

# ADVOCEF JurisTantum

Suplemento integrante do Boletim ADVOCEF | Ano VII | Nº 64 | Junho | 2008

## Rudimentos sobre a demanda coletiva e a possibilidade de abusos cometidos em nome da coletividade ou do grupo representado

A sociedade moderna, ao deixar para trás a visão individualista de direito - própria do Estado liberal clássico dos séculos XVIII e XIX - passou a entender que a atuação positiva do Estado é indispensável para assegurar o gozo dos direitos sociais básicos. Neste pensar, o direito à tutela judicial efetiva passa a ser reconhecido como um direito fundamental incidente sobre o Estado.

É certo, porém, que ainda nos dias atuais constata-se alguns fatores que desestimulam o lesado individual a procurar o Judiciário, a exemplo da demora na prestação jurisdicional e da burocracia do próprio processo judicial; contudo, o direito de acesso real do cidadão à Justiça, como manifestação concreta da tutela judicial efetiva, não como um direito formal de propor e contestar a ação, passou a ser tratado num contexto internacional de proteção aos direitos e liberdades individuais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem a propósito, estatui no art. 10, que:

" Toda pessoa tem direito em condições de plena igualdade a ser ouvida publicamente e com justiça por um Tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal".

O Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos, firmado em Roma a 4 de janeiro de 1950, art. 13, diz expressamente:

" Toda pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Convênio hajam sido violados tem direito à concessão de um recurso efetivo ante uma instância nacional, inclusive quando a violação haja sido cometida por pessoas que atuem no exercício de suas funções oficiais".

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) também cuidou do devido processo e da celeridade em seu art. 8º:

" Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".

Na linha de simplificação do processo, o Governo português editou o Decreto-Lei nº. 329-A/95, de 12 de Dezembro, em cuja exposição de motivo não deixa margem à dúvida, trata-se de "...uma opção por clara ruptura, não no sentido de ruptura com o passado, mas de uma ruptura manifesta



Wilson Malcher

Advogado da CAIXA em Brasília/DF.

com a actual legislação, com o objectivo de ser conseguida uma tramitação maleável, capaz de se adequar a uma realidade em constante mutação, de ser detentora de uma linguagem clara, acessível, que não prossiga e persiga velhas e ultrapassadas querelas doutrinárias, mas que aponte, a par da certeza e da segurança do direito e da afirmação da liberdade e da autonomia da vontade das partes, para claros índices de eficácia".<sup>1</sup>

E, a partir da preocupação do legislador em impedir os abusos e desvios operados em períodos totalitários, bem como pelo desejo de devolver aos cidadãos sua confiança na administração da justiça, o direito geral da tutela judicial foi elevado a patamar constitucional.

Em Espanha, o direito à tutela judicial efetiva está garantido no art. 24, n.º 1 da Constituição de 1978, a demonstrar o carácter fundamental de acesso à jurisdição pelos cidadãos espanhóis e à obtenção satisfatória de suas pretensões mediante um processo justo e com as devidas garantias.

<sup>1</sup> Código de Processo Civil. Decreto-Lei nº. 329-A/95, de 12 de Dezembro, p.28. Almedina. 5.ed.

Estatui o art. 24, n.º 1:

"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."

Idêntica previsão é encontrada no art. 20, n.ºs 1 e 5 da Constituição da República Portuguesa de 1976, nos termos seguintes:

N.º 1 "A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos."

N.º 5. "Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos."

No Brasil, o direito de acesso à Justiça está garantido pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".<sup>2</sup> Em outras palavras, a Magna Carta de 1988 determina que, sempre que houver violação de direito, mediante lesão ou ameaça, e desde que efetivado o pedido de prestação judicial pelo interessado, o Poder Judiciário estará obrigado a intervir.

Desde o século passado, muito em decorrência do fenômeno mundial da globalização e correspondente formação da chamada sociedade de massa, presenciase uma verdadeira revolução nas relações sociais e, por conseguinte, nas relações jurídicas, sobretudo, a partir das discussões de macro-interesses, envolvendo grupos ou até mesmo toda a coletividade.

No Brasil, assiste-se, desde a metade do século passado, uma gradativa abertura do acesso à justiça para certos interesses de natureza coletiva;<sup>3</sup> com maior amplitude e força através da reforma da Lei da Ação Popular, ocorrida em 1977, e,

<sup>2</sup> CF, Art. 5º, XXXV, tal dispositivo legal prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição: uma vez que a demanda proposta, por nenhum motivo, poderá ser afastada pelo Judiciário, eximindo-se de decidi-la.

<sup>3</sup> Podemos citar como exemplos históricos de diplomas legais brasileiros que introduziram certos interesses de natureza coletiva, a Lei n.º 1.134, de 14.06.1950, que conferia legitimação ativa às associações de servidores públicos; e, a Lei n.º 4.215/63, em seu art. 1º e parágrafo único, dava análogo poder de agir à Ordem dos Advogados do Brasil para defender os interesses de seus aderentes (hoje, art. 44 e incisos da Lei n.º 8.906/94).

depois, em 1985, mediante lei específica sobre a denominada "ação civil pública"; a seguir, em 1988, elevando ao patamar constitucional a proteção dos referidos interesses; e, finalmente, em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor.

O consagrado Barbosa Moreira, ao discorrer sobre as ações coletivas na Constituição Federal de 1988, destaca a posição do Direito Constitucional brasileiro em relação aos demais países, no que se refere em matéria de ações coletivas; chegando ao ponto de afirmar que o Brasil "...hoje está mais bem equipado que qualquer outro...É um direito extremamente rico em remédios desse tipo".<sup>4</sup>

Criaram-se os remédios processuais e, concomitante, surgiram alguns questionamentos que, ainda nos dias atuais, suscitam dúvidas e controvérsias, nomeadamente em relação à legitimidade para agir e à coisa julgada.

No Brasil, face à coincidência entre a titularidade de direito material e a titularidade de ação, somente através de construções doutrinárias e jurisprudenciais pioneiras foi possível avançar para a chamada legitimação coletiva.

O primeiro passo foi dado pela Lei de Ação Civil Pública de 1985 (art. 5º), ao conferir a legitimidade ativa ao Ministério Público, a outros entes públicos (União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista) e às associações constituídas há pelo menos um ano. Logo depois, a Constituição Federal de 1988 amplia o rol de ações coletivas e atribui legitimidade ativa aos partidos políticos para formular pedido de mandado de segurança coletivo. Em seguida, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), restou dito que o requisito de pré-constituição às associações pode ser dispensado pelo juiz, no caso de propositura de ação civil coletiva de danos, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Como visto, o legislador brasileiro preferiu uma solução pluralista ao atribuir a legitimação coletiva a certos grupos sociais e órgãos estatais ou pessoas jurídicas de direito público.<sup>5</sup> Deixando de assumir, tal qual a legislação espanhola, o fenô-

<sup>4</sup> BARBOSA MOREIRA, J. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, Revista de Processo, n. 61, p. 198.

<sup>5</sup> Adota a norma brasileira um tertium genus, o que a doutrina processual denomina de "legitimação autônoma", nem ordinária nem extra-

meno da legitimação individual para as tutelas coletivas.<sup>6</sup>

Esse deslize, ao que parece, será em breve corrigido com a introdução do Código Brasileiro de Processos Coletivos, - ainda em fase de anteprojeto - ao atribuir legitimação ativa a qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, a exceção da impetração do mandado de segurança coletivo.<sup>7</sup>

A realidade dos tribunais brasileiros, por sua vez, demonstra que a grande maioria das ações coletivas é ajuizada pelo Ministério Público; seguido, embora, com certa distância, pelas associações em defesa dos consumidores. A esse fenômeno alguns doutrinadores tentam atribuir as seguintes razões: a recente história da democracia nacional, conseguida após intenso e duro regime militar, bem como pela novel abertura de acesso à justiça aos interesses de natureza coletiva, ainda pouco absorvida pela prática processual.

Ao certo, as demandas coletivas, capitaneadas principalmente pelo Ministério Público, vêm ganhando espaço no cenário judiciário brasileiro nos últimos anos. Servindo, inclusive, como instrumento de determinação de condutas a serem adotadas pelo Poder Público, quando levados à condição de réu.

Daí a importância cada vez maior das chamadas ações coletivas, nomeadamente, da ação civil pública e da ação popular, como mecanismos de solução de conflitos de interesses meta-individuais, capazes de atingir centenas, milhares e até milhões de pessoas.

A preocupação que se apresenta e que justifica um trabalho investigativo que se pretende empreender, diz respeito a possíveis abusos ou excessos cometidos em nome da coletividade ou do grupo social representado a partir da propositura descabida de ações coletivas, e que pode acarretar prejuízo aos entes estatais, com conseqüente ajuizamento de ação indenizatória decorrente do dano sofrido.

É bom lembrar, que não raro, o autor legitimado à demanda coletiva formula deferimento de liminar (pedido de antecipação de tutela), que acaba impondo ao

<sup>6</sup> No Brasil, apenas na ação popular, é atribuída legitimação ativa ao indivíduo (art. 6º, § 5º - qualquer cidadão), na defesa de interesses coletivos.

<sup>7</sup> O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos atribui legitimação ao Ministério Público para a impetração do mandado de segurança coletivo, remédio constitucional contemplado no art. 5º, LXX, da Constituição Federal, o que põe fim à discussão sobre a legitimidade do parquet para tal mister.

Estado a adoção de certa postura que pode implicar, inclusive, em alterações de estratégias previamente definidas, redundando em novos custos.

Não raro, o próprio ajuizamento da ação civil pública provoca repercussão na imprensa, que, em muitos casos, desprovida de maiores informações ou elementos probatórios, atinge de forma negativa a imagem do administrador e põe em cheque a credibilidade da instituição governamental envolvida.

Não queremos aqui, desestimular o uso da ação coletiva, muito ao contrário, a preocupação é a utilização de ações te-

merárias, precipitadas e movidas por motivos pessoais ou políticos, ajuizadas por representantes de associações e demais pessoas jurídicas legitimadas, inclusive, por membros do Ministério Público. Pretendemos analisar e, quem sabe, tentar evitar o desvirtuamento da tutela coletiva, instrumento de solução de conflitos de massa, útil e necessário à efetividade da prestação jurisdicional, diante da nova ordem de conscientização de direitos por parte do cidadão.

De outra parte, a prática de ato desleal e ilícito merece uma pronta resposta por parte do lesado, que no presente caso, não

deve e não pode suportar o abuso da demanda, dando ensejo à nova postulação, qual seja: o ajuizamento de ação reparatória dos danos sofridos em face da pessoa jurídica promotora da demanda coletiva e/ou de seus representantes legais.

### Referências Bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, J. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**, Revista de Processo, n. 61, p.198.

Código de Processo Civil português. Decreto-Lei nº. 329-A/95, de 12 de Dezembro, p.28. Almedina. 5.ed.

# Normas de apuração e tributação do lucro imobiliário na alienação de imóvel residencial

1. Os imóveis de propriedade das pessoas físicas são registrados e mantidos na declaração de bens que integra a declaração de ajuste anual do Imposto de Renda<sup>1</sup> por seus valores históricos de aquisição em reais, e, para os imóveis comprados antes de 1º de janeiro de 1996, pelos valores atualizados até essa data.

O congelamento por quase dez anos do custo expresso em reais gerou uma grave distorção entre o valor patrimonial declarado e o valor real de mercado, com a consequência de justificar a apuração de ganho de capital fictício, uma vez que dissociado de efetiva valorização desses bens.

Esse ganho de capital está sujeito à tributação e ao pagamento de Imposto de Renda quando da alienação do imóvel, sob a rubrica de lucro imobiliário<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Como parte integrante da declaração de rendimentos, a pessoa física apresentará relação pormenorizada dos bens imóveis e móveis e direitos que, no País ou no exterior, constituam o seu patrimônio e o de seus dependentes, em 31 de dezembro do ano-calendário, bem como os bens e direitos adquiridos e alienados no mesmo ano. (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, art. 798. Lei nº 9.250, de 1995, art. 25).

<sup>2</sup> Está sujeita ao pagamento do imposto de que trata este Título a pessoa física que auferir ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza (Decreto nº 3.000/99, art. 117, Lei nº 7.713, de 1988, arts. 2º e 3º, § 2º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 21).

Evidentemente, a expectativa de tributação desses ganhos inapropriáveis pelo contribuinte disseminou, tornou comum e regularmente utilizada a prática do subfaturamento da operação imobiliária, com a escrituração da transmissão da propriedade por valor menor ao efetivamente contratado, com todos os riscos e consequências jurídicas e patrimoniais dela decorrentes e foi, seguramente, um dos motivos da retração do mercado imobiliário em geral, fator de desestímulo à venda de imóveis usados e dificultador da melhoria do padrão de moradia e de ascensão ao mercado de imóveis novos.

Tudo isso influiu direta e negativamente no crescimento da indústria da construção civil inibindo por largo tempo o enfrentamento do enorme déficit habitacional brasileiro, a criação de novos empregos e o aquecimento de setores correlatos da economia, com efeitos prejudiciais ao desenvolvimento econômico e social do País.

2. Em meados de 2005 o Governo Federal procurou corrigir parcialmente essa distorção com a edição da chamada MP do Bem<sup>3</sup>, rejeitada pelo Congresso Nacional<sup>4</sup>.

Logo em seguida ocorreu a promulgação da Lei nº 11.196, de 21 de novembro

<sup>3</sup> Medida Provisória nº 252, de 15 de junho 2005.

<sup>4</sup> Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 38/2005.



**Mauro Antônio Rocha**  
Advogado da CAIXA em São Paulo/SP.

de 2005, que em relação ao assunto aqui tratado produz efeitos desde 14 de outubro de 2005<sup>5</sup>, e que retomou o curso corretivo, com a adoção das seguintes medidas:

- Isenção para o ganho de capital auferido na alienação de imóveis de pequeno valor, assim consideradas aqueles com preço de até R\$ 35.000,00;
- Introdução de fatores de redução do ganho de capital apurado, base de cálculo do imposto, correspondentes ao número de meses ou fração de mês de manutenção da propriedade pelo contribuinte;
- Isenção para o ganho de capital auferido na venda de imóvel residencial quando o produto dessa venda destinar-se à aquisição, em cento e oitenta dias, de outro imóvel residencial.

<sup>5</sup> Lei nº 11.196/2005, artigo 132, II, d.

3. Com as alterações legais introduzidas pelos artigos 38, 39 e 40 da Lei nº 11.196/2005, regulamentados pela Instrução Normativa nº 599, de 28 de dezembro de 2005, a tributação do lucro imobiliário, também regulada nos artigos 117 a 142 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, passou a vigor com as seguintes características básicas:

**3.1.** Lucro imobiliário é o total da diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição do bem imóvel.

Essa diferença positiva é considerada ganho de capital, tributável pelo Imposto de Renda no próprio mês em que foi auferida, à alíquota de 15% (quinze por cento), de forma definitiva, ou seja, não integra a base de cálculo do imposto na declaração de rendimentos, nem pode ser deduzido do devido na declaração.

**3.2.** Valor de alienação é o preço contratado na venda ou na cessão de direitos, no caso de permuta, o valor da torna, se houver.

Nas operações não expressas em dinheiro é o valor de mercado do bem. Na alienação com transferência de saldo devedor de financiamento ou consórcio é o valor efetivamente recebido.

Para os efeitos legais, considera-se alienação a compra e venda, permuta, desapropriação, dação em pagamento, outorga de procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos, adjudicação, transmissão 'causa mortis', doação, adiantamento de legítima, atribuição decorrente da dissolução conjugal ou de união estável etc.

**3.3.** Custo de Aquisição é o valor de compra expresso em reais na declaração de ajuste anual.

Na ausência de pagamento, será considerado o valor de transmissão utilizado para cálculo do ganho de capital pelo alienante anterior ou, ainda, o valor de mercado corrente na data da aquisição.

Para os imóveis adquiridos até 31 de dezembro de 1991, o custo de aquisição é o valor de mercado avaliado e informado na declaração de ajuste anual do exercício 1992, ano calendário 1991, atualizado até 1º de janeiro de 1996.

Para os imóveis adquiridos entre 1º de janeiro de 1992 e 31 de dezembro de 1995, o custo de aquisição corresponde ao valor da aquisição atualizado de acordo com a tabela de atualização anexa à Instrução Normativa SRF nº 84/2001 e para os adquiridos a partir de 1º de janeiro de 1996 é o valor da aquisição sem qualquer atualização monetária.

Ao custo de aquisição poderão ser acrescidos os dispêndios com a construção, ampliação, reforma e outras pequenas obras como pinturas, pisos, encanamentos etc.; os gastos com a demolição de prédio, como condição para a alienação do imóvel; as despesas de corretagem suportadas para a aquisição; o valor da contribuição de melhoria; o laudêmio pago; os juros e acréscimos legais pagos para a aquisição etc., quando comprovados com documentação hábil e idônea e discriminados na declaração de ajuste anual.

**3.4.** O ganho de capital constitui a base de cálculo para a tributação do imposto de renda, podendo ser ajustado pelas seguintes reduções admitidas pela legislação vigente:

(a) Na alienação de imóvel realizada por pessoa física residente no País aplicar-se-á fator de redução do ganho de capital, apurado da seguinte forma:

(a.1) alienação ocorrida entre 16 de junho e 13 de outubro de 2005, redução de 0,35% por mês-calendário ou fração decorrido entre o mês de janeiro/1996, ou da data de aquisição do imóvel, se posterior, e o mês da alienação;

(a.2) alienação ocorrida entre 14 de outubro e 30 de novembro de 2005, redução de 0,60% por mês-calendário ou fração decorrido entre o mês de janeiro/1996, ou da data de aquisição do imóvel, se posterior, e o mês da alienação;

(a.3) - alienação ocorrida a partir de 1º de dezembro de 2005, redução de 0,60% por mês-calendário ou fração decorrido entre o mês de janeiro/1996, ou da data de aquisição do imóvel, se posterior, e o mês de novembro de 2005, para imóveis adquiridos até esse mês;

(a.4) - alienação ocorrida a partir de 1º de dezembro de 2005, redução de 0,35% por mês-calendário ou fração decorrido entre o mês de dezembro/2005, ou o mês de aquisição, se posterior, e o mês da alienação.

(b) Na alienação de imóvel adquirido até 31 de dezembro de 1988, será aplicado percentual redutor fixo de 5% ao ano, determinado em função do ano de aquisição, conforme tabela 1.

(c) Está isento de tributação pelo imposto de renda o ganho de capital apurado na alienação de:

(c.1) qualquer imóvel adquirido até 1969;

(c.2) qualquer imóvel com preço de venda até R\$ 35.000,00;

(c.3) único imóvel que o titular possuía, individualmente, em condomínio ou comunhão, alienado por valor igual ou inferior a R\$ 440.000,00;

(c.4) imóvel residencial, por pessoa física residente no País, desde que o beneficiário adquira com o produto da venda, outro imóvel residencial no prazo de cento e oitenta dias contados da celebração do contrato.

Ano de aquisição	Redução %	Ano de aquisição	Redução %
Até 1969	100	1979	50
1970	95	1980	45
1971	90	1981	40
1972	85	1982	35
1973	80	1983	30
1974	75	1984	25
1975	70	1985	20
1976	65	1986	15
1977	60	1987	10
1978	55	1988	5

A inobservância dessa condição importará no pagamento do imposto devido acrescido de juros de mora, calculados a partir do segundo mês seguinte ao do recebimento do valor ou de parcela do valor do imóvel vendido até trinta dias após a expiração do prazo e multa, de mora ou de ofício, se o imposto não for pago.

(d) o contribuinte somente poderá usufruir as duas últimas isenções uma vez a cada cinco anos.

**4.** Com as alterações expostas foram atingidos os pontos mais sensíveis do mercado imobiliário, colaborando, sem dúvida, para a atual expansão do mercado de crédito imobiliário.

A isenção do imposto na venda e posterior aquisição de imóvel residencial, aliada à manutenção da isenção sobre o lucro imobiliário auferido na venda do único imóvel residencial constituíram razões suficientes para o reaquecimento do mercado ordinário de imóveis, com notável e saudável repercussão no mercado de imóveis novos.

De um lado, ao proporcionar a realização de negócios com imóveis destinados a famílias de renda inferior a cinco salários mínimos, faixa que concentra dramático déficit de unidades e, de outro, ao possibilitar a redução do ganho de capital tributável relativa ao tempo decorrido, ainda que não tenha recuperado integralmente a inflação do período, mostrou-se suficiente para estimular a volta do investidor ao mercado.