

RESPONSABILIDADE CIVIL PUNITIVA: OS "PUNITIVE DAMAGES" *NO DIREITO BRASILEIRO, DE FLÁVIO DA COSTA HIGA*

RESPONSABILIDADE CIVIL PUNITIVA: OS "PUNITIVE DAMAGES" *NO DIREITO BRASILEIRO, BY FLÁVIO DA COSTA HIGA*

DANIEL AMARAL CARNAÚBA

Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco –
Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Privado pela Université Panthéon-Sorbonne – Paris 1.
Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora, *campus* Governador Valadares – UFJF-GV.
Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo.
daniel.carnauba@uff.edu.br

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os "punitive damages" no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SUMÁRIO: Relato. Investigação. Denúncia. Veredito.

A reparação deve abarcar todo o dano, e nada além do dano. Eis o tradicional aforismo jurídico que, na literatura especializada, recebe o nome de “princípio da reparação integral do dano”. Trata-se de um dos valores fundantes da responsabilidade civil, intimamente ligado à sua função reparatória e ao ideal de justiça comutativa. É por meio da equivalência aritmética, entre valor do dano e a compensação a ser paga, que evitamos que a responsabilidade civil atue de forma insuficiente na proteção das vítimas, ou que desande a enriquecê-las sob o manto de uma reparação extravagante.

Ocorre que a responsabilidade civil cumpre também outros papéis, além de sua missão de compensar as vítimas. Uma dessas funções atribuídas à responsabilidade, tão ou mais antiga do que a reparatória, é a punitiva. A condenação do responsável a indenizar os prejuízos que causou também serve para puni-lo, o que pode ser entendido sob dois aspectos: um, mais primitivo, que nos remete ao instinto da

CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil punitiva: os "punitive damages" no Direito brasileiro*, de Flávio da Costa Higa. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 16. ano 5. p. 337-344. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2018.

retribuição – aplicar um mal àquele que nos causou um mal –, e outro, mais racional, segundo o qual a imposição do dever de reparar teria um propósito dissuasório, servindo de incentivo para que os indivíduos tomem as precauções adequadas para evitar lesar terceiros.

Ora, por essa perspectiva punitiva, o princípio da reparação integral não teria lugar. Se o propósito da responsabilidade civil é apenas, por meio de uma sanção pecuniária, aquele que comete um ilícito, então o valor da condenação não necessariamente deve corresponder ao dano causado. Pelo contrário: em diversas situações, a simples condenação à reparação do dano mostra-se uma pena irrisória frente ao ilícito cometido, sendo incapaz de dissuadir o responsável de sua conduta reprovável. Seria pertinente, nesse tipo de caso, que o juiz arbitrasse uma condenação civil para além do valor do prejuízo, de modo a atender aos seus propósitos punitivos da responsabilidade? E quais seriam as condições e o regime dessas condenações civis de feições unicamente punitivas? Essas questões e tantas outras correlatas são abordadas na recente obra de Flávio da Costa Higa – *Responsabilidade civil punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*.

Por certo, a análise da aplicabilidade dos chamados *punitive damages* no Direito brasileiro não é verdadeiramente nova. Na doutrina nacional, contam-se alguns artigos e monografias dedicados ao tema da responsabilidade civil punitiva, que encontra seu lugar até mesmo nas páginas dos manuais universitários. Porém, em nenhuma outra obra brasileira a responsabilidade civil punitiva recebeu tratamento tão abrangente e rigoroso quanto na pesquisa de Higa.

RELATO

O estilo do texto é um primeiro elemento que se destaca na obra. Higa consegue, como poucos juristas contemporâneos, aliar estética e ciência, e desenvolve uma pesquisa robusta em renunciar à leveza e à elegância de sua redação.

A preocupação com a excelência literária da obra é tão marcante que, em algumas passagens, o texto chega a se aproximar do gênero narrativo. É o que ocorre no capítulo introdutório (p. 5-48), no qual Higa recorre à ironia fina e ao humor para desmascarar dois mitos – lendas urbanas, diz o autor – amplamente difundidos no imaginário jurídico: os alegados precedentes, do Direito americano, em que os jurados teriam arbitrado indenizações punitivas milionárias em ações que se fundavam em argumentos, no mínimo, insólitos. Na primeira delas, uma senhora idosa supostamente queixava-se por ter se queimado ao tomar um café demasiadamente quente servido em um dos restaurantes da rede McDonald's; na segunda, outra mulher de certa idade, após ter colocado seu gato de estimação para secar no micro-ondas, levando à previsível morte do animal, teria ajuizado uma ação contra o fabricante do aparelho afirmando que o manual de instruções não continha nenhuma advertência

sobre o assunto. Como demonstra Higa, o primeiro desses relatos é uma meia-verdade; uma distorção grosseira do grave acidente que envolveu a Sra. Stella Liebeck e que rendeu, de fato, uma das mais controversas condenações civis punitivas jamais concedidas nos EUA. Já o segundo é simplesmente uma mentira completa.

O veio literário do autor também desponta em seu relato sobre a cruzada jurisprudencial capitaneada pela juíza Sandra O'Connor, da Suprema Corte americana, contra o instituto dos *punitive damages* em seu país (p. 75- 152). Ou ainda, nas descrições, sempre ricas em detalhes, de precedentes de tribunais estrangeiros, como o célebre caso *Grimshaw v. Ford*, julgado pela Corte de Apelação da Califórnia (p. 218-224).

Um dos fatores que contribui para a fluidez do texto é o uso peculiar que o autor faz das notas de rodapé. No livro, elas assumem duas funções marcantes: em primeiro lugar, abrigam todas as transcrições de julgados ou obras doutrinárias. Isso garante que o leitor tenha acesso direto às fontes empregadas na pesquisa – os excertos são extensos e numerosos – evitando, contudo, que a redação seja truncada por longas citações.

Mas o autor também recorre às notas com o fim de aprofundar determinados assuntos periféricos tangenciados ao longo da obra. Ali são encontrados detalhes sobre determinados julgados, opiniões contrárias às ideias defendidas no texto, esclarecimentos sobre o funcionamento de cortes estrangeiras ou mesmo explicações sobre temas não jurídicos, como o que o seja *think-tank* “RAND” ou a sempre mencionada, mas pouco compreendida, “vitória de Pirro”. Esse uso das notas é particularmente enriquecedor na medida em que agrega ao livro um segundo nível de estudo, acessível ao leitor mais interessado. Curiosamente, isso faz com que o livro se aproxime do dinamismo dos textos digitais, onde *hyperlinks* e *pop-ups* tornam a leitura interativa, ao permitirem que o leitor decida sobre quais assuntos deseja se aprofundar.

INVESTIGAÇÃO

Outro grande mérito do livro é sua fundamentação. Higa alicerça suas conclusões em um amplo leque de referências, nacionais e estrangeiras, fruto de uma pesquisa minuciosa empreendida pelo autor. Isso é particularmente notável nos capítulos 2º e 3º da obra, nos quais se discute a experiência da responsabilidade civil punitiva em países pertencentes ao sistema da *Common Law* (Reino Unido e EUA) e à família Romano-Germânica (França e Itália). Nesse contexto, Higa recorre diretamente às fontes primárias estrangeiras, o que inclui, além da legislação e da literatura jurídica desses países, projetos de leis e até mesmo sondagens e estatísticas sobre questões de direito. Mas a fonte mais importante para o desenvolvimento da obra é, sem dúvida, a jurisprudência estrangeira. À míngua de decisões nacionais

que tratem da responsabilidade punitiva, Higa recorre, com frequência ao longo de toda a obra, aos precedentes de outros países para embasar seus posicionamentos.

A opção pela análise jurisprudencial estrangeira nos parece acertada. A jurisprudência, muito mais do que a doutrina ou do que a legislação, é capaz de expor de forma fidedigna a realidade jurídica de um determinado país. A análise dos julgados estrangeiros – e, principalmente, dos fatos litigiosos que conduziram a cada decisão – garante a correta contextualização dos institutos jurídicos, permitindo que o leitor compreenda o papel exercido por aquele conceito na solução de conflitos. Trata-se de uma ferramenta eficaz contra as “falsas importações”, bastante comuns no Direito brasileiro, em que conceitos supostamente oriundos de outros ordenamentos são aqui empregados com sentidos completamente distintos daqueles ostentados em seu país de origem.

A pesquisa é especialmente rica com relação ao estudo do ordenamento jurídico americano, que é, reconhecidamente, o país de referência no que diz respeito ao tema da responsabilidade civil punitiva. Um primeiro elemento a se destacar é que, ao contrário da maioria dos juristas brasileiros, Higa reconhece que não há “um” Direito americano. O ordenamento jurídico daquele país é, antes, um mosaico composto por 50 estados, além do Distrito de Columbia e do território não incorporado de Porto Rico, que gozam de relativa autonomia legislativa e jurisprudencial (p. 73). E ainda que a Suprema Corte, a legislação federal ou os célebres *Restatements of Law* conduzam a algum grau de uniformidade, certo é que os institutos jurídicos acabam por receber feições próprias nos diferentes estados americanos – algo que é particularmente verdadeiro no que tange à responsabilidade civil punitiva.

Isso levou o autor a abordar os *punitive damages* do Direito americano de forma fragmentada. Higa demonstra que pontos centrais sobre a responsabilidade civil punitiva, tais como sua admissibilidade, o ônus probatório ou os limites monetários das penas civis, são regulados de forma distinta em cada um dos ordenamentos estatais (p. 87-101). Na sequência, o autor analisa os julgados proferidos pela Suprema Corte americana sobre o assunto, a qual se deteve, principalmente, na verificação da compatibilidade entre as condenações civis punitivas e o preceito constitucional do “devido processo legal” (p. 123-167). A desconcertante incoerência desses precedentes, que frequentemente se contradizem quanto aos limites impostos pela Constituição americana aos *punitive damages*, explica porque aquela Corte Suprema jamais foi capaz de edificar balizas minimamente seguras sobre o instituto, que poderiam servir para a construção de um regulamento uniforme em todo o país.

Talvez a contribuição mais contundente de Higa para a compreensão dos *punitive damage* americanos seja sua demonstração de que esse tipo de condenação é bem mais raro do que normalmente se supõe. Apoiado em uma série de estudos empíricos realizados naquele país, o autor revela que os *punitive damages* são

concedidos em um número relativamente pequeno de litígios. Os valores exatos variam de pesquisa para pesquisa, mas a maioria delas aponta que as condenações punitivas ocorrem em apenas 5% ou menos das ações de responsabilidade civil julgadas procedentes pelos tribunais americanos (p. 78-81). Esses dados – mais uma vez – desmentem o senso comum segundo o qual a responsabilidade civil punitiva seria utilizada de forma errática e desenfreada nos Estados Unidos, conduzindo a uma avalanche de condenações milionárias.

A análise da responsabilidade civil punitiva nos ordenamentos jurídicos da família Romano-Germânica – França e Itália – é igualmente minuciosa, mas não tem a mesma relevância do exemplo americano. Cumpre notar que França e Itália são dois países que não admitem, ao menos expressamente, as condenações civis de cunho punitivo. Por essa razão, Higa direciona o foco de seu estudo aos litígios nos quais as Cortes de Cassação desses dois países foram chamadas a decidir se concederiam *exequatur* a sentenças americanas que haviam condenado empresas francesas e italianas ao pagamento de *punitives damages* (p. 169-206). A análise é interessante na medida em que expõe a aversão desses tribunais à responsabilidade civil punitiva, vista com mais naturalidade por seus homólogos anglo-saxões. Contudo, é difícil compreender por qual razão esses dois países mereceram um capítulo à parte na obra.

Já o estudo dedicado ao Direito Inglês é, por certo, mais proveitoso, principalmente por conter um relato pormenorizado dos dois primeiros precedentes da *Common Law* sobre os *exemplary damages*: os julgados *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money*, ambos de 1763 (p. 54-59). No mais, ao contrário do que ocorreu com a Suprema Corte americana, a Câmara dos Lordes impôs contornos muito mais claros à responsabilidade civil punitiva em seu país, especialmente no julgado *Rookes v. Barnard*, proferido em 1964, e em outros que o sucederam (p. 59-73).

DENÚNCIA

Na segunda metade do livro, Higa procura lançar as bases para um modelo de responsabilidade civil punitiva a ser adotado no Brasil. A proposta parte do diagnóstico, bastante persuasivo, de que a assimilação dos *punitive damages* em nosso país é uma medida necessária e urgente.

Necessária em razão das próprias deficiências de um sistema de responsabilidade civil atrelado exclusivamente à reparação dos danos. Fazendo uso de argumentos típicos da escola da Análise Econômica do Direito, o autor demonstra que o movimento de objetivação da responsabilidade civil, em marcha desde o final do século XIX, de fato introduziu estímulos para que os agentes econômicos adotem medidas de precaução, com o fim de não causarem danos a terceiros. Cientes de que serão responsabilizados mesmo não havendo nenhum indício de culpa ao seu

encontro, os indivíduos tomarão as providências adequadas para reduzir os riscos de sua conduta.

Contudo, em diversas situações, é possível que o ofensor, conquanto submetido a um regime objetivo de responsabilidade, consiga escapar do dever de reparar. É o que ocorre, por exemplo, quando a vítima não consegue identificar o verdadeiro causador do dano, ou quando ela não está disposta a dispender os esforços e custos inerentes a um processo judicial para obter reparação. Há ainda os casos em que o lucro auferido pelo agente com seu ato ilícito é superior à indenização que deverá pagar em eventual ação movida pela vítima; uma situação conhecida no Direito francês como *faute lucrative* (ilícito lucrativo) e que redundava num verdadeiro incentivo à conduta danosa. Em ambas as hipóteses, a responsabilidade civil objetiva revela-se um instrumento ineficaz para demover um indivíduo que mede racionalmente as vantagens que obtém ao se conduzir de forma danosa. Para dissuadi-lo, outras sanções, para além da simples indenização, se fazem necessárias (p. 207-224).

Mas o principal argumento levantado por Higa em favor da responsabilidade civil punitiva é que ela, em verdade, já foi incorporada ao Direito brasileiro. Não de forma ostensiva e racionalizada como seria ideal, mas pela via transversa, embutida em meio às reparações dos danos morais, que tendem a ser mais generosas quando os magistrados entendem ser necessário punir o autor de um determinado ato ilícito. É nesse sentido que a construção de um regime brasileiro de responsabilidade civil punitiva, capaz de oferecer critérios adequados para sua operacionalização, é uma medida não apenas necessária, mas também urgente.

De fato, as posições sustentadas pelos tribunais brasileiros evidenciam o paradoxo da responsabilidade civil punitiva em nosso país: se as cortes superiores são concordantes em afirmar que o Direito brasileiro repudia a figura dos *punitive damages*, elas mesmas não hesitam em lançar mão de critérios punitivos no momento de quantificar o dano moral, desnaturando, assim, a própria finalidade reparatória desse instituto. Elementos típicos de condenações penais, como o “dolo” do responsável ou a “gravidade de sua culpa”, sua “condição financeira” ou mesmo a “reincidência”, são comumente empregados pela jurisprudência (e, recentemente, pela nova legislação trabalhista) para aquilatar o montante a ser pago a título de reparação dos danos morais. O desvio de finalidade é a tal ponto flagrante que o próprio Superior Tribunal de Justiça abertamente declara que a indenização do prejuízo moral tem uma função “punitivo-pedagógica”.

Higa denuncia com veemência essa promiscuidade entre reparação e sanção, que tomou de assalto o instituto dos danos morais. Segundo o autor, a inclusão oficiosa de valores punitivos sob a rubrica dos danos morais viola a garantia constitucional do devido processo legal, na medida em que impede que as partes tomem conhecimento de qual parcela da condenação equivale à reparação dos danos

constatados, e de qual outra foi concedida como forma de punição. E, o que é pior, a concessão de uma cifra global, indiscriminadamente punitiva e reparatória, termina por privar a decisão judicial de uma fundamentação idônea, visto que essas duas parcelas deveriam estar alicerçadas em argumentos essencialmente distintos (p. 232-236). Não por acaso, predominam em nossos tribunais decisões que, com o intuito de justificar o montante atribuído a título de dano moral, recorrem a fórmulas ubíquas ou mesmo desprovidas de qualquer sentido, como a risível – e infelizmente frequente – afirmação de que o valor arbitrado para o dano moral “não deve ser tão pequeno que não puna o ofensor, nem tão grande que enriqueça o ofendido” (p. 258-261).

VEREDITO

No quinto e último capítulo da obra, Higa analisa os pontos essenciais a serem tratados em uma eventual regulamentação brasileira dos *punitive damages*. Questões importantes, como os pressupostos para a incidência das condenações civis punitivas (p. 315-347) ou os critérios de quantificação da sanção (p. 405-439) são abordados com profundidade, valendo-se o autor largamente da experiência estrangeira.

Uma questão de destaque diz respeito à destinação dos valores obtidos em razão de uma condenação civil punitiva. Ainda que seja bastante difundida a ideia de que os *punitive damages* devem ficar com a vítima do ilícito, essa não é, todavia, a única solução viável. Muitos autores propugnam que a sanção civil tenha como beneficiário o próprio Estado, ao afirmarem que a destinação ao demandante redundaria em seu enriquecimento sem causa (um argumento criticado por Higa), e criaria um incentivo às demandas especulativas. Esse modelo “publicista” foi, de certo modo, encampado pelo recente projeto de reforma do Direito francês da responsabilidade civil, o qual determina que o montante da sanção civil seja integralmente destinado “ao financiamento de fundos de indenização que tenham relação com a natureza do dano experimentado ou, na ausência destes, ao tesouro público” (art. 1266-1, alínea 5). Entre esses dois modelos extremos, há uma solução de compromisso, adotada em alguns estados americanos, segundo a qual o valor da condenação há de ser dividido entre o demandante e o poder público.

O autor sustenta que a solução mais adequada é aquela que privilegia a vítima, concedendo a ela o valor da sanção imputada ao responsável. “Trata-se de um pressuposto de eficácia do sistema a existência de estímulos econômicos aos lesados” (p. 387). Contudo, Higa reconhece que, em algumas situações, a destinação do integral valor à vítima pode ser impossível ou mesmo contrária aos interesses públicos – pense-se, por exemplo, nos casos de ilícitos concorrenciais, em que a concessão de uma soma exagerada a apenas uma das vítimas pode representar, ela

mesma, uma vantagem competitiva desleal frente aos demais concorrentes. Para essas hipóteses, o autor propugna a adoção de um modelo flexível, que permita, sob certas condições, que o magistrado reserve uma parcela da condenação punitiva ao Estado.

Outra tese defendida por Higa é que a responsabilidade civil punitiva, para ser adotada no Brasil, exigiria expressa previsão legal. A conclusão é extraída da constatação autoevidente de que as condenações dessa espécie ostentam natureza de pena, e que estariam, portanto, submetidas ao preceito constitucional da legalidade penal (p. 285-293).

A ideia pode parecer surpreendente, afinal, ainda que existam projetos de lei visando incluir os *punitive damages* no ordenamento brasileiro, a iniciativa do legislador pode tardar ou mesmo nunca se concretizar; de sorte que um leitor mais incauto veria aí um anticlímax, um fim melancólico dado à obra por seu autor, que relegou seu extenso trabalho ao papel de mera expectativa. E, de fato, solução mais tentadora para qualquer pesquisador seria afirmar que seu trabalho pode, de plano, estender seu legado sobre o tráfego jurídico. Higa optou por não se render a essa saída sentimentalista; uma postura tanto mais honesta do ponto de vista científico, quanto corajosa. Trata-se, em verdade, de mais um dos inúmeros testemunhos da seriedade de seu trabalho.
