

DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA JUSTA INDEMNIZAÇÃO

ASSOCIADOS À EXPROPRIAÇÃO (DIREITO DO URBANISMO)

Dr. Eduardo Sousa Carvalho

ADVOGADO ESTAGIÁRIO



Os Princípios da Igualdade e da Justa Indemnização Associados à Expropriação

Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 505/04

Eduardo Sousa Carvalho

ADVOGADO ESTAGIÁRIO

ACÓRDÃO N.º 505/04

Processo n.º 370/04

1ª Secção

Relator: Conselheiro Artur Maurício

Acordam na 1ª Secção do Tribunal Constitucional

1 - **A.** recorre para este Tribunal, ao abrigo do artigo 70.º n.º 1 alínea b) da LTC, do acórdão de fls. 407 e segs. do Tribunal da Relação de Guimarães, pretendendo a apreciação da constitucionalidade das normas dos artigos 23.º, n.º 1, 26.º n.º 1 e 26.º n.º 10 do Código das Expropriações, aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro, de ora adiante designado como CE.

Por despacho do relator, o objecto do recurso foi circunscrito à norma do artigo 26.º n.º 10 do CE.

A recorrente reclamou para a conferência desse despacho, mas por Acórdão n.º 343/2004, o Tribunal indeferiu a reclamação.

Tendo, assim, em conta que o recurso tem apenas por objecto a norma do artigo 26.º n.º 10 do CE, a recorrente alegou, formulando as seguintes conclusões:

"1 - A norma do artigo 26.º n.º 10 do CE, na interpretação que lhe foi dada no recorrido acórdão, corresponde a uma disposição manifestamente inconstitucional, por violadora do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP) e do princípio da justa indemnização (artigo 62.º n.º 2 da CRP).

2 - Ao considerar que a impugnada norma determina a aplicação de um factor correctivo máximo sobre o valor do solo apto para construção em virtude da inexistência dos riscos e esforço construtivo que o expropriado em condições normais supostamente teria de suportar num hipotético aproveitamento urbanístico do imóvel, o duto acórdão em apreço assume como correcta e aceitável face aos princípios inscritos na Lei Fundamental a presunção de que com a concretização da expropriação o expropriado ficaria "favorecido" por receber uma indemnização pelo bem imóvel em causa sem ter que arcar com os custos de uma eventual iniciativa construtiva.

3 - Esta é, no entanto, uma presunção claramente desprovida de sustentáculo, o que logo se alcança se se pensar na realidade que emerge da experiência quotidiana da expropriações determinadas por razões de utilidade pública, revelando, além do mais, uma deformada e desequilibrada ponderação valorativa dos interesses em presença.

4 - Nesta perspectiva a discutida norma do CE (artigo 26.º n.º 10) ofende abertamente o princípio da igualdade plasmado no artigo 13.º da CRP, na medida em que é geradora de uma discriminação entre os cidadãos expropriados e os não expropriados, em desfavor dos primeiros.

5 - Isto porque um cidadão expropriado, além de obrigado a alienar o bem requerido por motivo de utilidade pública, vê-lhe ser subtraída uma percentagem de até 15% do valor indemnizatório atribuído pressupostamente em função do valor real e corrente do bem imóvel, enquanto um cidadão não

expropriado nas mesmas circunstâncias e relativamente a um bem com idênticas características pode optar, entre outras coisas, por vender esse bem no mercado, sem qualquer risco ou esforço construtivo e sem ter de suportar a dedução de qualquer tipo de percentagem.

6 - Por identidade de razões, a citada norma do CE viola também o princípio da justa indemnização insito no n.º 2 do artigo 62.º da CRP, já que nas circunstâncias resultantes da aplicação daquele preceito o valor indemnizatório obtido em sede expropriação não corresponderá nunca ao valor real e corrente do bem.

7 - Todavia, ainda que se entendesse no tocante aos enunciados aspectos o versado preceito (artigo 26.º n.º 10 do CE) era susceptível de ser compatibilizado com a CRP, o que não se concede nem se aceita, sempre a interpretação e aplicação dessa norma é feita no acórdão recorrido continuaria enredada no vício de inconstitucionalidade, pois que aí se estabelece e determina a aplicação do discutido factor correctivo pelo valor máximo legalmente previsto (15 %) como se se tratasse de uma taxa fixa e invariável que apenas cumprisse aplicar de forma indiscriminada e automática a todo e qualquer processo de expropriação em que estivesse em causa a valoração de solo apto para construção.

8 - Ora, é perfeitamente claro que o legislador ao estatuir o normativo do n.º 10 do artigo 26.º do CE e ao abrir a possibilidade de introdução no cálculo do valor da parcela expropriada daquele factor correctivo pretendeu estabelecer, em termos percentuais, a dimensão ou amplitude máxima da variação desse factor, quantificado em função do valor de avaliação atribuído ao solo apto para construção.

9 - Assim sendo, não faz qualquer sentido encarar a referida norma como uma espécie de via para a aplicação de uma dedução fixa e invariável e não dependente da demonstração ou prova de que o expropriado obteve com a concretização do processo expropriativo um benefício ou vantagem económica - maxime sob a forma de uma pretensa "poupança" de custos - enquanto em cotejo com os resultados patrimoniais de uma virtual sujeição do imóvel expropriado a uma iniciativa construtiva da parte do próprio proprietário.

10 - Por conseguinte, a interpretação que no duto acórdão em crise é efectuada da mencionada norma implicaria a subsistência dos já citados princípios da igualdade e da justa indemnização, não apenas porque estaria em causa um tratamento não diferenciado de situações desiguais - maior ou menor "poupança" em função da inexistência de risco ou esforço construtivo em caso de expropriação, consoante as características do imóvel e os demais factores que intervêm na determinação do valor de mercado dos bens imobiliários - mas também porque corresponderia a privar o expropriado de forma desproporcionada e injusta de uma parte do real valor do bem objecto de expropriação.

11 - Nesta conformidade, forçoso se torna que seja reconhecida e declarada a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 10 do artigo 26.º do CE, na interpretação que lhe foi dada pelo Tribunal da Relação de Guimarães na referenciada apelação, uma vez que a mesma viola o princípio da igualdade e o princípio da justa indemnização consagrado na CRP, impondo-se por isso que seja afastada e recusada a sua aplicação ao caso em apreço nos autos."

Contra-alegou o Ministério Público, concluindo:

"1 - Não é inconstitucional a norma constante do artigo 26.º n.º 10 do Código das Expropriações, enquanto consagradora de um factor correctivo destinado a "compensar" o lucro do expropriado que - relativamente a terrenos para construção - recebe indemnização em dinheiro, compensatório do "valor de mercado" de tais bens imóveis, sem ter de suportar os riscos e encargos inerentes à efectiva edificação no bem expropriado.

2 - As instâncias não interpretaram e aplicaram tal norma em termos de nele estabelecer um factor de correcção fixo e imutável, resultando antes que o valor alcançado (15 %) decorreu de uma ponderação concreta e casuística, alicerçada na natureza e destino normal do prédio expropriado."

Corridos os vistos legais, cumpre decidir.

2 - No requerimento de interposição de recurso, a recorrente disse pretender que o Tribunal Constitucional apreciasse a constitucionalidade da norma do artigo 26.º n.º 10 do CE - única que está agora em causa - "na interpretação acolhida pelo acórdão recorrido, que corrobora igualmente o entendimento adoptado pelo julgador de 1ª instância, segundo a qual se impõe a aplicação de um factor correctivo máximo de 15 % sobre o valor do solo apto para construção por forma a contrabalançar a inexistência no caso de expropriação de riscos, encargos, custos organizativos, impostos, etc. que o expropriado em condições normais teria de suportar num hipotético aproveitamento urbanístico do imóvel, sendo tal factor correctivo, supostamente, um instrumento necessário e adequado a proporcionar a igualdade entre cidadãos".

O despacho do relator que limitou o objecto do recurso ao conhecimento da referida norma teve naturalmente em conta a interpretação que a recorrente pretendia sindicá-la, de acordo com o requerimento de interposição de recurso, aceitando implicitamente que a norma fora aplicada na decisão recorrida com essa mesma interpretação.

Sucede que nas alegações apresentadas a recorrente reporta as conclusões 7^a a 11^a a um outro entendimento da norma, qual seja o de esta impor "*uma taxa fixa e invariável que apenas cumprisse aplicar de forma indiscriminada e automática*".

Trata-se, como bem se vê, de uma interpretação diversa daquela que a recorrente indicou no requerimento de interposição de recurso e que foi suposta no despacho do relator que delimitou o objecto do recurso.

Não podendo a recorrente, nas alegações, alargar ou alterar o âmbito do recurso, tal como este fora por ela próprio delimitado e, neste ponto, aceite pelo aludido despacho do relator, não irá o Tribunal conhecer da constitucionalidade da norma do artigo 26.º n.º 10 do CE naquela interpretação.

De resto, sempre se dirá que tal interpretação se não mostra sequer acolhida no acórdão recorrido, razão por que, também por esta via, e dado o disposto no artigo 70.º n.º 1 alínea b) da LTC, dela se não poderia conhecer.

3 - A questão de constitucionalidade que a recorrente sujeita à apreciação deste Tribunal está em saber se a norma insita no artigo 26.º n.º 10 do CE ofende os artigos 62.º n.º 2 (princípio da justa indemnização) e 13.º (princípio da igualdade) da CRP.

O artigo 26º do CE dispõe sobre o cálculo do valor do solo apto para a construção.

Depois de, no seu n.º 1, estabelecer que o valor do solo apto para construção se calcula "por referência à construção que nele seria possível efectuar se não tivesse sido sujeito a expropriação, num aproveitamento económico normal, de acordo com as leis e regulamentos em vigor", o artigo 26.º do CE adopta dois critérios de cálculo daquele valor, o primeiro - que se pode qualificar como principal - regulado nos n.ºs 2 e 3 e o segundo - subsidiário - aplicável no caso de se não revelar possível a aplicação do primeiro, com a disciplina prevista nos n.ºs 4 e segs. Isto, sempre sem prejuízo do disposto no n.º 5 do artigo 23.º do mesmo Código que, assinalando o fim visado pelas regras que regulam o cálculo do valor dos bens expropriados (fazer corresponder este valor "ao valor real e corrente dos bens numa situação normal de mercado"), prevê a possibilidade de a entidade expropriante e o expropriado requererem, ou o tribunal decidir oficiosamente, que a avaliação se faça de acordo com outros critérios, quando, no caso, a que viesse a ser feita em conformidade com os critérios enunciados nos artigos 26º e segs. não permitisse a referida correspondência - é o que Alves Correia qualifica como "válvula de escape" ou "cláusula de segurança" ("A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre expropriações por utilidade pública e o Código das Expropriações de 1999", ed. Coimbra Editora, 2000, separata da Revista de Legislação e Jurisprudência, pág. 128).

No caso, o critério adoptado para calcular o valor do solo, qualificado como apto para a construção, foi o que consta dos n.ºs 4 e segs. do artigo 26.º, ou seja, o que se define pelas seguintes regras:

- o valor do solo calcula-se em função do custo da construção em condições normais de mercado;
- este custo é determinado tendo em conta, como referencial, os montantes fixados administrativamente para efeitos de aplicação dos regimes de habitação a custos controlados ou de renda condicionada;
- o valor do solo varia até 15 % do custo de construção;
- nesta variação atender-se-á a vários factores, nomeadamente, localização, qualidade ambiental e dos equipamentos existentes na zona;
- a percentagem fixada (até 15 % do custo de construção) pode, ainda, ser acrescida até ao limite de percentagens legalmente estabelecidas para diversos factores, que aumentam o valor do solo, referidos nas alíneas a) a i) do n.º 7 do artigo 26.º;
- o custo de construção pode ainda ser acrescido ou diminuído se, pelas especiais condições do local, ele for substancialmente reduzido ou agravado;
- quando o aproveitamento urbanístico que serviu de base à avaliação implicar uma sobrecarga incomportável para as infra-estruturas existentes, deverá ter-se em conta (abater-se) no cálculo do montante indemnizatório as despesas necessárias ao reforço dessas infra-estruturas;
- o valor determinado pelas regras enunciadas será corrigido (diminuído) com a aplicação de uma percentagem máxima de 15 % daquele valor, "*pela inexistência de risco e do esforço inerente à actividade construtiva*" - sendo esta a regra cuja constitucionalidade vem questionada.

Como se deixou relatado, a recorrente invoca a violação dos artigos 62.º n.º 2 e 13.º da Constituição.

Cabe, no entanto, evidenciar que tal invocação resulta da mesma base argumentativa, qual seja a de que a redução do montante indemnizatório coloca o expropriado numa posição de desigualdade face aos não expropriados; isto é, desde logo, patente na conclusão 6ª das alegações onde a recorrente, depois de nas conclusões anteriores se reportar à situação de suposto de desfavor dos expropriados relativamente aos não expropriados, diz "*Por identidade de razões, a citada norma do CE viola também o princípio da justa indemnização ínsito no n.º 2 do artigo 62º da CRP...*".

Compreende-se, aliás, este entendimento, tendo em conta o que o Tribunal Constitucional tem vindo a expender sobre o princípio constitucional consagrado no artigo 62º n.º 2 da Constituição.

Escreveu-se, a propósito no Acórdão n.º 210/93, in Acórdãos do Tribunal Constitucional 24º vol., págs. 549 e segs.:

" 9. O artigo 62º, nº 2, da Lei Fundamental, ao estabelecer que a expropriação por utilidade pública só pode ser efectuada com base na lei e mediante o pagamento de "justa indemnização", consagra claramente o princípio da indemnização como um pressuposto de legitimidade do acto expropriativo (cfr. F. Alves Correia, As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública, Coimbra, 1982, p. 120-122 e 156-162) ou, por outras palavras, como "um elemento integrante do próprio acto de expropriação" (cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol., I, 2ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 337. Cfr. também F. Alves Correia, Formas de Pagamento da Indemnização na Expropriação por Utilidade Pública - Algumas Questões, Separata do Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia", 1984, Coimbra, 1991, p. 15,16, nota 4).

Aquele preceito constitucional determina que a indemnização por expropriação deve ser justa, mas não define qualquer critério indemnizatório de aplicação directa e objectiva, nem contém qualquer indicação sobre o método ou mecanismo de avaliação do prejuízo derivado da expropriação. É este um problema de técnica legislativa, cuja escolha foi deixada pela Constituição ao legislador ordinário (cfr. F. Alves Correia, O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade, Coimbra, Almedina, 1990, p. 532,546).

Apesar disso, a expressão "justa indemnização", inserta no artigo 62º, nº 2, da Lei Fundamental, não pode ser considerada como uma fórmula vazia. É, antes, uma fórmula carregada de sentido, na qual podem ser colhidos importantes limites à discricionariedade do legislador ordinário.

10. Em obra recente, F. Alves Correia (cfr. O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade, cit., p. 532 e ss.) defende que o conceito constitucional de "justa indemnização" leva implicado três ideias: a proibição de uma indemnização meramente nominal, irrisória ou simbólica; o respeito pelo princípio da igualdade de encargos; e a consideração do interesse público da expropriação.

Atendo-nos apenas à primeira e à segunda dimensões - aquelas que têm a ver com o princípio da justiça da indemnização visto na direcção do expropriado -, dir-se-á, com o autor referido, que no conceito de justa indemnização vai implícito o sentido de que devem ser rejeitados por inconstitucionais os critérios conducentes a uma indemnização meramente nominal (blösse Nominalentschädigung), a uma indemnização puramente irrisória ou simbólica ou a uma indemnização simplesmente aparente. Estar-se-á perante uma indemnização meramente simbólica quando, por exemplo, a lei, baseando-se num critério abstracto, que não faça qualquer referência ao bem a expropriar e ao seu valor segundo o seu destino económico, permite indemnizações que não se traduzem numa compensação adequada do dano infligido ao expropriado.

Além disso, no conceito de justa indemnização vai implicada necessariamente a observância do princípio da igualdade, na sua manifestação de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. Uma indemnização justa (na perspectiva do expropriado) será aquela que, repondo a observância do princípio da igualdade violado com a expropriação, compense plenamente o sacrifício especial suportado pelo expropriado, de tal modo que a perda patrimonial que lhe foi imposta seja equitativamente repartida entre todos os cidadãos.

Segundo o autor citado, o princípio da igualdade, como elemento normativo inderrogável que deve presidir à definição dos critérios de indemnização por expropriação, desdobra-se em duas dimensões ou em dois níveis fundamentais de comparação: o princípio da igualdade no âmbito relação interna e o princípio da igualdade no domínio da relação externa da expropriação.

.....
No domínio da relação externa da expropriação, comparam-se os expropriados com os não expropriados, devendo a indemnização por expropriação ser fixada num montante tal que impeça um

tratamento desigual entre os dois grupos. A observância do "princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos" na expropriação por utilidade pública exige que esta seja acompanhada de uma indemnização integral (volle Entschädigung) ou de uma compensação integral do dano infligido ao expropriado. Aquele princípio impõe que a indemnização por expropriação possua um "carácter reequilibrador" em benefício do sujeito expropriado, objectivo que só será atingido se a indemnização se traduzir numa "compensação séria e adequada" ou, noutros termos, numa compensação integral do dano suportado pelo particular".

É, pois, neste domínio da relação externa da expropriação, que a recorrente situa a violação do princípio da igualdade, princípio este que - como se viu - vai implicado naqueloutro da "justa indemnização".

Ora, deve dizer-se, em primeiro lugar, que a tese sustentada pela recorrente não é nova na doutrina. Ela foi defendida com argumentação muito semelhante à da recorrente por Melo Ferreira In "Código das Expropriações Anotado", 2ª ed., p. 126. Mas não deixa, também, de assinalar-se que Alves Correia, no ponto 3 do estudo citado, "A jurisprudência do Tribunal Constitucional...", epigrafiado como "A questão de constitucionalidade de algumas normas relativas ao conteúdo da indemnização" não refere a norma em causa como sendo uma das que, no Código de 99, merecem um juízo de inconstitucionalidade.

Entende o Tribunal que a norma não enferma de inconstitucionalidade.

Qualificado o solo expropriado como *apto para a construção* e exigindo a lei (artigo 23º n.º 5 do CE) que o resultado da avaliação corresponda ao valor real e corrente, numa situação normal de mercado, daquele bem, os critérios impostos para tal avaliação - que, tem como referencial, o custo de construção *possível* - assentam necessariamente em factores concretos que permitam alcançar tal resultado, ou seja, nem uma sub-avaliação, nem uma sobre-avaliação do bem expropriado.

E é por isso que ao lado de factores que determinam aumentos à percentagem máxima do custo de construção, outros há que vão implicar uma redução do montante indemnizatório.

Nestes últimos se incluem, nomeadamente, o reforço das infra-estruturas necessário para o aproveitamento urbanístico que serviu de base ao cálculo do valor do solo (n.º 8 do artigo 26º do CE) e o risco e esforço inerente à actividade construtiva, encargos que o expropriado, em ambos os casos, não teve que suportar, mas que suportaria se não fosse expropriado e pretendesse o mesmo aproveitamento.

Quer um, quer outro dos factores significam a concretização da pretensão de igualar a situação de expropriados e não expropriados, de modo a evitar um benefício ilegítimo dos primeiros.

Ora, tal como Alves Correia (estudo citado, pág. 143) se refere ao primeiro factor ("A consideração das despesas necessárias ao reforço das infra-estruturas existentes, nas situações referidas nesta norma, no cálculo do montante da indemnização é perfeitamente compreensível, pois sem o seu custeamento pelo expropriado não seria possível a realização do aproveitamento urbanístico que serviu de base à determinação do montante da indemnização", também se poderá dizer, no caso, que, para obter no mercado normal, o preço equivalente ao valor por que bem idêntico é avaliado para efeitos de expropriação (de acordo com a sua *aptidão edificativa* e tendo como referencial o *custo de construção*) um não expropriado teria que suportar o risco e o esforço inerente à actividade construtiva.

É evidente que nos situamos, como não podia deixar de ser, num campo de prognose; mas trata-se de um juízo plausível e sem arbítrio de que não decorre um tratamento discriminatório entre expropriados e não expropriados.

Por outro lado, importa, ainda, ter em conta que a correcção a efectuar ao valor da avaliação, nos termos da norma em causa, se dimensiona em termos flexíveis (até 15 %), o que sempre permitirá a ponderação de circunstâncias particulares do caso, de modo a, tanto quanto possível, ajustar a previsão dos referidos custos ou encargos à realidade hipotética.

Em suma, pois, a norma do artigo 26º n.º 10 do CE não viola o princípio da igualdade e, nesta medida, o princípio da justa indemnização, consagrados nos artigos 13º e 62º n.º 2 da CRP.

4 - Decisão:

Pelo exposto e em conclusão, decide-se negar provimento ao recurso.

Custas pela recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 20 Ucs.

Lisboa, 13 de Julho de 2004

Artur Maurício - Rui Manuel Moura Ramos - Maria Helena Brito - Carlos Pamplona de Oliveira - vencido conforme declaração em anexo. - Luís Nunes de Almeida

DECLARAÇÃO DE VOTO

A norma impugnada – o n. 10 do artigo 26º do Código das Expropriações aprovado pela Lei n.º 168/99 de 18 de Setembro – tem a seguinte redacção:

“10 - O valor resultante da aplicação dos critérios fixados nos n.ºs 4 a 9 será objecto da aplicação de um factor correctivo pela inexistência do risco e do esforço inerente à actividade construtiva, no montante máximo de 15% do valor da avaliação.”

Esta norma ofende claramente o princípio da *justa indemnização* que a Constituição adopta no seu artigo 62º n. 2, pois destina-se a introduzir, sob a capa de “correctivo”, um factor totalmente *arbitrário* de redução do montante indemnizatório, e assim contornar a jurisprudência que este Tribunal Constitucional vinha construindo em torno do conceito de “justa indemnização” acolhido na Constituição (veja-se o aresto citado no próprio acórdão, que é *anterior* à aprovação da norma em apreço).

Face a esta evidência, o acórdão tem – a meu ver – a maior dificuldade em tornar convincente a tese que sufragou, razão pela qual busca apoio argumentativo na situação “de igualdade” daqueles a quem chama “não expropriados”, esquecendo que estes “não expropriados” são, afinal, os intervenientes no livre comércio jurídico que, ao contrário do que se passa na expropriação, intervêm em plena liberdade na decisão de concretizar o negócio e na fixação do preço.

Votei, portanto, no sentido de se conceder provimento ao recurso.

Pamplona de Oliveira

Antes de respondermos mais directamente à questão levantada da constitucionalidade do art. 26.º n.º 10 do Código das Expropriações, tendo em conta os princípios constitucionais plasmados no art. 13.º e 62.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (princípio da igualdade e da justa indemnização), importa expor algumas considerações acerca do conceito de expropriação.

A expropriação, é um dos instrumentos jurídicos ao alcance da Administração, de aquisição de solos (cf. art. 62.º n.º 2 CRP). Mas outros instrumentos existem: os meios *jurídico-privados* (*maxime* contrato de compra e venda e a permuta); o *direito de preferência urbanística* da administração nas transmissões, a título oneroso entre particulares de terrenos e edifícios; a *cedência obrigatória e gratuita* ao município de parcelas de terrenos no âmbito de vários institutos de direito do urbanismo; e a *cedência obrigatória e gratuita* ao município de parcelas de terrenos no âmbito dos sistemas de execução de planos, nomeadamente no domínio do sistema de compensação, e no âmbito dos mecanismos de perequação compensatória dos benefícios e encargos resultantes dos planos¹.

A expropriação consiste na relação jurídica pela qual a Administração, considerando e analisando a conveniência de utilizar determinados bens imóveis com um fim específico de utilidade pública², “*extingue os direitos subjectivos constituídos sobre eles e determina a sua transferência definitiva para o património da pessoa a cujo cargo esteja a prossecução desse fim, cabendo a esta pagar ao titular dos direitos extintos uma indemnização compensatória*”³. Deste modo, a expropriação pressupõe uma extinção de direitos existentes sobre determinados bens, culminando com a transferência destes para um outro património, a fim de nele produzirem maior utilidade pública⁴ – sendo por isso uma forma de aquisição a título originário, e não derivado^{5/6}.

¹ Vd. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I, 3.ª Edição, Almedina, Outubro de 2006, Coimbra, pág.730-736.

² E após uma tentativa não lograda com o particular, de atingir o fim público, designadamente através do direito privado (art. 11.º CE).

³ Cfr MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª Edição, Revista e Actualizada pelo Prof. Doutor DIOGO FREITAS DO AMARAL, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1980, pág. 1020.

⁴ *Idem*.

⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 1 de Outubro de 1992: CJ, XVII, 1992, IV, pág. 242.

⁶ Veja-se a quanto à natureza constitucional do art. 62.º da CRP, o que nos diz o Tribunal Constitucional, “ (...) *no âmbito do direito de propriedade, sendo a matéria de expropriação, por utilidade pública ou particular, um dos aspectos determinantes da caracterização do direito de propriedade como garantia institucional, cabem tais aspectos no âmbito da reserva parlamentar referente aos direitos, liberdades e garantias, visto ser o direito de*

Nas palavras do Professor MARCELLO CAETANO, “*o instituto da expropriação por utilidade pública nasceu do conflito entre o princípio do carácter absoluto da propriedade privada (que é uma das bases da ordem jurídica individualista) e a necessidade de realizar fins sociais de interesse colectivo empregando bens particularmente apropriados*”⁷.

Importa dizer que a expropriação por utilidade pública, não é o acto administrativo. O verdadeiro acto administrativo é a *declaração de utilidade pública*⁸, e nesse sentido, o processo de expropriação acaba por ser um acto de execução da declaração de utilidade pública⁹.

Foi então durante a fase desse mesmo processo, que o expropriado veio a questionar a constitucionalidade do artigo 26.º do Código das Expropriações, respeitante ao *Cálculo do valor do solo apto para a construção*. Este preceito diz-nos no seu n.º 10, que após o cálculo do valor do solo apto a construir (segundo os critérios do n.º 4 a 9 do mesmo artigo), este será *objecto da aplicação de um factor correctivo pela inexistência do risco e do esforço inerente à actividade construtiva, no montante máximo de 15 % do valor da avaliação*, porque no seu entender este violava o disposto no artigo 62.º da Constituição, relativamente ao princípio da igualdade e da justa indemnização.

Importa referir que a existência deste preceito coaduna-se com a ideia de que existem determinados custos inerentes à construção pelo expropriado – caso não existisse a expropriação –, que este suportaria, tais como os da organização, impostos, marketing, etc.¹⁰.

propriedade privada um direito análogo aqueles”, Acórdão n.º 91-0211, de 9 de Outubro de 1992, www.vlex.pt (sublinhado nosso).

⁷ Vd. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Universidade Editora, Livraria Moraes, Lisboa, 1956, pág. 360.

⁸ Nesse sentido, enquanto *acto ablativo*, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, Dom Quixote, 2007, pág. 98º. Como estudamos, é também um acto positivo quanto ao seu conteúdo, mais concretamente um acto de *qualificação de realidades materiais ou jurídicas*, que dá lugar à aquisição de um estatuto jurídico “*por uma coisa, a que podem corresponder direitos ou interesses preventivos ou podem, contrapor-se a direitos ou interesses opositivos dos destinatários*” Vd. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Sumários de Direito Administrativo*, Ano Lectivo 2003/2004, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Centro Regional do Porto, pág. 102;

⁹ Veja-se Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 17 de Abril de 2008, processo n.º 1833/2008-8, “*O acto de declaração de utilidade pública como acto constitutivo da expropriação é o acto – chave deste procedimento, porquanto, em resultado deste os bens do particular ficam imediatamente “adstritos” ao fim específico da expropriação, podendo dizer-se que se verifica uma “conversão” imediata do direito do particular num direito de indemnização*” em www.dgsi.pt

¹⁰ Vd. LUÍS PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Expropriações – Anotado*, 2ª Edição, Almedina, 2000, pág. 102 e ss.

Assim, o legislador entendeu que o processo de avaliação não pode colocar de lado o risco inerente a uma série de despesas que se traduziriam num encargo para o expropriado¹¹.

A expropriação por utilidade pública pode ser efectuada com base na lei¹², mediante o pagamento de justa indemnização cumpridos os requisitos constantes no Código da Expropriações, “(i) *prévia autorização legal*; (ii) *utilidade pública ou necessidade do bem para o fim concreto de utilidade pública reconhecida*; (iii) *proporcionalidade ou proibição do excesso*; (iv) *igualdade*; (v) *justa indemnização*”¹³ – cfr. art. 2.º, 3.º e 23.º do Código das Expropriações.

Como sabemos, a Constituição remeteu para o legislador ordinário a fixação dos critérios tendentes à fixação da indemnização por expropriação, exigindo que esta seja *justa*, observados os princípios materiais da igualdade e da proporcionalidade.

Alegam os Recorrentes, que a norma constante do art. 26.º n.º 10, “*coloca o expropriado numa posição de desigualdade face aos não expropriados*”.

É necessário referir que o princípio da igualdade¹⁴ na sua vertente interna, vem estabelecer a igualdade entre os expropriados¹⁵, sendo que a sua vertente externa – a invocada pelos Recorrentes e expropriados –, pressupõe que a (justa) indemnização não possa ser criadora de uma situação mais vantajosa para o expropriado do que para o proprietário que não foi alvo de expropriação. Nesse sentido, e como afirma ALVES CORREIA, com a expropriação, o particular coloca-se numa posição de desigualdade perante os restantes cidadãos, pois, “*o acto*

¹¹ Vd. ELIAS DA COSTA, Pedro, *Guia das Expropriações por Utilidade Pública*, 2ª Edição, Almedina, 2003, pág 307 e ss

¹² Vd. JJ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2003, pág. 804, “*o princípio da legalidade (com base na lei) não é mais do que a aplicação geral de que as intervenções no âmbito de protecção dos direitos, liberdades e garantias só podem ser estabelecidos por lei (art. 18.º n.º2)*”.

¹³ In Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Março de 2007, processo n.º 01403/02, em www.dgsi.pt

¹⁴ Que vincula a Administração, segundo GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA no sentido da proibição de medidas administrativas portadoras de incidências coactivas desiguais (encargos ou sacrifícios), na esfera jurídica dos cidadãos; na exigência de igualdade de benefícios ou prestações concedidas pela administração; e na autovinculação da administração no âmbito dos seus poderes discricionários, devendo ela utilizar critérios substancialmente idênticos para a resolução de casos idênticos; juntamente com o direito à compensação de sacrifícios quando a administração, por razões de interesse público, impôs a um ou vários cidadãos sacrifícios especiais, violadores do princípio da igualdade perante os encargos públicos; *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pág.345 (4ª Edição Revista, 2007)

¹⁵ Vd. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo n.º 938/2006-7, “*I – O princípio da igualdade entre os cidadãos obriga a que o expropriado não seja penalizado no confronto com os não expropriados*” in www.dgsi.pt

*expropriatório define-se, assim, como uma clara violação do principio da igualdade perante os encargos públicos*¹⁶.

A indemnização a ser paga ao expropriado, deverá ser *justa* no sentido em que a natureza dos solos, aptos ou não para a construção, as culturas, a localização, os acessos, irão ter um papel fundamental no valor a ressarcir¹⁷. Mas esta indemnização não deverá ser interpretada como um “bom preço”, ou um como um “bom negócio”. De facto, ao expropriado é-lhe retirada a chance de participar no tráfego jurídico – eventualmente este poderia nem sequer querer edificar ou construir, limitando-se a alienar o terreno. Neste caso, quem iria suportar os custos inerentes ao marketing, aos impostos, seria o novo proprietário.

Todavia, a natureza da indemnização é qualificada dogmaticamente como uma compensação de um prejuízo sofrido pelo particular, tendo em conta o interesse público, não devendo ser tidos em consideração “*os benefícios alcançados pelo expropriante, mas tão só os danos suportados pelo expropriado*”¹⁸. O acórdão em análise disse-nos que o domínio da relação externa impõe que “*a indemnização por expropriação possua um carácter reequilibrador*”.

Daí ter o Tribunal Constitucional argumentado pela não inconstitucionalidade do referido preceito, por violação do principio da igualdade, porquanto o âmbito de protecção do art. 13.º da Constituição, segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, abrange três dimensões: (1) proibição do arbítrio; (2) proibição de discriminação; e (3) obrigação de diferenciação, “*como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural*”.¹⁹ Foi esta última dimensão, do sentido positivo do principio da igualdade, do tratamento desigual de situações desiguais²⁰, que o tribunal acolheu para não se pronunciar pela inconstitucionalidade do preceito em fiscalização.

Na esteira do referido:

“Quer o n.º 9, quer o n.º 10 do art. 26.º representam factores de dedução no valor anteriormente encontrado, tendo em atenção a construção possível no local expropriado, ficcionando-se o

¹⁶ Vd. FERNANDO ALVES CORREIA, *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra, 1982, pág. 128

¹⁷ Nesse sentido, JJ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...* pág. 805

¹⁸ Vd. ALVES CORREIA, Fernando, *As garantias do particular...* pág. 128

¹⁹ Vd. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa Anotada...* pág. 337

²⁰ Vd.. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora, Janeiro, 2000, pág. 239

seu loteamento e tentando repor o equilíbrio entre quem é e quem não é expropriado. Assim, no primeiro caso, serão deduzidas as despesas com o reforço necessário das infra-estruturas e no segundo, as previsíveis despesas com a operação de loteamento e utilização do capital, que na realidade só existiriam na hipótese de verdadeira construção."²¹.

É necessário dizermos que os princípios da proporcionalidade, da utilidade pública e da *protecção da confiança*²², são omnipresentes nestes casos. Este critério correctivo, exige que não exista uma aplicação fixa e arbitrária dos 15%, sendo este apenas um limite e não um valor de aplicação automática – como e bem salientou PAMPLONA DE OLIVEIRA, no seu voto de vencido.

O montante da justa indemnização, deverá ser nos termos do art. 23.º do CE, o valor venal do bem, isto é, o valor de mercado, que permita abstractamente “*ao expropriado a aquisição de uma coisa de igual espécie e qualidade*”²³. Nesse sentido, entendemos ser aceitável, tendo em conta o princípio da proporcionalidade, a solução do nosso legislador no art. 26.º n.º 10, desde que a justa indemnização, reflecta o valor real do bem, não desvirtuado através deste mecanismo. Compreendemos as reticências de PAMPLONA DE OLIVEIRA, no entanto pensamos que sendo aceite e compreendido o conceito de expropriação, como o acto “*de autoridade que tem como efeito típico a privação e a transferência da propriedade*”²⁴, o particular perde evidentemente a oportunidade de entrar no *livre comércio jurídico*. Aceitado também o interesse na afectação desses bens por parte da Administração, ao particular cabe-lhe uma *justa indemnização* (art. 62.º n.º 2 CRP e 23.º CE), do valor corrente do bem, isto é, aquele que ele “*obteria se o imóvel fosse vendido em mercado livre*”²⁵. Por conseguinte, para existir um verdadeiro valor no mercado livre, é necessário ter em conta determinados critérios, o que fez o legislador.

²¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Junho de 2009, processo n.º4451/06.9TBMTS.P1, em www.dgsi.pt

²² Vd. MARIA LÚCIA AMARAL, *O princípio da igualdade na Constituição portuguesa*, Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2004, págs. 25 e seguintes

²³ Vd. FERNANDO ALVES CORREIA, *As garantias do particular...* pág. 128. O mesmo autor, refere-nos a solução da doutrina alemã, no sentido em que a indemnização por expropriação “*não pode ser entendida como uma compensação de equidade e que uma indemnização que não corresponda ao valor de mercado do bem expropriado contradiz o princípio da igualdade de encargos e é incompatível com a Constituição*”.

²⁴ *Idem*, pág. 77; sendo como afirma o mesmo autor “*um instrumento importante e adequado para a execução dos planos urbanísticos. Só que deve ser utilizada apenas quando um interesse público de natureza urbanística o exigir ou, como nele se refere expressamente, tão-só quando uma tal medida se mostrar necessária*”, in *Manual de Direito do Urbanismo...* págs. 114 e 115

²⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11 de Novembro de 1975, BMJ, 252, pág. 205

O princípio da *justa indemnização*, tal como já afirmou por diversas vezes o Tribunal Constitucional, corresponde a um valor adequado, porquanto deverá permitir ressarcir “o expropriado da perda que a transferência do bem que lhe pertencia para outra esfera dominial lhe acarreta, devendo ter-se em atenção a necessidade de respeitar o princípio da equivalência de valores, de forma a que, nem a indemnização seja irrisória ou meramente simbólica, nem no seu calculo se atenda a valores especulativos ou ficcionado”²⁶.

Faça-se aqui o necessário aparte, relativamente à pronuncia do Acórdão 11/2008 do Tribunal Constitucional, pela inconstitucionalidade do art. 23.º n.º 4 do Código da Expropriações. A norma, dizia-nos que *ao valor dos bens calculado por aplicação dos critérios referenciais fixados nos artigos 26.º e seguintes, será deduzido o valor correspondente à diferença entre as quantias efectivamente pagas a título de contribuição autárquica e aquelas que o expropriado teria pago com base na avaliação efectuada para efeitos de expropriação, nos últimos cinco anos.*

Sendo esta uma norma de natureza mista, inserida no direito fiscal, quanto à sua pressuposição, e no “*direito das expropriações, quanto aos seus efeitos*”, tinha como efeito no nosso entender – e no entender da maioria dos Juízes –, uma diminuição do valor da indemnização a receber pelo expropriado, sem que esta fosse fundamentada por qualquer princípio de justiça, que deve pautar a justa indemnização (art. 62.º CRP). Na prática, esta norma tinha como finalidade, uma cobrança retroactiva das Autarquias, de “*uma prestação totalmente alheia ao acto expropriativo, e às operações de apuramento do valor do bem expropriado, através de um enxerto procedimental, numa arbitrária diminuição do valor da indemnização a pagar, com benefício injustificado para a entidade expropriante*”.

O legislador consagrou como critério o valor venal do bem, porquanto entende-se que tal concepção está relacionada com a tentativa de uma maior justiça na indemnização a conceder ao expropriado. Por isso, e tal como afirmou a referida decisão, citando ALVES CORREIA, e tal como também acima fizemos referência, esse valor de mercado é aquele que melhor cumpre, para o expropriado, o conceito de uma *justa indemnização* no sentido de ser a mais susceptível de “*compensar integralmente o sacrifício patrimonial do expropriado e de garantir que este, em comparação com os outros cidadãos não expropriados, não seja tratado de modo desigual e injusto (em O plano urbanístico e o princípio da igualdade*”, pág. 546, da ed. de 1989, da Almedina)”.

²⁶ Acórdão n.º 89-0173, de 7 de Março de 1990, www.vlex.pt

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE,

- *Sumários de Direito Administrativo*, Ano Lectivo 2003/2004, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Centro Regional do Porto.

ALVES CORREIA, FERNANDO

- *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra, 1982.

- *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I, 3.ª Edição, Almedina, Outubro de 2006, Coimbra.

AMARAL, MARIA LÚCIA,

- *O principio da igualdade na Constituição portuguesa*, Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2004.

CAETANO, MARCELLO,

- *Manual de Direito Administrativo*, Universidade Editora, Livraria Moraes, Lisboa, 1956.

- *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª Edição, Revista e Actualizada pelo Prof. Doutor DIOGO FREITAS DO AMARAL, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1980.

CANOTILHO, JJ GOMES e MOREIRA, VITAL,

- *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2003.

COSTA, PEDRO ELIAS DA,

- *Guia das Expropriações por Utilidade Pública*, 2ª Edição, Almedina, 2003.

MIRANDA, JORGE,

- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora, Janeiro, 2000.

OLIVEIRA, LUÍS PERESTRELO DE,

- *Código das Expropriações – Anotado*, 2ª Edição, Almedina, 2000.

REBELO DE SOUSA, MARCELO e SALGADO DE MATOS, ANDRÉ,

- *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, Dom Quixote, 2007.

Jurisprudência:

www.dgsi.pt e www.vlex.pt

BMJ, 252, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11 de Novembro de 1975

CJ, XVII, IV, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de Outubro de 1992, pág. 242