



PUC

**DEPARTAMENTO DE
DIREITO**

**A Incidência do Imposto de Renda e as
Indenizações Cíveis**

por

Rodrigo Pinheiro Bastos de Carvalho Vianna

ORIENTADOR(a): Prof. Helvécio Couto

2009.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE

JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

A Incidência do Imposto de Renda e as Indenizações Cíveis

por

Rodrigo Pinheiro Bastos de Carvalho Vianna

Monografia
apresentada ao
Departamento de
Direito da Pontifícia
Universidade Católica
do Rio de Janeiro (PUC-
Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em
Direito.

Orientador(a): Prof.
Hélcio Couto

2009.2

“Nec temere, nec timide”

Resumo

O artigo 927 do Código Civil de 2002 categoriza o dever de indenizar como uma obrigação. Sendo assim, ao grupo das modalidades de obrigação existentes incluem-se mais uma, a obrigação de indenizar. Para que nasça essa obrigação de indenizar, em momento anterior deve ocorrer um dano, que pode ser considerado como uma subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer que se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem moral, integrante da própria personalidade da vítima. Por sua vez, o artigo 43 do CTN estabelece os termos em que constituem hipóteses de incidência do imposto de renda a aquisição da disponibilidade jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza. Em ambas as hipóteses, o elemento nuclear é justamente o acréscimo patrimonial, sem o qual não há de se cogitar em incidência de imposto de renda, uma vez que não se realiza o fato gerador da exação. O presente estudo analítico trata dos diversos tipos de indenizações cíveis, sejam elas indenizações patrimoniais, patrimoniais indiretas e morais, e por fim classifica o regime tributário correto para cada uma delas levando-se em conta suas naturezas distintas, demonstrando que há casos em que não deve ocorrer tributação por se tratar de verbas de cunho indenizatório, bem como em outros em que deverá ocorrer a incidência do Imposto de Renda.

Palavras Chave: indenização; patrimonial; patrimonial indireto; moral; tributação; renda; isenção; indenizatória.

Índice de abreviaturas

CF – Constituição Federal.

CTN – Código Tributário Nacional.

CC – Código Civil.

RIR – Regulamento do Imposto de Renda.

Dec – Decreto.

L – Lei.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

SRF – Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Sumário

Introdução.....	06
Primeira Parte: A responsabilidade civil e o direito à indenização	
Capítulo 1: Da responsabilidade civil e do dever de indenizar.....	12
Capítulo 2: Pressupostos da responsabilidade civil.....	16
Segunda Parte: Regime tributário das indenizações cíveis	
Capítulo 3: O fato gerador do imposto de renda.....	37
Capítulo 4: Normas de interpretação – artigos 109 e 110 do CTN.....	47
Capítulo 5: Regime tributário das indenizações cíveis.....	53
Conclusão.....	62
Bibliografia.....	64

Introdução

A natureza jurídica das indenizações e suas implicações no âmbito tributário é tema dos mais oportunos e atuais, tendo em vista o seu valor teórico e sua aplicabilidade. Na medida em que a consciência jurídica cresce em meio à nossa sociedade, com contribuintes cada vez mais pleiteando seus direitos, cresce a importância do estudo.

Se por um lado a doutrina pátria aprofundou-se em estudos sobre a responsabilidade civil e o dever de indenizar por danos causados, por outro, o regime tributário das indenizações continua sendo um campo farto, no entanto, pouco explorado pela doutrina, que não se ocupou em elaborar distinções entre os diversos fatos ensejadores de indenização, e da correspondente consequência de tais distinções no mundo tributário.

Nossa jurisprudência nos últimos anos tem enfrentado diversas questões relativas à tributação das indenizações, sejam elas as questões relativas às desapropriações, às adesões a planos de demissão voluntária e às indenizações devidas por danos patrimoniais e morais. Isso nos mostra o quão importante e atual é a discussão sobre o regime tributário conferido às indenizações.

Esta importância se torna mais gritante aos olhos, quando dependemos dos tribunais superiores para nos ensinar quais indenizações devem ou não ser tributadas. Ora, como sabido e consabido, nossos tribunais tendem a mudar de posição assim como o vento muda seu sopro, e os contribuintes não podem ficar como velejadores ajustando suas velas a todo e qualquer momento.

Em suma, a doutrina deve despertar e tratar o assunto com mais responsabilidade e atenção tecendo considerações mais profundas sobre o tema, caso contrário a sociedade ficará sujeita à vontade arbitrária dos tribunais, como um piloto de avião sobrevoando a Amazônia sem radar no meio da neblina, ou seja, perdidos sem a tão desejada segurança jurídica.

Dito isso, o principal objetivo desse trabalho é tentar destrinchar o regime tributário aplicável às indenizações cíveis recebidas tanto pela pessoa física, quanto pela pessoa jurídica, buscando trazer cores a um quadro cinzento.

É certo que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento consolidado de que a indenização por danos morais, vertida à pessoa física, não ensejaria incidência do Imposto de Renda. No entanto, não podemos ter isto como suficiente. Ora, trata-se da terceira vez que aquela corte adota um posicionamento sobre o tema, uma vez que entendia pela não incidência, depois optou a favor da Fazenda, para novamente, agora, se posicionar a favor dos contribuintes.

A idéia de indenização remonta ao latim *damnus*, dano, prejuízo, condenação, de que veio *indemnis*, indene, isento de prejuízo, de dano, e *indenizar*, tornar indene, através do francês oitocentista. Já se ouvia em Roma *damnum praestare* ou *ressarvire*, *damna dissolvere*, com o mesmo sentido do nosso indenizar. Portanto, o próprio étimo de indenização se vincula ao dano anterior de que é cognato.

O artigo 927 do Código Civil de 2002, categoriza o dever de indenizar como uma obrigação. Sendo assim, das modalidades de obrigação existentes (dar, fazer, não fazer), o Código incluiu mais uma, a obrigação de indenizar.

Por sua vez, a responsabilidade civil opera a partir do ato causador do dano, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima em seu *status quo* antes do fato danoso.

Certo afirmar que essa obrigação nasce e passa a ter eficácia com a imposição da norma legal, uma vez respeitados seus pressupostos. A obrigação de indenizar é legal, vale dizer, a própria lei confere sua eficácia e determina quando a obrigação surge e a precisa conformação que ela reveste. A vontade das partes, portanto, atua apenas como condicionadora, e não como modeladora dos efeitos jurídicos estatuídos na lei.

Inegável conclusão, de que, como já previa o sentido étimo, a indenização é uma obrigação imposta por lei, como resultado necessário de um comportamento infringente de seus preceitos. A indenização, por este motivo, sempre decorre da violação de uma obrigação anterior, estabelecida na própria ordem jurídica.

Não se pode deixar de lembrar que as causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar são múltiplas. Destas, as mais importantes são: (i) o ato ilícito, isto é, a lesão antijurídica e culposa; (ii) ilícito contratual, descumprimento de normas contratuais assumidas pela parte; (iii) ato que, embora lícito, enseja obrigação de indenizar nos termos estabelecidos em lei.

Por certo, sem dúvida alguma, um dos maiores vilões da responsabilidade civil é o dano. Não haveria que se falar em indenização, nem ressarcimento, se não houvesse o prévio dano. Pode se falar de responsabilidade sem culpa, mas nunca de responsabilidade civil¹ sem dano.

Uma indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito, enriquecimento sem causa para quem a recebesse, e pena para quem pagasse. Porquanto, o objeto da indenização é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes do fato danoso.

O dano, portanto, pode ser considerado como uma subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem moral, integrante da própria personalidade da vítima.

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, refere-se a um dano material, atinge o patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, passíveis de depreciações monetárias.

Todavia, há casos onde o bem lesado não é o bem material, o objeto não é o patrimônio da vítima, mas sim sua reputação, sua imagem, sua saúde, sua honra. Entretanto, seus reflexos não se restringem ao plano imaterial, surtindo efeitos no patrimônio da vítima, configurando o dano patrimonial indireto.

Convém ainda destacar que o dano patrimonial não necessariamente se restringe a danos presentes, seus efeitos podem atuar no futuro com o chamado lucro cessante. O lucro cessante consiste na perda de ganho esperável, na frustração de expectativa de lucro, na diminuição potencial e efetiva do patrimônio da vítima. Pode ocorrer não só

¹As noções expostas neste estudo para *responsabilidade* são as do direito privado. Portanto, responsável será todo aquele cuja ação gerar uma obrigação de reparar outrem.

da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como também daquilo que já era comprovadamente esperado.

Inúmeras são as situações em que se pode caracterizar o lucro cessante. Basta que se tenha uma disponibilidade efetiva, em virtude de uma atividade econômica, de obter incrementos patrimoniais, e estes deixarem de ocorrer em virtude da ação de outrem.

Além do dano material, a pessoa pode suportar o chamado dano moral. Ou seja, um dano que não afeta imediatamente o patrimônio da vítima, considerando este o conjunto de valor econômico da vítima, e em que se tratando de pessoa jurídica, geralmente será objeto de demonstrações contábeis. Dessa forma, esse dano pode atingir indiretamente o patrimônio da vítima, sendo o chamado dano patrimonial indireto, como também, não ter nenhuma repercussão econômica, o chamado dano moral puro, ou simplesmente dano moral.

A idéia de dano moral, não se restringe apenas a danos contra a honra. Principalmente nas pessoas físicas, ela abrange um horizonte muito maior, além da honra e dos direitos da personalidade, chegando à estética.

Em suma, para que se possa fazer um exame adequado da questão de se saber se a pessoa jurídica, ou física, ao receber uma indenização deve o imposto de renda incidir sobre ela, relevante é a distinção entre dano patrimonial, dano patrimonial indireto, lucro cessante e dano moral.

O artigo 43 do CTN estabelece os termos em que constituem hipóteses de incidência do imposto de renda a aquisição da disponibilidade jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza. Em ambas as hipóteses, o elemento nuclear é justamente o acréscimo patrimonial, sem o qual não há de se cogitar em incidência de imposto de renda, uma vez que não se realiza o fato gerador da exação.

Por outro lado, lucro é uma forma de expressão da renda. A palavra lucro significa o resultado positivo obtido da exploração do capital pertencente ao patrimônio bruto. O lucro líquido de um exercício, por sua vez, é o acréscimo patrimonial verificado no período, sendo geralmente utilizado na determinação da base

de cálculo do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro das empresas.

Logo, o conceito de renda e o conceito de lucro, para compor o âmbito do imposto de renda e proventos de qualquer natureza, bem como da contribuição social, correspondem, indubitavelmente, a acréscimo patrimonial.

Como visto acima, a indenização visa recompor o *status quo* ante, ou seja recompor o patrimônio lesado na mesma proporção dos danos sofridos. Nessa hipótese não há incidência de imposto uma vez que não há acréscimo patrimonial, apenas a recomposição do patrimônio.

A situação se torna mais complexa quando o contribuinte recebe verbas de cunho indenizatório, mas geram em seu patrimônio um acréscimo patrimonial, como comumente ocorre no caso das indenizações provenientes de danos morais.

Aceitar que se tribute o patrimônio do contribuinte nesses casos, sem um prévio exame profundo sobre a indenização e seu reflexo patrimonial, é abrir mais uma porta para o Fisco com sua fome insaciável. Por isso que o estudo do regime tributário das indenizações se torna tão importante nos tempos atuais.

Este trabalho objetiva levar uma luz ao tema, demonstrando que certos casos não há de se cogitar em tributação por se tratar de verbas de cunho indenizatório, bem como outros onde, devido à natureza da indenização, deverá ser pago o Imposto de Renda.

O presente estudo usa do método de estudo analítico, para abordar os diversos tipos de indenizações cíveis, sejam elas indenizações patrimoniais, patrimoniais indiretas e morais, e por fim busca classificar o regime tributário correto para cada uma delas.

Primeira Parte: A responsabilidade civil e o direito à indenização

Capítulo 1: Da responsabilidade civil e do dever de indenizar

Se o Estado surgiu do agrupamento de homens que deixaram de viver como Robinson Crusóe e passaram a viver em sociedade uns com os outros, ele, contudo, só se manteve vivo até os dias atuais, pois o Direito sempre esteve presente para socorrê-lo quando se fez necessário.

Sendo assim, a proteção do que se considera lícito e a repressão daquilo que lhe contrapõe, isto é o ilícito, pode ser dito como o principal objetivo da ordem jurídica. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, se reprime a conduta daquele que o contraria.

Neste diapasão, para se atingir a tão almejada paz social, o ordenamento jurídico pretende garantir tanto o cumprimento das leis, como também o cumprimento de todas as obrigações firmadas entre homens. Essa segurança social, portanto, depende da certeza de que as convenções e acordos ajustados serão respeitados. Ora, o eventual descumprimento de uma obrigação acarretará, na maioria dos casos, em um injusto desequilíbrio patrimonial.

Para atingir esse objetivo, são estabelecidos deveres jurídicos que, conforme a natureza dos direitos a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou de fazer, com também negativos, de não fazer ou de se abster.

Pode-se entender, assim, como *dever jurídico* toda conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Logo, alguns desses deveres atingem a todos de maneira absoluta, como o caso dos direitos absolutos, outros, porém, atingem a pessoa ou pessoas determinadas, como o caso dos direitos relativos.

A violação de um dever jurídico configura o que se entende por um ilícito, que por via de regra acarreta em um dano a outrem, gerando assim um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Desta forma, fica-se diante de dois momentos distintos,

ou seja, um primeiro em que há um dano a um direito e, um segundo, em que surge o dever de indenizar aquele prejuízo até torná-lo idôneo. Daí, podemos distingui-se obrigação civil de responsabilidade civil, a primeira sempre será o dever jurídico originário, enquanto que a segunda será sempre um dever jurídico sucessivo, conseqüentemente à violação do primeiro.

Em outras palavras, a violação do dever jurídico gera um dano e o Direito oferece ferramentas para remediar essa situação. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer tal equilíbrio, de se restabelecer o *statu quo ante*. O desrespeito a um dever jurídico fará nascer, para o autor da ofensa, uma responsabilidade de indenizar aquele que foi lesado, seguindo o princípio do *restitutio integrum*.

Essa responsabilidade varia de acordo com a sua origem, podendo ser contratual ou extracontratual. Se preexiste de um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é conseqüência do inadimplemento, tem-se a responsabilidade contratual. No entanto, se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica, tem-se a responsabilidade extracontratual.

O Código Civil, no título que figura em cima do seu art. 927, categoriza o dever de indenizar como uma obrigação. Vale dizer, entre as modalidades de obrigações existentes – seja elas dar, fazer e não fazer – o Código inclui mais uma: a obrigação de indenizar.

A idéia de indenização remonta ao latim *damnus*, dano, prejuízo, condenação, de que veio *indemnis*, indene, isento de prejuízo, de dano, e *indenizar*, tornar indene, através do francês oitocentista. Já se ouvia em Roma *damnum praestare* ou *ressarvire*, *damna dissolvere*, com o mesmo sentido de o nosso indenizar. Portanto, o próprio étimo de indenização se vincula ao dano anterior de que é cognato.

A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.

Esta obrigação de indenizar tem natureza de obrigação legal, existente a partir da ocorrência de certos pressupostos, descritos em lei, que lhe dá vida. Nesta, a

vontade das partes só intervém como condicionadora, e não como modeladora dos efeitos jurídicos estatuídos na lei. Em suma, a obrigação de indenizar é legal, vale dizer, é a própria lei que determina quando a obrigação surge e a precisa conformação que ela reveste.

Outra característica da obrigação de indenizar é a sucessividade, pois, como já ressaltado, sempre decorre da violação de uma obrigação anterior, estabelecida na lei, no contrato ou na própria ordem jurídica.

Destarte, pode-se assentar duas premissas que servem de suporte. Primeiro, não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação. Segundo, para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu.

Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito contratual, por este motivo é que mais e mais os deveres jurídicos têm como fonte os contratos.

Bom exemplo é o caso em que o autor quedou inadimplente, isto é, deixou de cumprir uma obrigação na forma devida. Neste caso, em primeiro lugar, a responsabilidade resultará no dever de o devedor oferecer a prestação, mesmo que em mora. Se a prestação não tem mais interesse ou utilidade, ela representará o dever de reparar o desequilíbrio patrimonial decorrente da falta de cumprimento da obrigação.

Por outro lado, toda vez que nascer de um ato ilícito qualquer, denomina-se extracontratual ou *aquiliana*. Nesses casos, o autor da ação agiu de maneira contrária àquela estabelecida nas leis causando, por conseguinte, um dano a outrem. Surge daí uma obrigação de ressarcir o lesado, como se pode notar da leitura do caput do art. 927 do Código Civil: “*Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”

O termo aquiliana deriva de *Lex Aquilia*, uma norma de origem romana, que data provavelmente do século III². De acordo com essa lei, quem matasse um escravo ou animal quadrúpede de outrem ficava obrigado a reparar o lesado com o mais alto valor que aquele bem recebera naquele ano. Em resumo, pode-se afirmar que a *Lex Aquilia* estipulou o dever de reparar o mal de acordo com o valor do dano causado, conceito que, aliás, se mantém até os nossos dias.

Em suma, a responsabilidade contratual ocorre se o dever violado tem origem em uma relação obrigacional, ao passo que a responsabilidade extracontratual ou aquiliana nasce do ato ilícito qualquer.

A partir da vigência do Código Civil de 2002, a matéria relativa à responsabilidade civil contratual passou a estar reunida em um título exclusivo ao tema. Agora, as conseqüências da inexecução das obrigações estão dispostas nos artigos 389 a 393, matéria seguida pela mora nos artigos 394 a 401, perdas e danos nos artigos 402 a 405, juros legais nos artigos 406 e 407, cláusulas penais nos artigos 408 a 416 e arras ou sinal nos artigos 417 a 420.

Ao mesmo tempo, a matéria referente à responsabilidade civil extracontratual, bem como sobre o próprio dever de indenizar, se encontram dispostas no novo Código Civil nos artigos 927 e seguintes, enquanto que, a matéria relevante ao *quantum* indenizatório está tratada nos artigos 944 e seguintes.

²CRETELLA JÚNIOR, José, *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro, no Novo Código Civil*. 28ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2003, p. 219.

Capítulo 2: Pressupostos da responsabilidade civil

Classicamente, a responsabilidade se assentava nos seguintes elementos: um fato gerador; a culpa do inadimplente ou infrator; o dano decorrente do ato; e o nexo de causalidade. Isto é, a relação de causa e efeito que se estabelece entre o ato e o dano. A culpa, o nexo e o dano formavam assim a tríade elementar para que surgisse o dever de indenizar.

Atualmente, no entanto, com o advento da teoria do risco, cada vez mais a culpa vem perdendo relevância. Do mesmo modo, haverá situações em que será preciso indenizar sem que seja levado em conta o dano suportado. Portanto, é necessário um exame com maior cuidado dos pressupostos da responsabilidade civil e do conseqüente dever de indenizar para que se possa entender por completo o instituto.

I – Fato gerador

O dever de indenizar, como visto no capítulo anterior, pode ser considerado um dever jurídico sucessivo dependente da lesão a obrigação originária, ou da ocorrência de um ato ilícito.

O fato gerador da responsabilidade civil será sempre o ato que contrariar o contrato firmado entre as partes, no caso da responsabilidade contratual, e o ato ilícito no caso da responsabilidade extracontratual.

Vale ressaltar que quando no caso da responsabilidade contratual, não basta que haja o ato contrário ao contrato; o contrato, por sua vez, deve ser lícito e exigível. Ora, primeiro por ser impossível exigir o cumprimento de uma obrigação ilegal, segundo, pois também não há de se cogitar o cumprimento de uma obrigação que por si só já pode ser considerada como inexigível, como por exemplo, as dívidas de jogo. Nesses casos, deve ser sempre afastada a responsabilidade.

II – Culpa

Culpa pode ser entendida como um descumprimento de um padrão ajustado de conduta. No Direito Civil pátrio, esse desvio pode ocorrer tanto de maneira intencional, como ser fruto de mera negligência, imperícia ou imprudência.

Não é nova a idéia de que a responsabilidade estaria atrelada à culpa. Na verdade isto ocorre desde os tempos romanos. A *Lex Aquilia*, como visto, trouxe o conceito de quem causasse algum dano físico a animais ou escravos de outrem deveria reparar, mas também apresentou a noção de culpa como pressuposto dessa responsabilidade.

Em geral a relação entre responsabilidade e culpa em nosso ordenamento jurídico é muito próxima, já que adotamos como regra, o princípio da responsabilidade subjetiva, para aferir se existe dever de um indenizar pelo dano sofrido por outro. Sendo assim, embora atualmente se caminhe a passos largos em sentido contrário, não haverá responsabilidade sem culpa do agente.

Muitos se equivocam ao pensar na culpa civil da mesma forma da culpa penal. Ora, para o Direito Penal há uma fundamental diferença entre dolo e culpa, enquanto que, para o Direito Civil, este conceito é muito mais amplo. A culpa civil não só engloba o dolo e a culpa penal como vai além.

Existem, a rigor, duas formas de aferir a culpa. Em primeiro lugar, subjetivamente, analisa-se de maneira específica e em concreto o agente, averiguando se aquele agente atuou com a diligência que habitualmente atua, pondera-se, ainda, as suas aptidões particulares. Depois, afere-se a conduta do agente, abstratamente, comparando-a com a do que se chama de “bom cidadão”, daquela pessoa que seria correta e diligente. Toma-se, por padrão, a conduta do bom cidadão, ou “pai de família”, de pessoa correta e diligente, e a confronta com a do agente, para avaliar se a atuação foi adequada ou não.

Essas duas formas de se aferir a culpa devem sempre interagir. Aprecia-se, ao mesmo tempo, o padrão abstrato de conduta e as peculiaridades do agente, para, ao

final, estabelecer a culpa. Assim, vê-se o padrão de conduta no caso concreto, atendendo todas as suas peculiaridades.

Nos casos em que o dolo não está aparente, ou simplesmente não existiu, para que o intérprete possa constatar se houve esse desvio, deve-se fazer uso dos conceitos de imprudência, negligência e imperícia. Imprudência é a falta de cautela. Negligência é a mesma ausência de cautela, no entanto devido a uma conduta omissiva. Por fim, imperícia consiste na falta de habilidade no exercício de uma atividade. Assim, revela-se imprudente aquele que aliena um bem e, antes da entrega da coisa, o expõe a algum risco desnecessário. Será negligente o profissional médico que não trata seus instrumentos com a devida assepsia e higiene. Agirá com imperícia o motorista de transporte coletivo que trafega com seus passageiros acima da velocidade recomendável. Em todos esses casos haverá a culpa.

Nesse momento, vale ressaltar que a boa-fé subjetiva não se associa necessariamente à culpa. Não obstante sua boa-fé, aquele que adotar uma conduta negligente, imperita ou imprudente, agirá com culpa.

Imagine-se o sujeito que pretende vender seu carro e, para conseguir arranjar o mais rápido possível um comprador para este, não sujeita o carro a uma revisão que possa apontar algum eventual defeito; logo depois, o comprador do automóvel sofre um acidente, em decorrência do mal estado do freio. No caso, houve a boa-fé subjetiva, pois o vendedor não desejava mal ao comprador. Entretanto, faltou o dever de cuidado, violando-se a boa-fé objetiva, que permite transparecer a culpa do vendedor.

Em relação à culpa, há uma fundamental diferença entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Na contratual, há uma presunção de culpa do devedor no inadimplemento. Ou seja, se alguém compra uma coisa e espera recebê-la no dia combinado, o simples fato de o bem não ser entregue na data acertada já cria a presunção de que o devedor agiu culposamente. Caberá ao devedor provar que não agiu culposamente no atraso da entrega do bem.

Diferentemente, na responsabilidade extracontratual compete, em regra, ao lesado comprovar que o autor do ilícito teve culpa. Assim, se alguém reclama uma indenização porque recebeu uma batida em seu automóvel, este deve provar que a culpa da colisão foi do reclamado.

Em suma, de maneira geral, no inadimplemento contratual há uma presunção de culpa do devedor, cabendo a este ilidir-se desta suposição, ao passo que, na responsabilidade extracontratual, o ônus de prova da culpa pelo ato ilícito é inverso, o lesado que reclama a indenização deverá demonstrar a culpa do autor do ilícito.

Neste momento, torna-se importante ressaltar que a idéia de culpa como elemento central da responsabilidade vem gradualmente perdendo forças. A época do conceito “não há responsabilidade sem culpa” está passando, caminhamos cada vez mais em direção da responsabilidade objetiva, balizada na teoria do risco, abandonando a tradicional predominância da responsabilidade subjetiva, apoiada na teoria da culpa.

A aferição de culpa justifica moralmente o dever de reparar, fazendo justa a obrigação de indenizar. Todavia, há casos onde o interesse social de reparação do lesado independe do dano ter sido cometido por culpa do autor. Em decorrência dessas hipóteses a importância da culpa vem sendo erodida.

Saleilles pode ser considerado um dos arautos de uma teoria de responsabilidade civil na qual a culpa é deixada em segundo plano, dando-se ênfase ao risco.

Em 1897, Saleilles publicou uma pequena obra que viria a ser um marco para o Direito Civil chamada: *Les accidents de travail et la Responsabilité civile: Essai d'une Théorie Objective de la Responsabilité Délictuelle*. Nesta preciosa obra, Raymond Saleilles, examinando a situação dos acidentes de trabalho e a responsabilidade dos donos das fábricas, propôs que, nesses casos, fosse deixada a culpa em segundo plano, levando-se em conta apenas a relação de causalidade entre o fato e o dano. Com isso, tornava possível a responsabilidade independentemente da culpa.

É de se notar o momento histórico do surgimento da Teoria do Risco. Saleilles viveu em pleno início da Revolução Industrial, quando uma enorme população de miseráveis trabalhava dezesseis horas por dia em fábricas insalubres no meio de máquinas extremamente rudimentares. Havia, portanto, acidentes de trabalho em profusão. Como se expôs, essas máquinas mutilavam acidentalmente os trabalhadores, que não conseguiam ver seus direitos garantidos, pois os donos das fábricas sempre alegavam, para eximir-se de qualquer responsabilidade, que não poderiam ser imputados de culpa alguma porque não tinham culpa pelo o que a máquina fizera. Assim desenvolveu-se, para evitar este tipo de “defesa”, a teoria do risco, ou seja, quem se beneficia do bônus da atividade, deve arcar com os seus ônus.

O conceito então preconizado era simples: aquele que se beneficia de uma atividade que coloque terceiros em risco, fica obrigado, em contrapartida, a reparar eventuais prejuízos decorrentes do dano gerado pela atividade.

Inicialmente, no Brasil, a lei era a responsável em estabelecer os casos específicos nos quais a responsabilidade se daria sem culpa, isto é, objetivamente. Assim, a responsabilidade civil, de maneira geral, era subjetiva, havendo, contudo, casos excepcionais, todos expressos em lei, nos quais a responsabilidade era objetiva.

Este, por exemplo, é o caso da Lei das Estradas de Ferro, do Código Brasileiro do Ar, do atual Código Brasileiro de Aeronáutica e do Código do Consumidor, que estabelecem uma série de situações nas quais a responsabilidade do prestador de serviço ou do fornecedor independe de culpa.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, contudo, rompeu com o paradigma de que todos os casos de responsabilidade objetiva deveriam vir explicitados. Isso porque sua dicção tornou possível uma responsabilidade civil aberta, aplicável sempre que a atividade normalmente desempenhada pelo autor do dano possa causar riscos aos direitos de terceiros. É de ler:

“Art. 927. (...)

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Esta é cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, nas hipóteses que houver prévia previsão em lei, ou quando o risco criado pela atividade desenvolvida pode prejudicar um terceiro.

O parágrafo único do artigo 927 inovou ao ampliar a responsabilidade objetiva para incluir a teoria do risco, que visa justamente distribuir a responsabilidade de uma forma mais justa, ainda que não exista culpa de quem deva reparar o dano.

A partir do Código Civil de 2002, deixa de haver o conceito de que as hipóteses de responsabilidade civil deveriam sempre vir expressamente explicitadas na lei. Se existir risco na atividade, haverá, aqui também, a responsabilização independentemente de culpa.

III – Nexo de causalidade

Há no mundo tantos sujeitos de direito, quantas são as pessoas nele existentes, assim como há inumeráveis coisas, ou mais propriamente, bens, que podem ser objeto de direito patrimonial, a saber, tudo o que seja suscetível de apropriação.

Contudo, só se pode cogitar, concretamente, da existência de um direito de esfera patrimonial, quando se estabelece um vínculo jurídico, uma relação entre certa pessoa e certo bem.

Do mesmo modo, inúmeros são os danos que todos os dias assolam o patrimônio ou os bens jurídicos destas ou daquelas pessoas.

Mas, a consideração abstrata das pessoas, que podem causar dano, bem como a dos danos ou prejuízos causados, só nos conduz à idéia de dano ressarcível, quando haja possibilidade de estabelecer uma relação entre certa infração, cometida por alguém, e o dano que daí se originou.

Para se reconhecer o dever de indenizar, deve-se observar a existência de um ato, ativo ou omissivo, que resultou em um dano, ou na falha na entrega de uma prestação. Em outras palavras, deve existir um liame, um fio condutor, no qual se

demonstre que aquele ato gerou o dano a um terceiro. Entende-se, pois, nexos de causalidade a relação que se estabelece entre o ato, ativo ou omissivo, e o dano experimentado por outrem.

Consoante o que já se examinou neste trabalho, a culpa, tem hoje em dia, sua força mitigada como elemento central da responsabilidade. Atualmente, o exame mais atento passou a ser do nexo de causalidade. Ora, nas diversas hipóteses nas quais se aplica a teoria do risco, a responsabilidade dependerá, na maior parte, da verificação desse nexo.

Não obstante a sua importância, o nexo de causalidade pode ser considerado como o mais temível dos elementos da responsabilidade civil, de vez que é extremamente delicado e de difícil determinação. Ademais, há uma série de teorias que buscam explicar o fenômeno, muitas delas utilizadas pelos nossos Tribunais, sem que se possa apontar uma linha dominante.

A teoria da equivalência das condições admite existir o nexo de causalidade caso se verifique presente na conduta daquele a quem se busca imputar a responsabilidade, um fato que possa ser considerado como causa suficiente para gerar o dano. Ou seja, deve-se verificar se caso o ato não viesse a ocorrer se ainda existiria o dano, caso positivo, haverá nexo suficiente para gerar a responsabilidade.

Para a teoria da causalidade adequada, a causa do dano deve ser o ato que, em abstrato, conduziria à consequência. Para esta teoria leva-se em conta a probabilidade daquele ato, em abstrato, quando praticado incorrer em um dano, caso a resposta seja positiva, quando ocorrer no caso concreto este deve ser considerado a causa do dano.

O art. 403³ do Código Civil parece adotar a teoria do dano direto e imediato, isto é, apuram-se os danos que são percebidos diretamente ou imediatamente do ato.

No entanto, para chegar ao dano direto e imediato, deve-se apreciar o conceito da causalidade adequada, levando-se em conta sempre qual seria a consequência

³Art. 403. “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

normal do fato gerador. Deve-se sempre levar em conta o curso normal das coisas, as conseqüências normais de um ato.

Parte-se, portanto, para uma prognose retrospectiva, ou seja, a partir do fato consumado busca-se aferir qual teria sido a sua causa, o seu nexos causal. Muitas vezes essa causa será previsível ou provável, outras, devido a peculiaridades próprias, um pouco mais difíceis de serem notadas.

Concorda-se que deva haver um liame entre o fato gerador e o dano, podendo-se aferir uma relação de causa e efeito entre os dois. Entretanto, na prática este singelo conceito revela-se muitas vezes de aplicação complexa.

Outrossim, para complicar ainda mais o intérprete, não há uma uniformidade no tratamento dos Tribunais a cerca do nexos causal. Muitas vezes não será possível ter a certeza do liame causal, sendo necessário ao intérprete recorrer à experiência e à probabilidade.

Não se deve deixar de lembrar que há situações que rompem o nexos de causalidade, excluindo dessa forma, a responsabilidade. Isso irá ocorrer nas situações de caso fortuito e força maior, assim como se houver contribuição para o inadimplemento, de ato de terceiro ou do próprio credor, como bem preconiza o art. 393 do Código Civil⁴.

IV – Dano

Tratou-se do fato gerador, da culpa e do nexos de causalidade. Falta, ainda, examinar o dano. Introduza-se no tema levando-se em conta que as noções mais clássicas sempre seguiam o conceito de que *dano* consistiria em uma “diminuição patrimonial”.

Neste sentido, Polacco definiria dano como “a efetiva diminuição do patrimônio e consiste na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele teria se a

⁴Art. 393. “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”

obrigação fora exatamente cumprida”.⁵ Advertindo, outrossim, que a definição mesma também poderia ser aplicada em casos de dano derivado de culpa extracontratual.

O ilustre mestre Carvalho de Mendonça, assim se expressa: “Chama-se dano toda e qualquer diminuição do patrimônio do credor; esta noção é universal”.⁶

Todavia, com o passar do tempo tal conceituação passou a ser pouco a pouco criticada pela doutrina, uma vez que tal interpretação passou a ser considerada insuficiente pois apenas abrangia o patrimônio da pessoa.

Autores, como por exemplo, Giovanni Formica na Itália, passaram a criticar fortemente tal interpretação, demonstrando que o dano não poderia ser restringido ao patrimônio, pois dessa forma se excluiria do conceito de dano todo aquele que também se referia a dano não patrimonial ou moral. Passou-se então, a definir dano como a diminuição ou subtração de um bem jurídico. Ademais, segue explicado que a expressão *bem jurídico* não significa somente os haveres, o patrimônio, mas a honra, a saúde e a vida.⁷

O grande professor alemão Ennercerus, trata do dano debaixo da rubrica “dever de indenizar”, conceituando-o como toda desvantagem que uma pessoa possa sofrer em seus bens jurídicos, sejam eles patrimoniais, corporais, ou morais. Entretanto acrescenta, “Como via de regra a obrigação de indenizar se limita ao dano patrimonial, a palavra *dano* se emprega correntemente, na linguagem jurídica, no sentido patrimonial”.⁸

Agostinho Alvim, em sua grande obra *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, adota como conceito lato de dano toda a lesão de qualquer bem jurídico, incluindo-se o dano moral.

⁵ *Le obbligazione nel diritto civili italiano*, vol. I, nº 126. Ob. cit. in: ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 1ª ed.. São Paulo. Saraiva, 1949, p. 154.

⁶ *Doutrina e prática das obrigações*, vol. II, p. 472. Ob. cit. in: ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 1ª ed.. São Paulo. Saraiva, 1949, p. 154.

⁷ *Dizionario pratico del diritto privato*, vol. II, p. 542. Ob. cit. in: ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 1ª ed.. São Paulo. Saraiva, 1949, p. 154.

⁸ *Direito das obrigações*, vol. I, § 10. Ob. cit. in: ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. 1ª ed.. São Paulo. Saraiva, 1949, p. 155.

Entretanto, a contrapasso, quando se trata de sentido estrito o ilustre autor entende dano como a lesão do patrimônio, sendo este o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro.

Ultrapassando os preconceitos contra o dano moral propriamente dito, Carnelutti define dano como “abolizione o diminuzione, anche parziale, anche temporanea, di un bene della vita”,⁹ ou seja, a perda ou diminuição, ainda que temporária, de um bem, pondo uma pá de cal sobre a interpretação tradicional de dano como aquele aferível patrimonialmente.

Na atualidade o conceito de dano foi amplamente alargado, ele não mais se limita a uma perda econômica, mas pode restringir-se a uma perda psicológica, cuja expressão monetária é de impossível aferição.

Seguindo esta linha de raciocínio, conceitua-se dano como toda subtração ou perda de um bem jurídico, independentemente de sua natureza, seja ela patrimonial, ou integrante da personalidade da própria pessoa, física ou jurídica. Em breve síntese, dano é toda lesão a um bem patrimonial ou moral que possa ser percebido por uma pessoa.

IV.1 – Dano patrimonial

O dano patrimonial, ou dano material, como o próprio nome faz referência diz respeito a todo dano que atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis monetariamente.

Ressalta-se que, como ainda será visto neste trabalho, nem todos os danos patrimoniais têm sua origem em um dano propriamente patrimonial – trocando em miúdos: há casos onde o dano sofrido pela pessoa é moral, mas os seus reflexos serão patrimoniais, como por exemplo, o dano a honra de uma pessoa jurídica.

O dano patrimonial sempre será mensurável, isto é, sempre será susceptível de avaliação pecuniária, podendo vir a ser reparado.

⁹ Francesco Carnelutti, *Il Danno e Il Reato*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1926, p. 10. Ob. cit. in: NEVES, José Roberto de Castro Neves. *Direito das Obrigações*. 1ª ed.. Rio de Janeiro. GZ Ed., 2008, p. 377.

Convém ressaltar que o dano material pode não só atingir o patrimônio presente da vítima, como também, o patrimônio futuro desta, em outras palavras, pode não somente provocar sua diminuição, ou redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento.

Nesse ponto, o mestre Agostinho Alvim, em obra já citada, assevera: “Se, como dizem os civilistas, para verificação cabal do dano, devemos ter em vista o patrimônio daquele que o sofreu, tal como estaria se não existisse o dano. Bem se vê, desde logo, a necessidade de levar em conta, não somente o desfalque, mas aquilo que não entrou ou não entrará para esse patrimônio, em virtude de certo fato danoso”.

Desta forma, deve ser levada em conta para a mensuração do dano toda a sua extensão, devendo abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de ganhar.

E como é do dano patrimonial que se cogita, pode-se dizer que o dano ora produz o efeito de diminuir o patrimônio do credor, ora o de impedir-lhe o aumento, ou acrescentamento, pela cessação dos lucros que se poderia esperar, ou da perda de uma chance legítima.

Tal noção não é nova, o art. 1.149 do Código de Napoleão prescreve: “As perdas e danos devidos ao credor, compreendem, em geral, a perda que ele sofreu e o lucro de que foi privado, salvo as exceções e modificações que seguem”.

Sendo assim, após uma visão panorâmica do que se entende por dano patrimonial, torna-se imperioso para o seu estudo uma maior dissecação, uma visão mais próxima de suas minúcias, ou seja, precisa-se fazer uma diferenciação mais detalhada do que se entende por dano patrimonial emergente, lucro cessante e dano por perda de uma chance.

O dano emergente, também chamado pela doutrina de dano positivo, importa em efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. Ao disciplinar a matéria, o art. 402¹⁰ o Código Civil de 2002 acabou reproduzindo o exato

¹⁰Art. 402. “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar.”

texto do antigo Código Civil, caracterizando o dano emergente como aquilo que a vítima efetivamente perdeu. Os danos emergentes, assim, espelham o prejuízo concreto, a perda patrimonial.

Como se pode perceber, a mensuração do dano emergente não surte maiores dificuldades. Ora, em regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima, ou, em outras palavras, será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que se detinha antes e depois do ato ilícito.

Toma-se como exemplo a pessoa que teve seu carro envolvido em um acidente, o dano emergente será o valor do concerto dos danos sofridos pelo veículo. Ou, o motorista de táxi que vai a uma oficina e combina o conserto de seu automóvel, entretanto, no dia combinado a oficina falha em entregar seu carro, este inadimplemento configura o dano emergente no caso.

Imagina-se, a pessoa que acordou adquirir o direito de distribuição de certo produto com grande aceitação popular. Para desempenhar propriamente essa obrigação contraída, aquela pessoa afere gastos com pessoal e bens. Supunha-se que pouco antes da vigência do contrato de distribuição, o titular do produto rompe o negócio. Tal pessoa, também, poderá pleitear uma indenização que cubra todos os seus gastos, que de boa-fé suportou para o fim de cumprir os deveres que assumiu na obrigação.

Dano emergente, portanto, é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que sua indenização haverá de ser suficiente para a *restitutio in integrum*.

Como visto mais a cima, o dano patrimonial não é só aquele que se percebe no momento ato danoso, ele também engloba as perdas provenientes da cessação dos lucros que poderiam ser esperados.

Conceituando o dano emergente e o lucro cessante, diz Bevilacqua ser o primeiro o que efetivamente se perdeu, enquanto que, o lucro cessante vem a ser o que se razoavelmente se deixou de lucrar, isto é, a diminuição potencial do patrimônio. Ele, na verdade, representa um prejuízo futuro, que, não obstante, autoriza a condenação atual, porque vem a ser a evolução de um fato prejudicial já devidamente verificado.

Justamente por ser o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio do lesado, o lucro cessante exige maior cuidado em sua caracterização e fixação. Pois, seu objeto trata-se de um bem ou interesse jurídico que ainda não pertence ao lesado, mas que certamente viria a pertencer.

Tomando, novamente, o exemplo do taxista que levou o seu carro para uma oficina e não o recebeu de volta no dia acertado. Imagine que não obstante o inadimplemento da obrigação de consertar o táxi no dia estabelecido, a oficina demorasse mais um mês para consertá-lo, obrigando-o a ficar sem trabalhar durante todo esse tempo. Tal prejuízo deve ser qualificado como lucros cessantes, uma vez que resulta do que o taxista deixou de ganhar caso estivesse com o carro em sua posse.

Neste ponto, deve-se fazer uma ressalva para o cuidado que o juiz deve ter para não confundir lucro cessante com o lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito.

O nosso Código Civil, em seu art. 402, consagrou o princípio da razoabilidade para ao apurar o lucro cessante, afirmando ser aquilo que se razoavelmente se deixou de lucrar. Lembre-se, não se pode confundir razoável com hipotético ou imaginário, razoável é tudo aquilo que o bom senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos.

Neste particular, a doutrina alemã nos parece ter sido mais feliz ao criar a teoria da diferença como suporte para o cálculo da indenização. Por este meio se faz uma avaliação concreta e não abstrata do dano. Para tanto, a teoria da diferença trata a matéria quase matematicamente, a fim de oferecer ao lesado reparação na exata medida do dano sofrido.

Fala-se em diferença, porque o autor do ato danoso deve ser condenado a entregar ao lesado a diferença entre a situação do patrimônio do prejudicado e a situação ideal que teria caso o lesado não tivesse sofrido o dano. A indenização deve representar idealmente essa justa “diferença”, de sorte que o lesado receba um quinhão que o coloque na exata posição econômica que teria se o dano jamais tivesse acontecido, não o fazendo mais pobre ou mais rico.

Não só isso, para fixação da indenização, cumpre, também, verificar se o lesado recebeu alguma vantagem com o inadimplemento, uma vez que podem ocorrer casos onde o inadimplemento traga algum proveito ao credor. Nestes casos pode o autor reclamar a *compensatio lucri cum damno*, com o fito de compensar o dano que eventualmente tenha causado com o benefício.

Faz-se uma referência, na oportunidade, à teoria a perda de uma chance. Como se mencionou, o dano é considerado um dos elementos essenciais para o surgimento do dever de reparar. Afinal, todo o conceito de indenização gira em torno de ressarcir o lesado pelos danos sofridos em decorrência do ato ilícito praticado por outrem. Logo, sem dano, perde-se o sentido da reparação. Por vezes, entretanto, o ato ocorre em um momento em que não se pode aferir se haverá ou não essa perda.

A teoria da perda de uma chance (“perte d’une chance”) guarda certa relação com o lucro cessante uma vez que a doutrina francesa, na qual a teoria teve origem na década de 60, dela se utiliza para responsabilizar alguém por ter impedido que uma pessoa consiga atingir um resultado, ou seja, perda da chance de obter esse resultado.

Em 1969, um caso famoso foi julgado na França pela Corte de Cassação, no qual um paciente operado faleceu. No caso, não houve exame pré-operatório, deixando-se de verificar se o paciente tinha ou não restrições para certos medicamentos, que eventualmente causaram sua morte. O médico, por sua vez, defendeu-se alegando que o paciente morreria de toda a sorte. O Tribunal entendeu que se o médico tivesse adotado o procedimento normal, com os exames pré-operatórios, haveria chance de sobrevivência. Portanto, aplicou-se a teoria da perda de uma chance, para responsabilizar o médico.

A perda de uma chance caracteriza-se quando em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro a vítima, como progredir na carreira, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por *chance* a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

O direito pátrio, em que a teoria já é amplamente aceita, enfatiza que “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo.”¹¹ É preciso, portanto, que se trate de uma chance concreta e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.

A chance perdida reparável deve corresponder a um prejuízo material ou imaterial resultante de um fato consumado, não hipotético. Ou seja, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória.

Todavia, não se deve olhar para a chance como a perda de um resultado certo por que não se terá a certeza de que o evento se realizará. Frise-se, deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano, devem-se valorar as possibilidades que um sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Para a melhor doutrina, a perda de uma chance só será passível de indenização se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se pode concluir que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis.

Neste diapasão, a indenização deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e na pela perda da própria vantagem. Há que se fazer uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de se obter tal resultado.

Bom exemplo é o caso do advogado que perde o prazo para recurso de uma sentença desfavorável. A indenização pleiteada não será pelo benefício que o cliente do advogado teria deixado de auferir caso saísse vitorioso da lide, mas pelo fato de não ter podido disputar. Repita-se, o que deve ser o objeto da indenização é a perda da possibilidade de ver o recurso apreciado e julgado pelo Tribunal.

¹¹ Caio Mário, *Responsabilidade Civil*. 9ª ed.. Editora Forense. Rio de Janeiro, p.42.

IV.II – Dano moral

Como já mencionado, atualmente, o dano indenizável não se restringe ao ano patrimonial. A reparação abrangerá também aos danos morais, embora estes não possuam valor pecuniário.

No Brasil, a admissão da reparação moral não foi imediata. Por muito tempo o assunto não despertou muito interesse no foro, tomando mais vulto após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Para muitos, o dano moral não poderia ser objeto de reparação pelo simples motivo de que seria impossível a sua mensuração. Qual seria o valor da humilhação? Ou, ainda, como mensurar o sofrimento humano? Estas perguntas mostravam-se impossíveis de serem respondidas, uma vez que, para a doutrina clássica a indenização deveria espelhar justamente o prejuízo sofrido. No entanto, felizmente, essa orientação quedou vencida diante da Constituição de 88 que, no seu artigo 5º, V e X, previu, dentre as garantias fundamentais, a plena indenização, inclusive dos danos morais.

Nesse sentido, o artigo 186¹² do Código Civil aponta que qualquer lesão, inclusive o moral, representa ato ilícito, logo passível de indenização. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido da possibilidade de cumulação de dano moral e material quando advindos do mesmo fato, posição esta já pacificada através da súmula de nº 37¹³.

Portanto, atualmente, o tema em questão não é mais a de saber se ele é, ou não indenizável, nem, mesmo, se pode ou não ser cumulado com o dano patrimonial, mas, sim, o que venha a ser o próprio dano moral.

O dano moral “puro” será aquele que afetar direitos subjetivos da pessoa humana, ou seja, todo e qualquer dano a sua dignidade e sua personalidade. Distingue-se do dano moral com repercussão econômica, sofridos pela pessoa jurídica, uma vez que não implicam diminuição do patrimônio da vítima. Esse dano é absolutamente inconfundível com o prejuízo econômico e a sua reparação independe daquela devida

¹²Art. 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.”

¹³Sum. 37. “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

pelo dano material, havendo plena autonomia e independência entre os dois tipos de dano.

Este dano moral em sentido estrito, ou “puro”, pode ser entendido como aquele que, independente do prejuízo material, fere direitos personalíssimos da pessoa humana, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, o nome, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda entendido como moral, quando efeitos da ação ilícita originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima. Neste último caso, se faz necessário que esta angústia ou humilhação seja intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos meros aborrecimentos do cotidiano.

Pelo exposto, fácil perceber a dificuldade que o operador do Direito se depara quando lhe é argüida a forma de reparação destes danos, ora, o dano moral não é passível de reparação como aquela desejável para indenizar danos de ordem material. A rigor, não se repara um dano moral “puro”, na verdade, busca-se atenuar aquele sofrimento sofrido por meio de uma indenização pecuniária que traga algum conforto a vítima.

Na fixação do *quantum* a ser arbitrado por dano moral, é importante não deixar de lado a idéia que estamos diante de uma ofensa a um bem jurídico de importância completamente superior a qualquer bem patrimonial. Por este motivo é imperativo que o juiz esteja atento quando da fixação, para que determine uma indenização capaz de compensar a dor ou o sofrimento, atendendo as circunstâncias típicas de cada caso concreto, levando em conta as posses do ofensor e a situação do ofendido. Afim de que se evite uma indenização tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.

Ademais, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, com respeitosas exceções, admite o caráter punitivo do dano moral. Esta surge como reflexo da mudança do paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção e a punição.

Assim sendo, no momento da reparação do dano moral, o juiz além de se preocupar em arbitrar somas que não sejam ínfimas ao agressor, ou exageradas à vítima, deve levar em conta a punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico superior, posto que imaterial.

Na verdade, em muitos casos o que se busca com a indenização do dano moral é a punição do agressor. Nesses casos, a indenização pelo dano moral atua mais como forma de punição a um comportamento censurável, ou reprovável, que como compensação pelo dano sofrido. Bom exemplo é o caso de pessoas famosas, atingidas moralmente por noticiários de televisão ou jornais, constantemente declara na petição inicial da ação indenizatória que o valor da eventual condenação será destinado a alguma instituição de caridade.

Não obstante certa resistência por parte da doutrina, as pessoas jurídicas também podem sofrer o dano moral. O próprio Superior Tribunal de Justiça já editou súmula, de nº 227¹⁴, neste sentido.

A principal razão alegada por aqueles autores que não admitem a possibilidade da pessoa jurídica sofrer danos morais é a de que essa não teria sentimento, que a honra é bem personalíssimo, exclusivo do ser humano, ou ainda, quem está no vértice do ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana, não a jurídica.

Além disso, afirmam que o dano moral percebido pela pessoa jurídica será um dano com reflexos econômicos. Desta forma, seriam verdadeiros danos materiais indiretos, uma vez que tais danos a moral surtem efeitos diretos no patrimônio da vítima.

Com a devida vênia, tais autores parecem esquecer que a pessoa jurídica é uma das mais preciosas e extraordinárias criações do Direito. Não tem vida física, mas tem existência jurídica, mais duradoura do que aquelas pessoas que a criaram. Ela atua no mundo socioeconômico, sendo facultada pelo Direito, direitos e obrigações. Isso sem contar que há pessoas jurídicas mais poderosas que Estados. Dessa forma, nada mais correto que o Direito reconhecer que ela, embora despida de certos direitos típicos da

¹⁴Sum. 227. “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

pessoa humana, é titular de outros especiais à personalidade, tais como o bom nome, a imagem, a reputação etc.

A honra, portanto, deve ser abordada sobre dois aspectos: o subjetivo, interno, e o objetivo, externo. A honra subjetiva é aquela que abrange a dignidade, o decoro e a auto-estima, logo, é exclusiva do ser humano. Por seu turno, a honra objetiva reflete a reputação, o bom nome, a imagem perante a sociedade, sendo assim, é comum tanto a pessoa física, quanto a pessoa jurídica.

Schopenhauer, citado por Néelson Hungria, delimita muito bem essa diferença no âmbito psicossocial da honra: “objetivamente, é a opinião dos outros sobre o nosso mérito; subjetivamente, é o nosso receio diante dessa opinião”.¹⁵

Neste ponto, torna-se importante levar em conta que no Direito Penal há muito se faz distinção entre honra objetiva e honra subjetiva. A primeira constitui os crimes de difamação e calúnia, enquanto a segunda, o crime de injúria. Em consonância com tal distinção o ilustre doutrinador Damásio de Jesus comenta os crimes contra a honra, observando:

“A honra pode ser subjetiva e objetiva. Honra subjetiva é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos. Honra objetiva é a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus direitos físicos, intelectuais, morais, etc. Enquanto a honra subjetiva é sentimento que eu tenho a respeito de mim mesmo, a honra objetiva é o sentimento alheio incidido sobre meus atributos.”¹⁶

Outrossim, após a Constituição de 1988 a noção de dano moral foi ampliada, não se restringindo mais a dor, sofrimento e tristeza. De uma análise do art. 5º, X, percebe-se que seu conceito passou a englobar qualquer ataque ao nome ou imagem da pessoa física ou jurídica, com objetivo de se resguardar a credibilidade e a respeitabilidade.

¹⁵ HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. Forense. v. VI, p. 40.

¹⁶ JESUS, Damásio. *Direito Penal*. Saraiva. São Paulo. 1984. v. 2º, p. 215.

Sendo assim, embora a pessoa jurídica não seja passível de sofrer dano moral subjetivo, poderá sofrer dano moral objetivo, ou seja, danos ao seu bom nome, credibilidade ou imagem, portanto, fazendo jus a indenização.

Assim, deve ser aplicado o artigo 52 do Código Civil, que manda aplicar às pessoas jurídicas, no que couber, todas as normas de proteção à personalidade voltadas à pessoa física.

Segunda Parte: Regime tributário das indenizações cíveis

Capítulo 3: O fato gerador do imposto de renda

Os impostos progressivos sobre a renda são figuras recentes, aparecidas na Idade Moderna. Só com o desenvolvimento da sociedade capitalista, com a Revolução Industrial, com a perda de importância do patrimônio imobiliário em favor de sua expressão em pecúnia e em títulos e, com a necessidade de se redistribuir a riqueza e se diminuïrem as desigualdades sociais, foi possível pensar-se em um imposto sobre a renda.

O modelo de imposto progressivo – que posteriormente foi seguido pelas outras nações – teve origem na guerra entre a Grã-Bretanha contra Napoleão. O primeiro imposto sobre a renda total surgiu sob o nome de *income tax* por influência de William Pitt, em 1798. Com o fim das guerras napoleônicas tal imposto desapareceu, ressurgindo com nova estrutura em 1842. Interessante notar, que até 1982, chamou-se na Suíça imposto de renda de “imposto de defesa”, claramente devido à influência dos impostos criados no período das guerras napoleônicas.

O *income tax* fora, a princípio um imposto sobre a renda geral dos cidadãos, baseado sobre declarações dos próprios contribuintes, alías sujeitas à “verificação oficial”. Em 1803 foi transformado por Addington em um imposto sobre as fontes de produção, deixando de ser baseado sobre o conjunto da renda do contribuinte, de qualquer fonte, desta forma, a exação passou a ser cobrada sobre a fonte, gravando a renda nas mãos da primeira pessoa que recolhe.

Por proposta de Robert Peel, em 1842, o *income tax* foi restabelecido, todavia, sob o sistema de cédulas – sistema até pouco utilizado no Brasil – designadas pelas primeiras letras do alfabeto e que correspondiam às diversas fontes de rendimento, das quais este derivava.

Também os começos da imposição sobre a renda em solo alemão eram impregnados da necessidade financeira por causa da guerra. Karl Freiherr von Stein propagou, em 1806, como imposto de guerra um imposto progressivo sobre a renda

total com autodeclaração, chamando-o de o tributo mais paritário e produtivo. Sob sua influência ele foi introduzido em 1808 na Prússia, Lituânia e Königsberg. Impostos sobre a renda foram também introduzidos no Reino da Saxônia a partir de 1834, assim como na Baviera em 1848 e Baden em 1884.

Todavia, o *Einkommensteuer* apenas se firmou no território alemão de maneira única com o advento das reformas tributárias promovidas por Bismarck, sua estrutura só foi alterada em 1920 em decorrência dos encargos da Primeira Guerra Mundial. Atualmente, toda a estrutura do atual EStG foi fundamentada pela EStG de 16/10/1934. Portanto, cabe ressaltar que não houve na Alemanha, nenhuma alteração jurídica fundamental tributária desde o Estado Nazista Alemão do período anterior a Segunda Guerra Mundial.

Por sua vez, a França tentou adotar o tributo por diversas vezes no século XIX. Sua instituição foi precedida de ensaios, projetos e fórmulas diferentes, sugeridas nas discussões, ou sujeitas, mesmo, ao Poder Legislativo, no intuito de adotar um imposto geral de renda. Mas só em 1914 realmente passou a ser cobrado.

Nos Estados Unidos, desde a época da Guerra da Secessão procurava-se cobrar o imposto sobre a renda. Em 1894 o Congresso votou uma lei que o instituíria no âmbito federal, afinal declarada inconstitucional pela Suprema Corte, sob o argumento de que tal imposto só poderia ser cobrado proporcionalmente entre os diversos Estados, segundo sua população, de acordo com o art. 1º §2º e 9º, daquela Constituição. Foi necessário que sobreviesse a Emenda 16, de 1913, autorizando o Congresso a instituir impostos sobre a renda (*taxes on income*) independentemente de proporcionalidade entre os Estados e de recenseamento, para que os Estados Unidos pudessem realizar a revolução que se operou com a tributação progressiva.

No Brasil, a primeira sugestão para implementação do imposto de renda progressivo data mais de 100 anos. O Visconde de Jequitinhonha, O Visconde de Ouro Preto e o Barão do Rosário, bem como vários outros homens públicos, defenderam em 1883 a conveniência do tributo nas condições do Brasil daquele tempo. Rui Barbosa,

como Ministro da Fazenda, em 1891 elaborou um relatório onde dispendia diversas páginas de lúcida análise.

No entanto, a Constituição de 1891, não o contemplando na discriminação das receitas, a despeito das emendas do Senador Muniz Freire, deixou-o no campo da competência concorrente e cumulativa.

A legislação ordinária do imposto de renda firmou-se a partir da década de 1920. O imposto só adquiriu status constitucional em 1934, pois no regime de 1891 foi cobrado com base na competência concorrente entre União e Estados.

Atualmente, a competência para instituir o imposto de renda foi entregue pela Constituição de 1988 à União, segundo o artigo 153 inciso III. Mais ainda, determina que este seja informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei.

Por sua vez, em atenção ao disposto no art. 146, inciso III, alínea “a” da Carta Magna, o CTN foi recepcionado com status de lei complementar para regular os principais elementos do imposto de renda.

Além disso, de modo complementar, vemos que o IR é também regulado por diversas leis ordinárias e também pela legislação infralegal.

Quanto à legislação ordinária, essa se encontra extremamente dispersada, espalhando-se em um sem número de leis em sentido estrito. Tais leis tratam de alterar, modificar, ou extinguir direitos patrimoniais de índole fiscal que passam a estar sujeitos à reserva da lei.

No campo infralegal assume relevância o Regulamento do Imposto de Renda, hoje aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999, vulgarmente conhecido por RIR. Na prática, o regulamento nada mais é do que uma compilação da maior parte das leis existentes em matéria de imposto de renda, funcionando como meio para instrumentalizar a execução das leis.

Por fim, em nosso ordenamento pátrio, abaixo da Constituição, do CTN, da legislação ordinária e do RIR, completam a lista os atos normativos editados pela

Secretaria da Receita Federal. Estas normas cuidam em essência de obrigações acessórias, e de fazer a devida orientação fiscal aos contribuintes.

Neste momento, após uma breve pincelada na história do Imposto de Renda, torna-se importante para cumprirmos o objetivo deste estudo destrinchar seu fato gerador e o próprio conceito de renda, para assim, em capítulo posterior, delimitar com exatidão a incidência do tributo quando percebida por uma pessoa uma indenização cível.

I – Conceito de renda e seu fato gerador

A economia procurou, desde Adam Smith, fixar o conceito de renda. De um modo geral, podemos classificar em dois grandes grupos as principais concepções doutrinárias a cerca de renda que foram propostas para o Direito Tributário ou as finanças públicas. De um lado, as que conceituam a renda como um fluxo de satisfações, serviços ou riquezas, e de outro, as que conceituam a renda como acréscimo patrimonial dentro de certo período de tempo.

A diferença dos pontos de vista adotados por cada uma dessas teorias é observada nas noções contábeis de demonstração de resultados e comparação de balanços. Isto é, a concepção de renda como fluxo encerra do ponto de vista da demonstração de resultados, que mede o fluxo de entradas e saídas durante um determinado período. Enquanto que, a concepção de renda como acréscimo adota o ponto de vista de comparação de balanços de abertura e de fechamento do período, determinando como renda o acréscimo patrimonial apurado desta comparação.

A concepção de renda como fluxo de satisfações, serviços ou riquezas tem origem na noção de utilidade econômica, que pode ser entendida como a aptidão dos bens de satisfazerem às necessidades do indivíduo, em outras palavras, a renda corresponde à utilidade dos bens que do indivíduo. Nessa mensuração é computado o valor monetário dos bens recebidos pelo indivíduo nas transações com seus pares, e podem também ser incluídos os serviços obtidos diretamente pelo indivíduo através da sua atividade própria, ou do uso de bens integrantes de sua propriedade.

Pode ser apontado como precursor desta teoria o ilustre doutrinador Irving Fisher, autor da obra *The Nature of Capital and Income*. Fisher definiu a renda como o “valor monetário do fluxo de serviços percebidos pelo indivíduo durante determinado período de tempo”.¹⁷ E serviços como “os eventos desejáveis, ou o evitar de eventos indesejáveis”¹⁸.

Em suma, a concepção de renda como fluxo dá ênfase ao montante de capital percebido durante determinado período de tempo, em excesso às despesas de aquisição. A renda é considerada como fluxo de riqueza durante um período de tempo, por oposição ao capital, como estoque de riqueza existente em determinado ponto no tempo.

Em contrapartida, a concepção de renda como acréscimo ou acumulação de riqueza pode ser entendida como a soma algébrica de todos os consumos mais o incremento do patrimônio, uns e outros medidos em dinheiro, no princípio e no fim de certo período. Em outras palavras, é o resultado obtido pela adição de consumo durante o período e da riqueza ao fim do período, e depois subtraindo a riqueza existente no início.

Bulhões Pedreira, em sua importante obra *Imposto de Renda* faz interessante crítica à concepção de renda como acréscimo patrimonial. Para o ilustre doutrinador, tal não é a posição mais correta, ora o conceito de renda como acréscimo não adota como medida a capacidade contributiva, mas sim o poder econômico do sujeito passivo.

As teorias econômicas da renda também foram recepcionadas no Brasil. Neste ponto, deve-se apontar, inclusive, a preponderância da teoria do acréscimo patrimonial.

¹⁷ “*The Nature of Capital and Income*”. Ob. cit. in: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto de Renda*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: APEC Editora, 1969, p. 2 – 7.

¹⁸ *Idem*, p. 2 – 7.

A Constituição Federal de 1988 de acordo com o art. 153, III, autoriza a União a instituir “imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza”. Ao atribuir à União competência para instituir tal tributo, demarcou o seu âmbito constitucional do mesmo, limitando a vontade do legislador na definição de sua hipótese de incidência.

A Constituição, portanto, atribui ao Poder Legislativo a incumbência de definir o que deve ser entendido por renda, para efeitos tributários, cabendo à doutrina, uma vez admitida como fonte do Direito, auxiliar na sua interpretação e aplicação.

Contudo, ela não deixa inteiramente ao arbítrio do legislador a construção do conceito. Ora, o que não puder ser definido como renda, dentro de seu conceito lato, que a entende como acréscimo de patrimônio dentro de um determinado lapso temporal, não poderá constituir fato gerador da exação. Trocando em miúdos, o Congresso Nacional pode restringir ou limitar o conceito de renda e proventos de qualquer natureza constante no texto constitucional, mas não pode ampliá-lo além dos limites compatíveis com a discriminação constitucional de rendas.

Ademais, cabe lembrar que ao definir renda tributável, o Congresso também tem seu poder tributário limitado pelo sistema constitucional, e fica sujeito à verificação, pelo Poder Judiciário, quando acionado, da conformidade dos conceitos legais com os princípios constitucionais.

Roberto Quiroga Mosquera se manifesta assim: ¹⁹ “A palavra ‘renda’ e a expressão ‘proventos de qualquer natureza’ significam os acréscimos patrimoniais de uma determinada pessoa, isto é, o incremento de direitos reais e pessoais ao patrimônio pessoal. Em outro dizer, o aspecto material da hipótese de incidência do imposto inserto no art. 153, inciso III, da Carta da Republicana de 1988, *representa a mutação patrimonial que se constitui num acréscimo de seus elementos*. Esses acréscimos representam aqueles valores recebidos provenientes do trabalho, do capital, da aposentadoria e de quaisquer outras fontes geradoras de majoração patrimonial. A

¹⁹ MOSQUERA, Ricardo Quiroga. *Renda e Proventos de Qualquer Natureza..* São Paulo. Dialética, 1996, p. 13. Ob. cit. in: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. IV. 1ª ed.. Rio de Janeiro. Renovar, 2007, p. 123.

pedra de toque na conceituação adotada é que *esses valores recebidos representam riqueza nova*”.

O artigo 43 do CTN determina que o fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza.

No que diz respeito à renda, Túlio Ascarelli, dissertando sobre o seu conceito, chamou a atenção para a necessidade de se aproximar a noção de renda à de fruto: “A noção fiscal de renda é, portanto, aproximável a noção civilista de fruto; pode-se, numa primeira aproximação, encerrar renda, para efeitos fiscais, como um fruto civil, o que torna clara a contraposição entre capital e renda, correspondendo aquele à árvore e este ao fruto”.²⁰

Deste modo, passa a ser importante destacarmos a definição de rendimentos para uma melhor compreensão do conceito de renda.

Leciona-nos Bulhões Pedreira: “Renda e rendimento tem a mesma natureza, renda é, na verdade, um somatório de rendimentos, ao passo que rendimento é uma parcela da renda. Mas enquanto a renda exprime o ganho global do indivíduo durante determinado período, o rendimento é a noção que resulta da análise de fluxos de moeda, bens e serviços, que se processam dentro de uma economia, entre indivíduos, empresas e Governo, ou entre dois sistemas econômicos, e corresponde a apenas alguns desses fluxos”²¹

Contudo, ao olharmos com uma lupa esse chamado “fluxo” de entradas, perceberemos que haverá casos onde tais “entradas” não terão natureza de renda, mas de capital. Sendo assim nos depararemos diante de quatro grupos: os pagamentos de capital, as transferências de capital, os pagamentos de renda e as transferências de renda.

²⁰ ASCARELLI, Túlio. *Lucros Extraordinários e Imposto de Renda*. São Paulo. Livraria Martins Fontes, 1944, p. 102. Ob. cit. in: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. IV. 1ª ed.. Rio de Janeiro. Renovar, 2007, p. 123.

²¹ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto de Renda*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: APEC Editora, 1969, p. 2 – 26.

Como pagamentos de capital designamos aquelas transações de moeda e bens presentes nas trocas objeto de aplicação de capital. Nestes, a transação não envolve remuneração do fator de produção, e sim a troca de bens e serviços entre dois patrimônios. Os bens trocados integram o patrimônio de cada uma das partes.

Essas transações, na verdade, envolvem pagamento de bens e serviços objeto de aplicação de renda já criada e acumulada no passado por cada um dos indivíduos, justamente por esse motivo não são levadas em conta quando da apuração do imposto de renda.

A conceituação de determinada transação como pagamento de capital não exclui a possibilidade de que seja instrumento de realização de um rendimento. A conceituação de fluxo é determinada segundo o seu objeto enquanto que a determinação de parte desse valor como realização de rendimento de um patrimônio dependerá do levantamento da situação desse patrimônio antes e depois da troca.

Os fluxos de transferência de capital tem por objeto renda já produzida e acumulada. Na transferência há fluxo de bens ou serviços em um único sentido, de um patrimônio para outro. Nestes casos, o estoque de bens e serviços acumulados em um patrimônio são reduzidos, e acrescidos em igual valor no estoque do beneficiário da transferência de capital. É o caso, por exemplo, da herança ou da doação.

Nas transferências de capital, embora do ponto de vista jurídico seja uma transferência bilateral de direito, do ponto de vista econômico sempre será unilateral, porque uma das partes na transação sofre redução no seu patrimônio em benefício de outrem

Pagamentos de renda podem ser entendidos como uma remuneração por um fator de produção, ou seja, todo pagamento de renda é uma remuneração de serviço produtivo. Essa remuneração pode ser recebida pelo indivíduo como forma de remuneração de um serviço pessoal, isto é, de seu próprio trabalho, é o que chamamos de salário. Ao mesmo tempo, pode ser recebido como remuneração de serviço de um fator não humano de produção, de sua propriedade, como o aluguel por exemplo. As

peças jurídicas, por sua vez, não recebem salários, mas podem receber pagamentos de juros, aluguéis, royalties ou lucro.

Nas transferências de renda, o objeto é parcela de renda, no entanto, diferem do pagamento de renda, uma vez que o beneficiário não é aquele que contribuiu para a formação de renda, nestes casos, o beneficiário é um terceiro. A renda que caberia a determinado fator de produção é transferida a terceiro. Bom exemplo, é o pagamento de tributos, que representa a transferência de renda dos contribuintes para o Fisco.

Rubens Gomes de Sousa, por sua vez, afirmava que o conceito de renda encontra-se baseado na distinção entre renda e patrimônio (ou capital). Sendo que, patrimônio seria o montante da riqueza possuída por certo indivíduo durante determinado período de tempo. Enquanto que, renda seria o aumento ou acréscimo do patrimônio, verificado entre os dois momentos quaisquer de tempo.

A par desse básico o ilustre doutrinador afirmava que para uma soma de riqueza seja considerada renda ela, ainda, deveria reunir simultaneamente três elementos, sejam eles: provir de uma fonte patrimonial determinada e já pertencente ao patrimônio do titular da renda; ser periódica; ser proveniente de uma exploração do patrimônio pelo titular da renda.

A riqueza deve provir de uma fonte patrimonial preexistente, pois assim se evita que se tribute o capital ou uma riqueza que não provem nem faz parte do patrimônio do sujeito passivo, como, por exemplo, a herança ou a doação. É preciso deixar claro, que sob esse aspecto considera-se patrimônio tudo que seja capaz de produzir um acréscimo de riqueza, e não apenas os bens materiais, desse modo, o trabalho deve ser considerado como patrimônio, porque produz o salário, que por sua vez é renda.

A riqueza deve ser capaz de reproduzir-se de tempos em tempos, pois só será renda o acréscimo de patrimônio que possa ser consumido sem reduzir ou fazer desaparecer o patrimônio que a produziu, sob pena de se confundir com o capital.

Diante dos conceitos acima expostos – e para o cumprimento do objetivo deste trabalho – podemos agora proceder quanto o exame do enquadramento das parcelas

indenizatórias no conjunto legal regulador da hipótese de incidência do imposto de renda.

A riqueza, por fim, deve ser proveniente de uma exploração do patrimônio do titular da renda, em outras palavras, do exercício de uma atividade que tenha por objeto fazer justificar o patrimônio. Rubens Gomes de Sousa aponta este elemento, pois assim não será considerada renda o acréscimo de patrimônio que não provenha de uma atividade do seu titular, como, por exemplo, a valorização dos imóveis pertencentes ao patrimônio do sujeito.

No que diz respeito à definição jurídica de proventos, para fins tributários, estes devem ser compreendidos como todos os acréscimos patrimoniais que venham a ser percebidos pelo sujeito que não estejam englobados pelo conceito de renda e não sejam classificados como isentos pela legislação infraconstitucional. Logo, são acréscimos patrimoniais que não decorrem do capital e do trabalho ou da combinação de ambos, são, na verdade, ganhos provenientes de fatos eventuais que são também tributáveis de acordo com as normas dispostas no Regulamento do Imposto de Renda.

Com efeito, a lei brasileira parece preferir o conceito lecionado pelo mestre Rubens Gomes de Sousa, ora, como visto a cima, o art. 43 do CTN considera como fato gerador da exação a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, ou seja, o acréscimo patrimonial. Devendo esta disponibilidade ser atual, e não futura. A disponibilidade econômica é, portanto, a possibilidade, efetiva e atual, de dispor de renda, representada por moeda ou por seu equivalente. E por disponibilidade jurídica há que se entender a possibilidade, decorrente de adequada instrumentação jurídica, de colocar a renda à efetiva e atual disposição econômica.

Em outras palavras, o fato gerador do imposto de renda só pode nascer se houver acréscimo de patrimônio em determinado período de tempo. A relação é íntima entre renda e patrimônio, o que leva a que patrimônio produza a renda tributada pelo imposto federal e a renda possa se converter em patrimônio, ou capital do sujeito. Entretanto, apesar de tal proximidade os conceitos não se confundem, tendo em vista que o imposto federal só incide sobre os acréscimos de patrimônio, e jamais sobre o patrimônio em si.

Capítulo 4: Normas de interpretação – artigos 109 e 110 do CTN

Interpretar a norma jurídica consiste na atividade de identificar o seu sentido e o seu alcance, ou melhor, seu verdadeiro espírito. Com a ocorrência de um fato jurídico cabe ao intérprete, através da hermenêutica jurídica, interpretar a lei e a aplicar nas situações que nela se subsumam. É através desse trabalho técnico que se pode determinar se uma lei é ou não aplicável ao caso concreto, descobre-se, portanto, a vontade do legislador.

Todavia, interpretar um texto legal nem sempre será uma tarefa simples de ser realizada. Ora, o processo de descoberta da vontade legal demanda um trabalho mais amplo que a mera pesquisa do sentido do preceito sobre enfoque, muito pelo contrário, o intérprete deve ir além e procurar, quando for necessário, preencher a lacuna existente na norma legal, ou até corrigir eventuais excessos causados por uma interpretação extremamente positivista da lei.

Deve se tomar cuidado para não confundir *interpretação* de *integração*. Integração é o processo pelo qual, diante da omissão ou lacuna em uma lei, se busca preencher o vácuo com uma solução interpretativa. Ou seja, a *interpretação* se preocupa em identificar o que certo preceito legal determina, enquanto que a *integração* se preocupa em preencher o eventual vácuo legislativo notado através da interpretação do dispositivo legal.

Ao mesmo tempo não se deve confundir *interpretação* e *integração* com *correção* do texto legal. A *correção* atua nas hipóteses em que após ler certo dispositivo legal o intérprete se depara com erros ou contradições no próprio corpo do texto, o intérprete não interpreta ou integra espaços, ele, neste caso, irá corrigir a imperfeição vista no texto legal.

Em suma, na *interpretação* cumpre operador do Direito examinar o texto legal, perquirindo o sentido das palavras utilizadas pelo legislador (na chamada interpretação gramatical), ao mesmo tempo preocupar-se se há lógica no que a norma visa

determinar (interpretação lógica), ainda, que a harmonize com o sistema normativo no qual ela encontra-se inserida (interpretação sistemática), socorrendo-se para tanto das circunstâncias históricas que impulsionaram o legislador (interpretação histórica), sem perder de vista a finalidade ou finalidades a que a lei visa atingir (interpretação finalística ou teleológica).

Oportuno se torna dizer que conforme for a *interpretação*, ela, ainda, pode ser classificada em *extensiva*, *restritiva* ou *estrita*. Ocorre a *interpretação extensiva* do texto normativo nos casos onde a lei teria dito menos do que almejava, ou seja, *dixit minus quam voluit*. Nesses casos, a lei pretende abranger certa hipótese, mas, por má formulação textual, essa hipótese não se encontra expressa na norma, tornando-se necessário que o intérprete da lei alargue suas fronteiras textuais.

Outrossim, a *interpretação restritiva* seria a outra face da moeda, isto é, a interpretação legal aponta que a lei teria dito mais do que queria, *dixit plus quam voluit*. Nesses casos, deve se extirpar do alcance da norma as situações que, não obstante estarem previstas no texto, não teriam sido visadas pelo legislador, ou pela disciplina legal.

Por sua vez, a *interpretação estrita* busca definir o conteúdo e o alcance da lei, sem lhe diminuir ou acrescer. Na verdade, a *interpretação estrita* nada mais é do que uma interpretação literal do texto. Entretanto, deve-se registrar que geralmente o legislador não é feliz na elaboração do texto legal, o que compromete a sua aplicação.

Registre-se, ainda, que a classificação da interpretação em *restritiva*, *extensiva* e *estrita* já sofreu algumas críticas. Ezio Vanoni, por exemplo, sustou que, “na realidade, a norma não é ampliada, nem restringida através da interpretação. O intérprete pesquisa tão somente o verdadeiro alcance da lei”.²²

A Lei de Adaptação Tributária da Alemanha, de 1934, mandava no artigo 1º, item II, observar na interpretação “a concepção popular, a finalidade e o significado econômico da lei tributária e o desenvolvimento das circunstâncias”.

²² VANONI, Ezio. *Natureza e interpretação das leis tributárias*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro. Edições Financeiras, p. 319-320. Ob. cit. in: AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12ª ed.. São Paulo. Saraiva, 2006, p. 209.

A *Ley General Tributária* da Espanha contém regra que determina que se observe a verdadeira natureza jurídica do fato gerador.

Na Argentina o artigo 1º da Lei 11683/68 recomenda que “*em la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de las mismas y a significación económica*”.

No Brasil, sempre que a norma tributária utilizar-se de um instituto, um conceito ou uma forma jurídica pertinente ao direito privado para estatuir certos efeitos tributários, devem-se observar os artigos 109 e 110 do CTN.

Assinala o artigo 109 que “os princípios gerais de direito privado utilizam-se para a pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”.

Enquanto que, o artigo 110 preconiza, “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Alguns doutrinadores apontam que da análise dos institutos pode-se observar que o CTN parece pretender estabelecer uma hierarquia entre os métodos de interpretação, especialmente entre o sistemático e o teleológico ou econômico. Em razão de sua ambigüidade, entretanto, abre-se espaço para duas leituras distintas e contrastantes. Pois, se lidos conjuntamente os artigos 109 e 110, podem parecer privilegiar o método sistemático, quando estiverem em jogo institutos e conceitos utilizados na Constituição, por outro lado, se visto isoladamente, o artigo 109 admite interpretação no sentido de conferir prioridade ao método teleológico ou à consideração econômica do fato gerador, pelo menos quando não haja a constitucionalização dos conceitos.

De acordo com o método sistemático, o instituto do direito privado é “importado” pelo direito tributário com a mesma conformação que lhe dá o direito privado, sem deformações nem transfigurações. Sendo assim, não há “indenização” ou

uma “hipoteca” no direito tributário, diferentes da “indenização” e “hipoteca” do direito civil.

Fervoroso defensor da interpretação sistemática, Alfredo Augusto Becker assinala que o direito forma um único sistema, onde os conceitos jurídicos têm o mesmo significado, salvo se a lei tiver expressamente alterado tais conceitos, para efeito de certo setor do direito privado.

O problema surge da possibilidade de o direito tributário conferir alguma modificação a um instituto de direito privado, isto é, quando transpostos para a seara tributária manteriam esses institutos, conceitos e formas o mesmo sentido e alcance que possuem no direito privado?

É nesse contexto que alguns doutrinadores propõe a chamada *interpretação econômica*, ou *consideração econômica*, do direito tributário. De acordo com essa doutrina, não se deveria considerar, na referência feita pela lei tributária a um instituto, conceito, negócio jurídico regulado pelo direito privado, a forma jurídica por ele prevista, mas sim seu conteúdo econômico.

Entre nós o maior crítico a essa doutrina é Becker. Para o ilustre doutrinador a interpretação econômica, entre outras razões, destrói a certeza e a praticabilidade do direito, negando ao direito tributário exatamente o que ele tem de jurídico.

Sem embargos aos defensores dessa teoria, parece-nos, todavia, que a interpretação econômica não encontra respaldo no artigo 109. Ora, seria de extrema esquizofrenia se a norma obrigasse o intérprete da lei tributária a utilizar os princípios do direito privado para pesquisar a definição, o conteúdo e o alcance de certo instituto do direito privado (por exemplo, a indenização) para, após o trabalho, lançá-lo ao oblívio.

Na verdade, tal pesquisa seria inócua, pois, realizado todo o estudo sobre definição e alcance de um instituto do direito privado, o intérprete não estaria obrigado a respeitar o resultado de sua pesquisa, estando livre para dar outra definição e outro alcance que não fossem os do direito privado, mas sim aqueles que, à vista da manifestação da capacidade contributiva, devessem ser economicamente considerados.

Além disso, nosso Ordenamento Jurídico, e principalmente o Direito Tributário, vive sobre o primado do princípio da reserva legal, por isso, parece que os enunciados previstos nos artigos 109 e 110 não estão voltados para o interprete e sim para o legislador. Ora, é impensável que se estabeleça uma obrigação tributária por mera interpretação, os preceitos típicos do Direito Privado só poderão ser transformados pelo Direito Tributário através da edição de lei específica sobre o tema.

Sendo assim, o artigo 109 autoriza o legislador tributário a atribuir a um instituto de Direito Privado efeitos tributários peculiares. E, caso não o fizer expressamente, não poderá o intérprete adaptar princípio ou instituto de Direito Privado para aplicar-lhe efeitos tributários especiais. Enquanto que, o artigo 110 proíbe o legislador de ultrapassar aqueles limites postos na Carta Magna, por via indireta, ou seja, por meio da informação e revisão do alcance daqueles mesmos institutos, conceitos e formas de Direito Privado.

Desta forma, o Direito Tributário admite a atribuição de efeitos fiscais aos institutos de Direito Privado, porém sempre mediante lei, nunca por interpretação livre da Administração. Além disso, combinado com o artigo 110, tais atribuições ficam limitadas aos preceitos Constitucionais.

No que tange à matéria objeto deste estudo, os artigos 109 e 110 possibilitaram ao legislador infraconstitucional ampliar a amplitude do fato gerador de imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, de tal modo que permitiu a inserção das indenizações no âmbito material do imposto, conquanto que fique configurado o acréscimo patrimonial no patrimônio do sujeito.

Primeiramente, o art. 51 da Lei 7450/85 estabeleceu que a incidência do imposto de renda compreendia todos os ganhos e rendimento de capital, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorressem de ato ou negócio que pela sua finalidade tenha os mesmos efeitos do previsto na norma de incidência do imposto de renda.

Posteriormente, a Lei 7713 de 1988, estabeleceu no art. 3º, §4º que “a tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando para a incidência do imposto o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.”

Por fim, surgiu a norma do art. 143, §1º, do CTN, introduzida pela Lei Complementar 104/01, que confirmou a orientação das Leis 7450/85 e 7713/88, visando dar mais autonomia ao Direito Tributário e ao mesmo tempo neutralizar uma visão mais formalista dos artigos 109 e 110, com o seguinte teor: “A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção”.

Dessa forma, as indenizações podem vir a ser tributadas pelo imposto de renda, todavia, não será qualquer indenização. Devendo, sempre ser observada a natureza jurídica da indenização, para, então, verificar se houve ou não incremento patrimonial e a ocorrência do fato gerador da exação. Mais adiante o tema, será analisado no que diz respeito ao regime tributário a ser adotado para cada tipo de indenização cível.

Capítulo 5: Regime tributário das indenizações

O artigo 153, III, da Carta Magna, estabelece que compete a União instituir imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei.

O artigo 43 do CTN preconiza que o fato gerador do imposto de renda e proventos de qualquer natureza ser compreendido como a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de um acréscimo patrimonial efetivo, proveniente do capital ou do trabalho, ou da combinação de ambos (renda), de origem diversa do capital ou do trabalho, ou da combinação de ambos (proventos), podendo ou não alcançar acréscimos não dotados de periodicidade ou esforço produtivo.

No mesmo sentido, o artigo 37 do RIR enuncia: “Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.”

Em suma, podemos dizer que se considera renda e proventos de qualquer natureza o que representar um ganho, um acréscimo patrimonial para o contribuinte, isto é, tudo aquilo que crescer o seu patrimônio como um elemento novo e positivo.

Nesse passo, com a utilização combinada das normas de interpretação dispostas no CTN, a legislação tributária vem alargando as situações subjetivas que desafiam o conceito de renda, aumentando o campo exposto à incidência do tributo, o que enseja o surgimento de diversas controvérsias.

Uma delas, objeto deste estudo, é a se deve haver ou não incidência do imposto de renda, quando recebida uma verba indenizatória proveniente de danos materiais ou morais. Isto é, as verbas indenizatórias são passíveis de incidência do imposto de renda?

Destarte, podemos afirmar ser pacífico o entendimento jurisprudencial e doutrinário quanto à não incidência do tributo quando a indenização tiver como objeto

a reparação de danos patrimoniais, pois nestes casos é fácil notar o caráter reparatório das verbas, não há acréscimo no patrimônio do lesado.

Todavia, certo frisson ocorre quando as verbas indenizatórias forem oriundas de indenizações morais. Ora, para a doutrina clássica nesses casos sempre haverá um acréscimo patrimonial, uma vez que está se reparando o patrimônio imaterial da vítima por meio de pecúnia, o que, para esta corrente doutrinária, ensejaria inevitavelmente em acréscimo patrimonial, fato gerador do imposto de renda.

Neste momento, cabe lembrarmos mais uma vez o sentido etimológico da palavra indenização. A idéia de indenização remonta ao latim *damnus*, dano, prejuízo, condenação, de que veio *indemnis*, indene, isento de prejuízo, de dano, e *indenizar*, tornar indene, através do francês oitocentista.

O Direito Privado, não faz diferença entre a natureza das indenizações, isto é, para o Direito Privado, as verbas recebidas a título de indenização, sejam elas patrimoniais ou morais, sempre terão natureza de verbas indenizatórias.

O mesmo não ocorre pela ótica do Direito Tributário. Este, utilizando-se dos enunciados previstos nos artigos 109 e 110 do CTN, para a fixação de efeitos tributários analisa a natureza de cada tipo de verba indenizatória, para em um segundo momento determinar se sobre esta ocorrerá, ou não, a incidência tributária, ou seja, nem toda verba recebida a título de indenização terá natureza indenizatória para o Direito Tributário. Devendo ser ressaltado que para a doutrina mais conservadora, apenas terão natureza indenizatória – sendo isentas do imposto de renda – nos casos onde há somente restituição do patrimônio do lesado.

É possível, portanto, concluir de uma maneira *lato senso* que a indenização, quando não consubstancia um acréscimo patrimonial, não enseja a incidência do imposto sobre a renda.

Certamente a incidência, ou não, da exação, depende da natureza do dano a ser reparado, pois é a partir da natureza desse dano que se pode concluir pela ocorrência, ou não, de acréscimo patrimonial.

Sendo assim, para uma melhor compreensão da matéria, é necessário abordarmos individualmente cada tipo de indenização, para, assim, definirmos quais indenizações ensejam, e quais as que não ensejam a incidência do tributo, aplicando-lhes o correto regime tributário.

I – Indenizações por danos patrimoniais

Como visto em capítulo anterior, os danos patrimoniais atingem os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis monetariamente.

Outrossim, já vimos que este tipo de dano pode se subdividir em dano emergente, lucro cessante e dano pela perda de uma chance. Cada qual com natureza indenizatória distinta um do outro. Deste modo, a indenização por dano patrimonial pode ensejar, ou não, um acréscimo patrimonial, tudo dependerá da forma que for fixado.

As indenizações patrimoniais por danos emergentes são as que menos geram dúvidas sobre se são, ou não, passíveis de incidência do imposto renda, ora, nestes casos estamos diante de danos diretos, com reflexos claros no patrimônio da vítima. Por via de regra, tais indenizações visam apenas reparar o patrimônio lesado, não há um acréscimo patrimonial, a indenização visa apenas reparar o patrimônio no limite que este fora diminuído. O que se vê nesses casos é uma verdadeira transferência de capital do patrimônio do autor do ato ilícito para o patrimônio da vítima, na medida do dano sofrido sem que haja incremento patrimonial.

Não é por acaso que este também é entendimento uníssono na jurisprudência da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Veja a propósito o seguinte julgado:

IRPF - INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL - NÃO OCORRÊNCIA DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IR.

A indenização por dano material não está sujeita à incidência do Imposto de Renda Pessoa Física, uma vez que tal conduta caracteriza tão somente uma reparação patrimonial, fato este que não se subsume a hipótese de incidência do IRPF.

IRPF - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - INCIDÊNCIA DO IR - A indenização por dano moral está sujeita à exação do Imposto de Renda, haja vista que tal verba não decorre de uma reparação patrimonial.

Recurso parcialmente provido.

Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reduzir a base de cálculo ao valor de R\$ 3.961,47.

(4ª Câmara, 1º Conselho dos Contribuintes; Relator Oscar Luiz Mendonça de Aguiar, Publicado no DOU em 06.09.2007)

De outra parte, o mesmo tratamento tributário não pode ser atribuído no caso da indenização por lucros cessantes. Nesses casos, é inegável a ocorrência do acréscimo patrimonial, os lucros que são objetos da indenização são verdadeiros proventos que geram acréscimos patrimoniais, e como tais são tributáveis.

Tenha-se presente que na recomposição do dano emergente há uma recondução, uma reparação, do patrimônio lesado, ou bem jurídico ofendido, ao seu *status quo ante* e por isso não há que se falar em acréscimo patrimonial, enquanto que, na indenização dos lucros cessantes não há tal recomposição, o que se visa é ressarcir o ganho que se deixou de realizar, espelhando-se a adição de patrimônio ou renda.

Neste caso, não há reparação do patrimônio lesado, mas indenização por expectativa de perda de patrimônio. Por este motivo, em se tratando de indenização por evento futuro, que não fazia parte do patrimônio da vítima quando do ato lesivo, representa verdadeiro acréscimo patrimonial a quantia recebida a este título.

Sendo assim, não resta sombra de dúvidas sobre a necessária incidência do imposto de renda. Até porque esta remuneração de caráter compensatório representa, na verdade, quantia que seria recebida pela vítima caso o evento danoso não tivesse ocorrido, e certamente teria sido tributada neste caso.

Oportuno se torna dizer que o mesmo tratamento tributário deverá ser aplicado nos casos de indenização pela perda de uma chance, porque, como no caso do lucro cessante, inegável sua natureza compensatória, onde as verbas recebidas em decorrência do evento danoso, caso este não ocorresse, também seriam certamente tributadas.

II – Indenizações por danos morais

II.1 – Quando recebidas por pessoas físicas

Como dito anteriormente, é neste ponto onde são encontradas as maiores divergências teóricas sobre a matéria, com debates calorosos e certas incertezas. Não é

por menos, se levado em conta a noção de acréscimo patrimonial como fato gerador do imposto de renda e, a de que as indenizações por danos morais à pessoa física reparam o patrimônio imaterial desta, muitas vezes, por meio de pecúnia.

A princípio, antes de entrar no cerne das divergências, cumpre lembrar de maneira rápida e tranqüila o conceito de dano moral puro, aventado em capítulo anterior. Sendo assim, o dano moral pode ser entendido como toda lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa.

Na verdade, existem duas correntes doutrinárias divergindo sobre a incidência, ou não, do imposto de renda sobre as indenizações recebidas a título de dano moral puro. A primeira, mais conservadora, afirma, categoricamente, serem passíveis de incidência tributária as verbas recebidas a título de indenização por danos morais, enquanto que, a segunda, mais moderna e inspirada pela Constituição de 88, vota pela sua não incidência.

Para a primeira linha de doutrinação, é impensável sugerir que uma indenização por dano moral não acarrete, conseqüentemente, um incremento patrimonial à vítima. Ora, para esses, o patrimônio de uma pessoa é constituído pelo conjunto de obrigações de conteúdo econômico de uma pessoa, deste modo, tudo que venha a nele acrescentar, constitui elemento positivo de acréscimo patrimonial.

Desta forma, os direitos morais não integrariam o patrimônio de uma pessoa, apesar de integrarem o conjunto de seus direitos. Logo, qualquer montante que ingresse no patrimônio nunca estará reparando-o, mas sim, acrescentando-o, ora, sempre estará ingressando no patrimônio montante que nele não existia antes.

Em suma, para esta corrente doutrinária, os valores recebidos a título de indenização material em decorrência de danos emergentes não são passíveis de sujeição tributária, pois estes visam apenas recompor o patrimônio lesado. Todavia, os valores recebidos a título de danos morais, ou seja, danos ao patrimônio imaterial da vítima, sempre serão passíveis de incidência do Imposto de Renda, ora tais verbas incrementam o patrimônio da vítima compensando os danos sofridos, nunca restabelecendo um *status quo ante*.

Por fim, para esta corrente doutrinária, a única forma de se legitimar a não incidência do imposto de renda sobre tais verbas seria, a edição de uma lei para isentá-las da incidência tributária.

Não obstante os concretos argumentos dos adeptos da corrente a cima exposta, atualmente, vem-se firmando nos tribunais pátrios posicionamento completamente inverso. Inspirados pelos preceitos constitucionais protetores da dignidade da pessoa humana e no princípio da reparação integral, nossos tribunais tem decidido no sentido de não permitir a incidência do imposto de renda sobre as verbas indenizatórias recebidas a título de danos morais.

Pode-se dizer que o marco inicial dessa linha de entendimento foi o Recurso Especial nº 963387; julgado em 08 de outubro do ano de 2008, tendo como relator o Exmo. Ministro Herman Benjamin da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça; veja abaixo sua ementa:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NATUREZA DA VERBA. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. NÃO-INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. PRECEDENTES DO STJ.

1. A indenização por dano estritamente moral não é fato gerador do Imposto de Renda, pois limita-se a recompor o patrimônio imaterial da vítima, atingido pelo ato ilícito praticado.
2. In casu, a negativa de incidência do Imposto de Renda não se faz por força de isenção, mas em decorrência da ausência de riqueza nova – oriunda dos frutos do capital, do trabalho ou da combinação de ambos – capaz de caracterizar acréscimo patrimonial.
3. A indenização por dano moral não aumenta o patrimônio do lesado, apenas o repõe, pela via da substituição monetária, in statu quo ante.
4. A vedação de incidência do Imposto de Renda sobre indenização por danos morais é também decorrência do princípio da reparação integral, um dos pilares do Direito brasileiro. A tributação, nessas circunstâncias e, especialmente, na hipótese de ofensa a direitos da personalidade, reduziria a plena eficácia material do princípio, transformando o Erário simultaneamente em sócio do infrator e beneficiário do sofrimento do contribuinte.
5. Recurso Especial não provido
(Recurso Especial nº 963387; Relator Ministro Herman Benjamin; 1ª Seção, Superior Tribunal de Justiça; Publicado no DJe de 05/03/2009).

A partir desse julgamento, o STJ passou a entender que a verba percebida a título de dano moral detém objetivo precípuo de reparar o sofrimento e a dor da vítima, ou de seus parentes, o que torna infensa à incidência do imposto de renda, porquanto inexiste qualquer acréscimo patrimonial. Ora, por considerar tais indenizações como um dever jurídico sucessivo da lesão ao patrimônio moral, cumpre o ofensor reparar integralmente, mesmo que por via oblíqua, o dano sofrido.

Assim, caso fosse admitida a tributação sobre o *quantum debeatur* da indenização, o dano nunca estaria sendo reparado em sua integralidade, uma vez que, nesses casos, parte daquela verba que objetivava a reparação estaria sendo vertida ao Erário, tornando-o, simultaneamente, sócio do autor do ilícito e beneficiário da dor do contribuinte.

Do mesmo modo, a não incidência não se dá por via de isenção, uma vez que a mesma só poderia ser reconhecida caso fosse editada uma lei específica. A não incidência, portanto, é reconhecida pois não se vislumbra o acréscimo patrimonial, ora, de acordo com o novo entendimento do STJ, como o patrimônio de uma pessoa abarca tantos seus bens e direitos materiais, quanto seus bens e direitos imateriais, caso o fisco tributasse parte dessa indenização nunca haveria uma reparação integral dos danos sofridos, ferindo o princípio da reparação integral, corolário da responsabilidade civil.

Há, na verdade, uma verdadeira substituição monetária. Os bens imateriais lesados são reparados, as verbas percebidas visam unicamente indenizar, reparar o dano sofrido, por conseguinte, sem incorrer em incremento patrimonial.

Por fim, argumentam ainda, que caso houvesse incidência do tributo sobre a indenização moral e, reversamente, não ocorresse sobre a indenização do dano patrimonial estaria sendo violado o princípio da do tratamento isonômico que deve existir entre patrimônio moral e patrimônio material.

Em virtude dessas considerações, e com a devida vênia dos que pensam de maneira diversa, é viável acreditar não ser passível de incidência tributária as verbas recebidas a título de indenização por dano moral puro. Caso contrário, estar-se-ia conferindo tratamento melhor aos bens materiais em desfavor dos bens da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Aliás, após o posicionamento firmado no Recurso Especial 963387, as turmas que compõe a 1ª Seção do STJ passaram a seguir a mesma orientação, como demonstram os arestos seguintes:

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - NATUREZA DA VERBA - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL - NÃO-INCIDÊNCIA - PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL - PRECEDENTES DO STJ.

1. A indenização por danos materiais e morais não é fato gerador do imposto de renda, pois limita-se a recompor o patrimônio material e imaterial da vítima, atingido pelo ato ilícito praticado.
2. A negativa de incidência do imposto de renda não se faz por força de isenção, mas em decorrência da ausência de riqueza nova – oriunda dos frutos do capital, do trabalho ou da combinação de ambos – capaz de caracterizar acréscimo patrimonial.
3. A indenização por danos morais e materiais não aumenta o patrimônio do lesado, apenas o repõe, pela via da substituição monetária, ao statu quo ante.
4. Quanto à violação do artigo 535 do CPC, esclareça-se que, em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada, conforme o convencimento do julgador.
5. No caso, o magistrado aplicou a legislação por ele considerada pertinente, fundamentando o seu entendimento e rejeitando as teses defendidas pelo ora recorrente, não havendo que se falar em deficiência na jurisdição prestada.
6. Recurso especial não provido.
(Recurso Especial nº 1068456; Relatora Ministra Eliana Calmon; 2ª Turma, Superior Tribunal de Justiça; Publicado no DJe de 01/07/2009).

TRIBUTÁRIO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA - IMPOSSIBILIDADE - CARÁTER INDENIZATÓRIO DA VERBA RECEBIDA.

1. A verba percebida a título de dano moral tem a natureza jurídica de indenização - cujo objetivo precípuo é a reparação do sofrimento e da dor da vítima ou de seus parentes, causados pela lesão de direito, razão pela qual torna-se infensa à incidência do imposto de renda, porquanto inexistente qualquer acréscimo patrimonial. (Precedentes: REsp 963387/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.10.2008, DJ 05.03.2009 p. 227; REsp 402035 / RN, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 17/05/2004; REsp 410347 / SC, desta Relatoria, DJ 17/02/2003).
2. In casu, a verba percebida a título de dano moral, cujo montante alcançou o valor bruto de R\$ 41.876,06, adveio de indenização decorrente do atropelamento da genitora do autor por veículo da empresa.
3. Deveras, se a reposição patrimonial goza dessa não incidência fiscal, a fortiori, a indenização com o escopo de reparação imaterial deve subsumir-se ao mesmo regime, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.
4. A violação do art. 535, I e II, CPC, não se efetivou na hipótese sub examine. Isto porque, o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração, estando o decisum hostilizado devidamente fundamentado. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu no voto condutor do acórdão de apelação às fls. 65/86, além de a pretensão veiculada pela parte embargante, consoante reconhecido pelo Tribunal local, revelar nítida pretensão de rejuízo da causa (fls. 109/116).
5. Agravo regimental desprovido.
(Agravo Regimental no Agravo nº 1021368; Relator Ministro Luiz Fux; 1ª Turma, Superior Tribunal de Justiça; Publicado no DJe de 25/06/2009).

II.II –Quando recebidas por pessoa jurídica

Posta assim a questão sobre a incidência do imposto de renda sobre as verbas indenizatórias a título de dano moral recebidas pela pessoa física, cabe agora tecermos alguns breves comentários sobre a questão quando do recebimento de tais verbas por

pessoas jurídicas. O estudo se torna importante, pois, como visto anteriormente, as verbas indenizatórias percebidas pela pessoa jurídica, na maioria dos casos, não visam reparar a lesão ao seu patrimônio imaterial, mas sim a repercussão econômica sofrida em seu patrimônio material em decorrência do ato danoso.

À guisa de exemplo pode-se citar o caso de alguém publicar um fato que evidencia a falta de higiene de um restaurante, tal publicação pode ferir o bom nome e a frequência do estabelecimento, e por isto mesmo constituir um dano moral de que é vítima. Trata-se, pois, de um dano moral com repercussão econômica, que sempre será presumida em face das circunstâncias qualificadoras do dano, e de sua vítima.

Há uma reparação, mas esta reparação não será do patrimônio imaterial como nos casos das pessoas físicas, na verdade, nesses casos, as verbas indenizatórias são recebidas a título de indenização por dano moral, mas seu objetivo é reparar indiretamente o patrimônio material que eventualmente foi, ou seria, lesionado.

Posta assim a questão, é de se ressaltar a semelhança com os casos de indenizações de danos patrimoniais por lucros cessantes. Ora, como naqueles casos, há uma reparação da repercussão do evento lesivo sobre o patrimônio futuro da vítima, impedindo ou restringindo as possibilidades de que a vítima venha a obter. Entretanto diferencia-se dos lucros cessantes porque trata de danos presumidos, enquanto que nos lucros cessantes é sempre determinável a extensão da repercussão econômica do evento danoso no patrimônio material do lesado.

Como se há verificar, inevitável é a ocorrência de acréscimo patrimonial quando do recebimento pela pessoa jurídica de verbas indenizatórias a título de reparação por danos morais. Ora, tais verbas serão sempre direcionadas a reparação do patrimônio material que sofrerá as repercussões econômicas do evento danoso. Tais indenizações compensam a repercussão econômica que empresa sofre em decorrência do abalado ao seu bom nome, ao seu conceito no mercado, ou a sua tradição, portanto, compensam os lucros que presumidamente a empresa deixou de ganhar, portanto, incontestável o incremento patrimonial e a ocorrência do fato gerador do imposto de renda.

Conclusão

Diante do exposto, apresentamos a seguinte síntese conclusiva:

- i) As verbas vertidas a título de indenização por danos materiais emergentes não são passíveis de incidência do imposto de renda, uma vez que, nestes casos há apenas transferência de capital para recompor o patrimônio, restabelecendo o *status quo ante*;
- ii) As verbas vertidas a título de indenização por danos patrimoniais decorrentes do lucro cessante, ou da perda de uma chance, serão passíveis de incidência da referida exação, ora, nesses casos, tratam-se de verbas de caráter compensatório. Representam verbas que em situações normais certamente seriam tributadas, por se tratarem de verdadeiros acréscimos patrimoniais;
- iii) Existem duas teorias para conferir o regime tributário das indenizações por danos morais recebidas pela pessoa física:
A primeira, mais clássica, não olvida a possibilidade das indenizações vertidas a pessoa física a título de danos morais não gerar incremento patrimonial no patrimônio desta. Pois, não há relação entre o patrimônio imaterial e o material;
A segunda, mais moderna, não admite a hipótese de incidência do imposto de renda sobre a indenização por danos morais recebida por uma pessoa física. Ora, para esta corrente, o patrimônio imaterial se conjuga com o patrimônio material, a indenização pecuniária substitui o vácuo deixado pela lesão aos bens imateriais. Além disso, caso houvesse a tributação, estaria ferindo o princípio da integral reparação. Outrossim, a incidência tributária fere o princípio do tratamento isonômico entre os bens patrimoniais e imateriais.
- iv) A indenização percebida pela pessoa jurídica a título de danos morais, sempre será suscetível de incidência tributária. Pois nestes casos, a verba

tem caráter compensatório, uma vez que, visa reparar danos morais com repercussão no patrimônio material da vítima, além de serem futuros e presumidos.

Bibliografia

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 1ª ed.. São Paulo. Saraiva, 1949. 354 p.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12ª ed.. São Paulo. Saraiva, 2006. 512 p.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 209 p.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. 1063 p.
- BRASIL; CAHALI, Yussef Said. *Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Legislação civil, processual civil e empresarial, Constituição Federal*. 10ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 1900 p.
- BRASIL; CARRAZA. Roque Antonio et al.. *Constituição Federal, Código Tributário Nacional, Código Comercial, Código Civil (excertos), Legislação Tributária e Empresarial*. 9ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 1567 p.
- BRASIL; NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.. *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. 40ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008. 2282 p.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed.. São Paulo: Atlas, 2008. 577 p.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. 917 p.
- CRETELLA JÚNIOR, José, *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro, no Novo Código Civil*. 28ª ed.. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2003. 352 p.
- FALCÃO, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. 94 p.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed.. Rio de Janeiro. Forense, 1958. vol. VI, 423 p.

- JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. 6ª ed.. Saraiva. São Paulo. 1984. v. 2º, 497 p.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Regime Tributário das Indenizações*. 1ª ed.. São Paulo: Dialética, 2000. 375 p.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 356 p.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto de Renda*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: APEC Editora, 1969.
- ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e tributário*. 19ª ed... Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 944 p.
- SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária; coordenação IBET, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários; obra póstuma*. 1ª ed.. São Paulo. Editora Resenha Tributária, 1975. 216 p.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 2203 p.
- TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário*. 1ª ed.. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. 765 p.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 4ª ed.. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. 474 p.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, vol. IV. 1ª ed.. Rio de Janeiro. Renovar, 2007. 769 p.
- WINKLER, Noé. *Imposto de renda: doutrina, comentários, decisões e atos administrativos, jurisprudência (Conselho de Contribuintes, Poder Judiciário): baseado no Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (republicação no Diário Oficial de 17 de junho de 1999)*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. 1349 p.