distinção entre *civil law* e *common law* nada representa de substância, na responsabilidade civil o caráter histórico da evolução da tradição jurídica num e noutro sistema é inegavelmente representativa e reveladora das formas jurídicas no presente⁶³. Constatou-se, assim, que no sistema do *common law*, a responsabilidade civil é dualista, ou seja a indenização é compensatória e punitiva, enquanto que sistema do *civil law* é monista: indenização apenas compensatória.

Vimos que na realidade jurídica brasileira é forte a tese da dupla função do dano moral, segundo a qual a fixação do valor da indenização deve ser feita em montante que traduza uma reprovabilidade da conduta do lesante. Tentou-se, inclusive, incluir um §2º no art. 944 do Código Civil, dispondo expressamente a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante. Citamos casos do STF e do STJ nos quais se decidiu expressamente pela aplicação de *punitive damages* como critério de quantificação do valor de indenização de danos morais, em cumulação com a condenação do Estado como responsável pelo dano, e na modalidade objetiva.

A hipótese adotada neste artigo, entretanto, em um paralelo com a ciência da ecologia, é que a importação para o nosso ordenamento de um ente jurídico alienígena causa naturalmente incompatibilidades e contradições, devido às relações desse novo componente com os componentes tradicionais do sistema. Assim, no *common law*, a função da indenização dos danos morais, *pain and suffering*, é meramente compensatória, e os *punitive damages* são concedidos somente em casos

63 Atestando a íntima correlação entre os *punitive damages* e o próprio sistema do *common law*, COSTA e PARGENDLER, op. cit., p. 18 resgatam afirmação de que “costuma-se dizer que o direito de um júri em alguns casos proferir uma condenação em danos punitivos é tão velho quanto o próprio direito a julgamento por um júri”. Tradução livre do original: “*the right of a jury in certain cases to award exemplary damages has been said to be as old as the right of trial by jury itself*”

excepcionais, fundados na alta censurabilidade da conduta do autor do dano. Ademais, além de ser um instituto controverso mesmo no *common law*, é de se lembrar que esse sistema possui fortes restrições à idéia em si de responsabilidade civil do Estado. Internamente, não há norma no ordenamento brasileiro a autorizar a responsabilização civil com uma indenização punitiva, e o próprio art. 944 do Código Civil constitui-se em vedação legal à introdução judicial de critérios punitivos na responsabilidade civil. Ao par de óbices de natureza constitucional à introdução de *punitive damages*, demonstrou-se que existe uma incompatibilidade teórica entre a natureza intrinsecamente subjetiva dos *punitive damages* e a responsabilização objetiva característica do Estado.

Pragmaticamente, concluímos este estudo atacando justamente o caráter funcional da responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado, um dos argumentos mais fortes utilizados na defesa da importação dos *punitive damages*. Se a principal finalidade dos *punitive damages* é, através do caráter exemplar e pedagógico dessa função, evitar que o ofensor pratique novos danos e prevenir que outros também o façam, reforçando a lei e a ordem no sistema, facilmente se percebe que essa funcionalidade não opera quando o punido em seu patrimônio é o Estado, e não o servidor público autor do dano. Por exemplo, duas soluções alternativas se colocam como mais eficazes para fins de *deterrence* do que a adoção dos *punitive damages*. Primeiro, afastar o entendimento jurisprudencial e doutrinário segundo o qual seria incabível, na demanda em que se pretende a condenação objetiva do Estado em danos, a denúncia da lide ao agente público causador do dano. Em segundo lugar, evitar e controlar a tibieza do Estado que freqüentemente se omite em recobrar regressivamente, do agente público culpado, o valor em foi condenado. Essa ausência na responsabilidade civil objetiva punitiva do Estado da principal finalidade dos *punitive damages*, revela a consequência mais nefasta da importação desavisada do instituto: a condenação punitiva do Estado repercute, na verdade, sobre o patrimônio de todos os contribuintes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade Civil do Estado*, T. I e II. Campinas: Bookseller, 2001.

ANDRADE, André Gustavo. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEHR, Volker. *Punitive Damages in American and German Laws*. V. 78:105. Chicago: Chicago Kent Review, 2003.

BRAND, Ronald A. Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far. *Journal of Law and Commerce*. University of Pittsburgh, School of Law, n. 24, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo. RT. 1998.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. D.O.U. de 5.10.1988.

COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e Abusos da Função Punitiva*. *Revista CEJ*, p. 15-32, jan/mar 2005.

DELARIVA, Rosilene Luciana e AGOSTINHO, Angelo Antonio. Introdução de Espécies: uma Síntese Comentada. In *Acta Scientiarum*, Editora da Universidade Estadual de Maringá-Eduem, vol. 21, p.255-262, 1999.

FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 8. ed. St. Paul (MN): West., 2004.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A Punição na Responsabilidade Civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

LEI nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. D.O.U. de 12.9.1990 - Retificado no DOU de 10.1.2007.

LEI nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. D.O.U. de 11.1.2002.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, v. 2: Obrigações e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade Jurídica: Horizontes, Teoria e Linguagem*. São Paulo: Quartier Latin: 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. vol. 5, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas. In *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, v.5, n.18, abr./jun., 2004.

PRIEST, George L. *Punitive Damages*. Chicago: University of Chicago, Pr, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. REsp 860705/DF. Relatora: Eliana Calmon, 24.10.2006. DJ 16.11.2006 p. 248.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. ALDEN V. MAINE (98-436) 527 U.S. 706 (1999). 715 A. 2d 172, affirmed. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/98-436.ZO.html>> e .NEWPORT V. FACT CONCERTS, INC., 453 U.S. 247 (1981). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=453&invol=247>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI/455846. Relator: Celso de Mello. DJ nº 203, de 21.10.2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. vol. I e II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UNITED STATES CODE. Disponível em:<<http://uscode.house.gov/>>.