

Questionando a mais-valia

LETÁCIO DE MEDEIROS JANSEN FERREIRA JR.

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Não se assuste o Leitor, que a **mais-valia** de que este artigo vai tratar não é aquela, muito famosa, que, segundo alguns é apropriada pelos patrões, e gera o excedente, de que resulta, afinal, a acumulação capitalista. A **mais-valia**, de que cogitamos, é, segundo a definição corrente, uma "multa administrativa compensatória de caráter não tributário" que há longos anos, (de uns tempos para cá, com correção monetária) vem sendo cobrada pela Administração Municipal, daqueles que levantam edificações "mais-ou-menos" ilegais, quando a Administração julga que pode haver legalização sem ofensa maior ao interesse público, e procede a essa legalização, concomitantemente com a aplicação de um castigo ao infrator, correspondente ao benefício por ele auferido com a infração.

O Decreto-Lei da mais-valia, de n.º 8.720, editado em 18 de janeiro de 1946, na época em que a Administração do Rio de Janeiro era a Prefeitura do Distrito Federal, é fruto de um erro lógico, atrás do qual se esconde uma proposição aparentemente justa, que é a seguinte:

"Sempre que a execução de uma obra seja feita em desacordo com a licença aprovada e que o interesse coletivo não justifique o seu desfazimento total ou parcial, o proprietário pagará à Prefeitura local uma importância correspondente à mais-valia que para ele houver resultado da desobediência."

O erro lógico dessa proposição consiste em que ela pressupõe que certa edificação possa estar mais ou menos, de acordo com uma norma, do que outra, admitindo diversas gradações na **correspondência** da situação real com a situação prevista nessa norma.

Segundo o Decreto-Lei 8.720, de 1946, certas edificações podem desobedecer (isto é, deixar de corresponder) à norma **menos** do que outras. As que desatendem **muito** às normas, são as que ferem essas normas e mais um "interesse coletivo"; não correspondendo essas, nem um pouco, às normas. Mas outras edificações pode haver que correspondam um pouco mais às normas do que as consideradas anteriormente porque não ferem um interesse coletivo e, quanto a essas, o Poder Público pode dar um jeito, legalizando-as mediante o pagamento de uma compensação, igual à vantagem obtida pelo desobediente.

A verdade, porém, é que uma edificação não pode estar mais em correspondência com uma mesma norma, do que outra. Ou sua construção obedece a norma, e é legal, ou não obedece, e é ilegal. Se uma norma (Lei, regulamento ou licença) dispuser, por exemplo, que a área total da edificação (ATE) deva ser de 200m², a edificação que tiver 250m² de área, não estará correspondendo mais a essa norma do que a edificação que tiver 260m² de área. O que é maior é a edificação de 260m² de área, e não a sua desavença com a norma. Ambas as edificações, porque têm mais do que os 200m² prescritos na norma, desobedecem-na, no mesmo grau, e são por isso, igualmente ilegais.

HANS KELSEN (in **Teoria Pura do Direito**, 4.^a ed. portuguesa, p. 43, Nota 1), com sua lógica contundente põe a nu o erro em que se estriba o Decreto-lei n.º 8.720, de 18 de janeiro de 1946, na seguinte passagem, que, embora um pouco longa, merece ser integralmente transcrita:

"Quando uma norma prescreve uma conduta que, na realidade, é susceptível de diferente medida, parece que tal conduta pode corresponder à norma segundo diferentes graus, isto é, mais ou menos. Trata-se, porém, de uma ilusão. Quando uma norma prescreve que o homicídio deve ser punido com vinte anos de cárcere e um tribunal pune o homicídio com prisão por toda a vida e outro tribunal o castiga com dez anos de prisão, não se pode dizer que uma das sentenças corresponde (mais) e a outra (menos) à norma a aplicar, mas apenas que nenhuma delas corresponde à dita norma. Somente a sentença que puna o homicídio com vinte anos de cárcere é conforme aquela norma. E quando uma norma simplesmente prescreva que o homicídio deve ser punido com a privação da liberdade, sem determinar a medida dessa privação de liberdade, também a sentença que aplique prisão por toda a vida não corresponde mais à norma a aplicar que as sentenças que apliquem vinte ou dez anos de prisão, mas as três sentenças correspondem à referida norma absolutamente no mesmo grau, pois a norma deixa ao tribunal a determinação da medida da privação de liberdade. O mais ou menos não se refere à conformidade com a norma, mas à pena, que pode ter diferentes graus, e a norma a aplicar tem um conteúdo tal que diferentes medidas da pena lhe correspondem em grau igual. Quando uma norma prescreve que um empréstimo deve ser reembolsado, e um devedor, que contraiu um empréstimo de 1.000, apenas restitui 900, não se pode dizer que ele obedeça à norma (menos) do que se resti-

tuisse os 1.000, mas simplesmente que ele não se conforma à referida norma, não cumpre a sua obrigação de restituir o empréstimo recebido. O que é (menos) não é a correspondência à norma, mas a soma de dinheiro: ele pagou menos do que o que devia ser pago. E, se o devedor restitui os 1.000, ela não obedece (mais) à norma a seguir do que quando restitui apenas 900 — mas quando paga 1.000, e só quando paga 1.000, é que ele obedece a essa norma, cumpre a sua obrigação. E também se o devedor, por erro ou por qualquer outro motivo, restitui 1.100, não obedece (mais) à norma do que quando restitui 1.000, pois, com os 100 que ele paga a mais ele atua já fora do domínio de validade da norma a observar. O que é (mais) não é a conformidade com a norma mas a soma paga. Referir o mais ou menos à correspondência-à-norma constitui um erro lógico”.

Não obstante esse vício lógico congênito — ou, talvez, por causa dela — a mais-valia sobrevive há 34 anos no Rio de Janeiro, e o seu exemplo parece que vai frutificando em outros municípios. Não deixa de causar surpresa ver-se uma Lei resistir tão longamente ao tempo, num País, como o nosso, em que as normas em geral, e as edificações em especial, estas últimas seguindo o destino das próprias edificações urbanas, estão periodicamente sofrendo radicais transformações. A explicação para essa grande sobrevida talvez se encontre nos sedutores equívocos do Decreto-lei n.º 8.720, de 1946. Examinêmo-los em pormenores.

Segundo o Decreto-Lei n.º 8.720, de 1946, para que se caracterize a mais-valia é preciso:

- a) que haja uma licença para a obra;
- b) mas que a obra esteja em desacordo com a licença;
- c) que haja uma norma prevendo o desfazimento de obras em desacordo com a licença;
- d) mas que o interesse público, no caso daquela obra, não justifique o desfazimento.

Ocorrendo esses pressupostos, o proprietário poderá evitar a demolição da obra, pagando à Prefeitura, importância correspondente à mais-valia, resultado da desobediência.

O Decreto-Lei n.º 8.720, de 1946, parece pressupor que sempre que uma obra contrarie a licença, a Administração tem o dever de demoli-la, o que, a nosso ver, não corresponde à realidade, nem expressa a melhor doutrina. A administração pública, pelo menos no Rio de Janeiro, só tem o dever de proceder à demolição de

obras e construções que ameacem ruína, ou representem um perigo iminente para a coletividade, situação em que a doutrina e a Jurisprudência são unânimes em reconhecer que a demolição pode ser efetuada até diretamente pelo Poder Executivo.

Quando a construção não configure, de fato, uma ameaça à saúde ou incolumidade públicas a Administração pode pleitear a sua demolição, por motivo de conveniência, mas, nesse caso, de um lado, a pretensão da Administração depende, para se tornar exeqüível, de uma decisão judicial, e, de outro, a Administração não tem o dever de pedir a demolição. Poderá vir a ter: mas isso ocorrerá, apenas, em casos especiais, quando a omissão do órgão competente tiver como consequência uma sanção. (Cf. KELSEN, Hans, *op. cit.* p. 175).

Ao mesmo tempo em que pressupõe o dever do desfazimento da obra em desacordo com a licença, a Lei da mais-valia admite uma norma de conveniência, de igual nível da que obriga a promover a demolição, que contra-indique essa demolição. Essas duas normas — a que obriga à demolição, e a que contra-indica a demolição — são, evidentemente, contraditórias, e não poderiam conviver numa mesma ordem jurídica. Aparente convivência, de fato, dessa duas normas, apenas corrobora a nossa afirmação anterior de que, não há, efetivamente, a norma que obrigue a Administração, salvo nos casos excepcionais anteriormente referidos (de ameaça de ruína ou de perigo iminente para a coletividade) a promover a demolição.

Não se justificando o desfazimento da obra, surge o ensejo para a aplicação da mais-valia: O proprietário pagará, então, à Prefeitura importância correspondente à vantagem que obteve com a desobediência.

Coerente com o seu equívoco lógico — de que pode haver gradações na correspondência da conduta real, com a conduta prevista na norma, a Lei da mais-valia propõe-se a medir essa correspondência, em termos de valor: e é exatamente nessa “diferença” imaginária e ilógica entre a conduta real e a conduta prescrita na norma que pretende encontrar a mais-valia.

Como não existe gradação na correspondência entre a conduta real e a conduta prescrita na norma, não é possível medir tal diferença. A solução, prática, encontrada pela Lei da mais-valia para sair desse impasse foi determinar que se medisse a “realidade”. Que “realidade”, porém? Diz ela: a **vantagem** obtida com a desobediência.

Ora, nada mais subjetivo do que medir uma vantagem; daí porque, nos Estados de Direito, é aos Órgãos do Poder Judiciário, que a ordem jurídica atribui competência para, em processo contradi-

tório, (com o eventual auxílio dos Peritos) medir vantagens, e desvantagens, e lhes atribuir valor monetário. A Lei da mais-valia, sob a capa de uma pena, não pecuniária, resultou na instauração de um processo *sui generis*, que não se reveste das mínimas formalidades para a garantia do jurisdicionado.

A mais-valia viola, ainda, o princípio da reserva legal, ao estabelecer uma pena indeterminada, que não tem limites mínimos ou máximos, e cuja fixação depende do arbítrio do agente administrativo que, sem processo ou regra preestabelecida deve preferir, como se fosse um Juiz, a condenação do infrator.

A pena estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 8.720, de 1946, juridicamente não se pode dar o nome de multa. A multa é uma pena pecuniária, isto é, uma pena cujo valor já é líquido, ou pode ser liquidado por mero cálculo (caso de penas em salários mínimos ou em unidades padrão fiscais, tipo UNIF, UFERJ, tão largamente utilizadas ultimamente). A mais-valia não é fixada em moeda legal, nem em outra "unidade de conta"; não é sequer uma pena fixada dentro de certos limites, pois não há parâmetros para a mais-valia, salvo a realidade, como se a realidade, em si, (e não o seu conhecimento através de um processo) pudesse constituir uma norma, ou fornecer os elementos para a criação imediata dessa norma.

O não cumprimento da decisão que condena o infrator ao pagamento da mais-valia tem, como consequência, a demolição da edificação.

Trata-se de uma sanção que não está prevista na Lei, mas que tem resultado, na prática, de sua mecânica, e tem sido aplicada pela Administração, com o beneplácito do Poder Judiciário, como se pode ver do acórdão proferido na Apelação Cível n.º 2.536, da 6.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa diz:

"Ação Ordinária postulando a demolição de construção civil, ou a legalização com o pagamento das sanções de Lei.

Provada a ilegalidade da edificação, é de ser julgada procedente" (in D.J., de 16-09-1976).

A demolição, ou ameaça de demolição da edificação cujo proprietário se recusa a pagar a mais-valia, por não estar prevista em Lei, é uma coação ilegal. Por outro lado, a demolição de uma edificação (quando não se vislumbra o risco de ruína ou um perigo iminente para a coletividade) é questão de conveniência. Se a Administração decide que convém demolir certa obra, não deixará de ocorrer essa conveniência por ter sido paga à Prefeitura uma importância em dinheiro.

Nem, se não era conveniente demolir a obra, surgirá a conveniência, pelo fato de o infrator se recusar a pagar a quantia exigida. Nesse último caso, promovendo, ou ameaçando promover a demolição, como uma forma de pressão, para receber dinheiro, estará a Administração agindo com desvio de poder.

Como se vê, a partir de uma origem ilógica a mais-valia resultou numa medida ilegal. Ao invés de manter esse expediente, a Administração devia definir, com precisão, as infrações às Leis edilícias e puni-las com penas pecuniárias, reservando-se a pena de demolição da obra para situações extremas, convertendo-se, porém, nesses casos, tal providência em dever da Administração, através da prescrição de uma sanção para a hipótese de seu descumprimento.