

Da Maceira-Liz ao Facho Litoral, Valore Mais — 15% Erro na formulação de determinações normativas da ponderação procedimental

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 1/99 (1.ª Secção. Recurso n.º 970/98)

Jurisprudência firmada:

A percentagem de 15% estabelecida na al. b) do n.º 3 do art.º 25 do Código das Expropriações, aprovado pelo Dec-Lei n.º 348/91, de 09 de Novembro — elemento uniformizador de critério de avaliação — perderá a sua fixidez, passando a maleabilizar-se no momento da sua aplicação, a cada caso concreto, de acordo com a avaliação que se faça da “localização e qualidade ambiental” do bem expropriado, visando alcançar a constitucional justa indemnização.

Acordam em plenário das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça:

1 — O Ministério Público junto da Relação do Porto interpôs recurso ampliado de revista — art. 678.º n.º 4 CPC — dada a oposição sobre a mesma questão fundamental de direito proferido no Ac. Relação do Porto, de 12-03-98 — o dos presentes autos — e no Ac. Relação do Porto, no processo 98/97, devidamente certificado, sendo certo que no caso em apreço não é admissível recurso ordinário para o Supremo Tribunal de Justiça, em virtude da jurisprudência uniformizada pelo Ac. S.T.J. n.º 10/97, de 30-05-95, publicado no D.R., 1ª Série-A, de 15-5-97.

Neste decidiu-se:

“O Código das Expropriações, aprovado pelo Dec-Lei n.º 438/91, de 9 de Novembro, consagra a não admissibilidade do recurso para o S.T.J. que tenha por objecto decisão sobre a fixação do valor da indemnização devida”.

E o objecto do recurso circunscreve-se à fixação do valor da indemnização devida, projectada na interpretação da al. b) do n.º 3 do art. 25.º do Dec-Lei 438/91, que aprovou o Cod. das Expropriações.

Nela estatui-se:

“Localização e qualidade ambiental — 15%”.

como percentagem a acrescer — n.º 3 do art. 25.º — à referida no número anterior.

A contradição interpretativa passaria por:

— No Ac. recorrido decidiu-se que aquela percentagem de 15%, para o factor de “localização e qualidade ambiental”, seria uma percentagem fixa.

— No Ac. certificado tal coeficiente “constitui um limite máximo a aplicar de acordo com a valoração que se faça da localização e qualidade ambiental do bem expropriado e não um valor fixo a aplicar em todos os casos”.

2 — O M. Público recorrente nas conclusões das suas alegações afirma, em resumo:

a) É possível aceitar que sejam fixas as percentagens previstas nas alíneas a) a g) do n.º 3 do art. 25.º, na medida em que têm a ver com infra-estruturas físicas

b) O parâmetro inserto na al. b), por ser de natureza variável, terá de receber diversos juízos ou graus.

c) Tudo porque não pode o legislador — art. 9.º n.º 3 CC — valorizar fixamente um factor necessariamente variável.

d) Daí ser de fixar a percentagem de 10%, conforme laudo dos peritos do tribunal.

Pedindo, por isso, a procedência do recurso, com revogação do Ac. recorrido, com uniformização de jurisprudência da seguinte forma:

“A percentagem de 15%, estabelecida na al. b) do n.º 3 do art. 25.º do Código das Expropriações, aprovado pelo Dec-Lei n.º 438/91, de 09 de Novembro, constitui um limite máximo a aplicar de acordo com a valoração que se faça da localização e qualidade ambiental do bem expropriado”.

Não houve contra alegação.

3 — O Exm.º Presidente do Supremo Tribunal de Justiça concordou com o sucinto parecer do relator e determinou o julgamento ampliado.

O Exm.º Procurador-Geral Adjunto emitiu duto parecer na linha do pugnado pelo recorrente.

Colhidos os vistos, cumpre decidir.



4 — A expropriação por utilidade pública é, classicamente, entendida, como a:

“relação jurídica pela qual o Estado, considerando a conveniência de utilizar determinados bens imóveis em fim específico de utilidade pública, 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” — Prof. M. Caetano, Manual, vol. III, 10.ª edição, p. 1020.

Daqui resulta que nela há uma extinção de direitos e uma constituição de um direito novo — Prof. M. Cordeiro, Direitos Reais, 2.º vol., 1979, p. 802.

Há que surpreender como tal se dinamiza.

5 — O art. 1.º do Dec.-Lei 438/91, de 9 de Novembro, que aprovou o Cod. Exp., estatui:

“Os bens imóveis e direitos a eles inerentes podem ser expropriados por causa de utilidade pública, compreendida nas atribuições da entidade expropriante, mediante o pagamento contemporâneo de justa indemnização”.

São, assim, pressupostos de legitimidade de expropriação:

- O princípio da legalidade
- O princípio de utilidade pública
- O princípio de proporcionalidade
- A justa indemnização.

Esta justa indemnização é a garantia económica que o art. 62.º da Constituição — o cerne da presente questão — concede ao direito de propriedade.

No n.º 2 deste art. 62.º estatui-se:

“A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização”.

A indemnização constitucionalmente qualificada de “justa” é, assim, pressuposto de legitimidade do exercício do direito do expropriante, “elemento integrante do próprio conceito de expropriação” — Dr. Alves Correia, Garantia do Particular ..., p. 156. O Tribunal Constitucional tem considerado que o direito à justa indemnização se traduz num direito fundamental de natureza análoga às dos direitos, liberdades e garantias, pelo que as suas restrições deverão limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos — Ac. 131/88, publicado em 29/6; 52/90, de 30-3-90, Bol. 395, p. 91 e 210/93, de 16-3-93, Bol. 245, p. 160.

Neles consignaram a correcta ideia no sentido de o legislador constitucional — não tendo estabelecido critérios concretos integradores do conceito de “justa indemnização”, deixando essa tarefa ao legislador ordinário — veio impor a este, como directiva, o respeitar sempre a observância dos princípios materiais da Constituição de igualdade e de proporcionalidade.

Paralelamente — Prof. G. Canotilho e V. Moreira, na Constituição da República Portuguesa Anotada, em comentário ao referido art. 62.º, n.º 2, da Constituição.

Princípio da igualdade de cidadãos perante os encargos públicos frente à expropriação: perda patrimonial emergente da expropriação ser equitativamente repartida entre todos os cidadãos.

Igualdade perspectivada sob dois ângulos: relação interna por forma a igualar tratamentos entre os expropriados; e relação externa, visando tratamento jurídico não desigual entre expropriados e não expropriados.

Nesta linha já no Assento do S.T.J. de 22-11-95, sob o seu n.º 14, se escrevia que a indemnização “será justa se respeitar os princípios materiais da Constituição da igualdade e proporcionalidade”.

E paralelamente — Prof. M. Cordeiro, ob. cit. p. 804.

Igualdade tradutora de uma igualdade social efectiva, no sentido axiológico-jurídico, “conectado com a Justiça” — na expressão de Del Vecchio.

Aqueles assinalados dois princípios serão o eco de “cláusulas gerais políticas”, potenciando assegurar os objectivos últimos do sistema.

Em plena recepção de valores éticos e sociológicos e daí de origem extrajurídica.

As cláusulas gerais, oriundas dos Digesta “*clausula generalis*” apresentam-se como verdadeiros “órgãos respiratórios do sistema”, como regulação de comportamentos, que permitem ao juiz realizar uma justiça materialmente fundada. Desta forma a “justa indemnização” será cláusula “indeterminada e normativa” na linguagem de Engisch, aplicável a um número incerto de casos, pensamento formulado pela recepção de alguns casos típicos, base que permite ao aplicador do direito a sua individualização, ao preencher, no concreto, definindo os seus contornos, a sua congénita generalidade e elevado grau de abstracção.

É na aplicação do direito, no jogo do binómio “vinculação e liberdade” que se vai esvaziando a sua indeterminabilidade.

6 — Surpreende-se, assim, uma interdependência, uma sinalgmaticidade entre expropriação e o pagamento de justa indemnização — Dr. Osvaldo Gomes, *Expropriações*, 1997, p. 145.

Tudo em afloração do princípio da protecção jurídica, que ornamenta o Estado de Direito, atribuindo indemnização total ou integral ao garantir ao expropriado uma compensação plena de perda patrimonial, que lhe foi imposta e por si sofrida, a ser equitativamente repartida entre os cidadãos, compensação que se traduz em colocar o expropriado na posição de adquirir outro bem de igual natureza e valor.

Só assim o expropriado, que começou por ser colocado numa posição de desigualdade perante os restantes cidadãos, consegue obter a justa compensação pelo especial sacrifício, que lhe foi imposto.

O acto expropriatório, apresentando-se, desta forma, como violador do princípio da igualdade perante os encargos públicos, será posteriormente compensado com a obrigação de indemnizar justamente.

Esta obrigação emerge de conduta lícita do agente: aquilo que a literatura italiana designa por “dano antijurídico”.

Mas ela é diferente do dever de indemnizar emergente de responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

Com efeito, a “justa indemnização” não visa compensar o benefício alcançado pelo expropriante, mas ressarcir o prejuízo que para o expropriado advém da expropriação, medida pelo valor do bem expropriado, fixado por acordo ou determinado objectivamente pelos árbitros ou por decisão judicial, tendo em consideração as circunstâncias e as condições de facto existentes à data da declaração de utilidade pública — n.º 2 do art. 22.º do Dec.-Lei 438/91, de 9 de Novembro.

Não se trata, pois, de uma verdadeira indemnização, “uma vez que não deriva do funcionamento do instituto da responsabilidade civil” — Prof. M. Cordeiro, Parecer, CJ XV, 90, tomo V, p. 25.

A compensação integral representa o valor de mercado, venda ou de compra e venda do bem expropriado, como valor “normativamente entendido” — na linguagem alemã — Ac. Trib. Const. 210/93, atrás citado — no sentido de “valor mercado normal ou habitual”. E, por isso, não especulativo.

Valor sujeito a correcções ditadas pela exigência de justiça que, assim, pode ser diverso do resultado do jogo da oferta e da procura. É o acolhimento da teoria da substituição.

7 — Foi tendo presente este quadro constitucional que o legislador de 91 corrigiu o de 76, afastando disposições aqui tidas por inconstitucionais.

Desta forma, a al. e) do art. 2.º da Lei 24/91, de 16 Julho, que autorizou o governo a legislar sobre esta matéria, impunha: “Consagração da *Justa Indemnização* devida por expropriação por utilidade pública, a qual visa ressarcir o prejuízo que para o expropriado advenha da expropriação, sendo a indemnização calculada, nomeadamente, em função do bem expropriado e da aptidão do solo, tendo em consideração as circunstâncias e as condições de facto existentes à data da declaração de utilidade pública de expropriação”.

Assim, para o efeito do cálculo da indemnização por expropriação, o legislador de 91 — art. 24.º — classificou o solo em: a) apto para construção b) apto para outros fins.

O douto Ac. recorrido classificou — definitivamente — o solo em apreço, como apto para construção.

8 — Entremos, pois, de pleno na interpretação do art. 25.º, que trata do cálculo do valor de tal solo.

Pelo seu n.º 1, o valor do solo apto para a construção calcula-se em função do valor provável daquela que nele seja possível efectuar de acordo com as leis e regulamentos em vigor, num aproveitamento economicamente normal, à data da declaração de utilidade pública, devendo ter-se em conta a localização e a qualidade ambiental.

Apontando para o “valor da construção”, enquanto que no Cod. de 76 — art. 33.º, n.º 1 — se referia ao “custo provável de construção”, está a seguir o critério do “valor corrente do mercado”, critério que é seguido pela quase generalidade dos ordenamentos jurídicos — ver Dr. Alves Correia, ob. cit. p. 129 — com referência aos direitos espanhol, italiano, francês e alemão.

Determina, logo no n.º 2, que, num aproveitamento economicamente normal, o valor do solo apto para construção deverá corresponder a 10% do valor da construção, no caso de dispor apenas de acesso rodoviário, sem pavimento em calçada, betuminoso ou equivalente.

Só que depois no seu n.º 3 estabelece acréscimos percentuais, que podem atingir 34%, escalpelizados em índices valorativos do terreno frente às características próprias de cada caso, distribuídos pelas alíneas a) a b).

9 — Discute o Dr. Osvaldo Gomes, ob. cit. p. 197, se há ou não arbitrariedade na fixação daquelas alíneas.

Não concorda com a relatividade de atribuição das percentagens nelas inseridas.

Afirma que se a pavimentação — al. a) — e as redes de águas — al. b) — e de energia eléctrica — al. d) — estão valoradas em 1%, não se pode justificar a valoração de 1,5% à rede de saneamento — al. c) — e de 2% à estação depuradora e à rede distribuidora de gás — als. f) e g) — em face da carência de saneamento básico e de a rede distribuidora de gás só existir em áreas restritas do país.

Mas a sua sensibilidade jurídica fica chocada com o facto de a al. b) — a que nos directamente interessa — fixando o limite “rígido” de 15% para a “localização e qualidade ambiental” poder impedir, em alguns casos, que o dano sofrido pelo expropriado seja integralmente ressarcido.

Desta forma, o analisado art. 25.º, n.º 2 e 3, fixando máximas percentuais iguais para todos os casos “rigorosos e inultrapassáveis”, impede que se atinja a justa indemnização.

Por isso sustenta a sua inconstitucionalidade, por violação dos art. 62.º, n.º 2, e 13.º, n.º 1, da lei fundamental.

10 — Debrucemo-nos mais de perto na interpretação da discutida al. b).

O douto Ac. recorrido, na esteira do julgado em 1.ª instância, decidiu que os aí assinalados 15% referidos à “localização e qualidade ambiental” são fixos e daí não graduáveis.

Fundamenta-se no facto de “não dizer a lei que a localização e qualidade ambiental valem até 15%, sendo certo que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados — art. 9.º, n.º 3, do Código Civil”.

Agarra-se aqui à intencional significatividade e à lógica de não se ter inserido a preposição “até”.

Parte certamente de um tecnicismo de linguagem, por o direito ser formulado por juristas, próprio dos Cód. Civis Português e Alemão e não já do Suíço.

A racionalidade de semelhante julgamento é analítico-linguística, dedutivista e de carácter semântico.

Dá prioridade ao teor literal. Daí toda a sua fragilidade. Com efeito, a letra da lei só tem valor heurístico e não normativo.

É acompanhado pelos Ac. da Relação do Porto de 3-12-96 — Proc. 991/96; de 13-1-97, Proc. 1067/97, e de 3-2-97, Proc. 1147/96, como consta do Parecer do M. Público — fls. 172.

E na doutrina pelo Dr. Melo Ferreira, C.E. Anotado, 1997, p. 85, “A letra da lei, neste caso concreto, não permite outra interpretação, os 15% pela localização e qualidade ambiental são um factor fixo e não gradativo”.

E pelo Dr. Osvaldo Gomes, ob. cit., p. 197, “a fixação de limites rígidos nas diversas alíneas, nomeadamente de 15% para a localização e a qualidade ambiental...”

Ex adverso, o Ac. em oposição, decidiu “que a percentagem de 15% referida na al. b) do n.º 3 do art. 25.º do C.E. constitui um limite máximo a aplicar de acordo com a valoração que se faça da localização e qualidade ambiental do bem expropriado e não um valor fixo a aplicar em todos os casos”.

Decidiram semelhantemente os Ac., também da Relação do Porto, de 6-12-94; de 4-5-95; 29-6-95; 21-11-97, 20-11-97 e da Relação de Lisboa de 29-3-98.

No mesmo sentido opina Dr. Perestrelo de Oliveira, Código das Expropriações, 1992, p. 93, em comentário ao art. 25.º em análise.

11 — A interpretação dogmática, pressuposto de um sistema jurídico dogmático — direito como ordem só objectiva — filtrada por uma dimensão hermenêutica, como condição de possibilidade de compreender o texto legal, visava veicular o pensamento dirigido à sua compreensão e interpretação, dentro de determinado círculo.

Apoiava-se em elementos que não tinham entre si prevalência hierárquica, abstractamente, mas que para a solução do caso concreto seria o que efectivamente potenciava uma maior força argumentativa, o que significaria o seu carácter tópico — Coing, Esser e Zippelius.

Está ultrapassada. Hoje “a linha de orientação exacta só pode ser, pois, aquela em que as exigências do sistema e de pressupostos fundamentos dogmáticos não se fechem numa auto-suficiência, a implicar também a auto-subsistência de uma hermenêutica unicamente explicitante, e antes se abram a uma intencionalidade materialmente normativa que, na sua concreta e judicativo-decisória realização, se oriente de certo por aquelas mediações dogmáticas, mas que ao mesmo tempo as problematize e as reconstitua pela sua experimentação concretizadora” — Prof. C. Neves, Metodologia, 1993, p. 123.

Na interpretação estão, assim, presentes as duas grandes coordenadas da realização jurídica: o sistema e o problema.

A certeza do direito e a segurança jurídica são valores superiores e traves mestras que pautam a realidade normativa geral e abstracta. No direito normal apura-se o interesse tutelado, a *ratio legis*, aferidos os valores.

Mas o que as partes querem é a Justiça, ao seu caso concreto, o que não é, necessariamente, coincidente com aquele valor.

Aqueles válidos princípios não podem impor-se com sacrifício das elementares exigências do “justo”.

Por isso, agora, no direito judiciário, na aplicação do direito ao caso concreto, há que alargar o campo de sensibilidade axiológica de direito ao facto concreto, com características naturalísticas, históricas, sociológicas e culturais próprias, numa apreciação dialéctica do facto à norma. Indutivamente.

É, pois, sempre o Direito, em conjunto, que se aplica. “O direito será um contínuo problemáticamente constituendo” — Prof. C. Neves, Rev. Leg. e Jup. ano 131, p. 11: “dialéctica entre sistema e problema num objectivo judicativo de realização normativa”.

Tal impõe que a “*ratio legis*” se dialectize e se veja superada pela “*ratio iuris*”.

A hermenêutica será um normativo encontrar o direito em concreto.

E a jurisprudência — e com maior relevância, a uniformizadora — como ciência interpretativa, encerra em si pensamento normativo de realização do direito, correspondente às expectativas prático-sociais dos sujeitos, realizando o direito na solução do caso concreto com a consciência jurídica geral, com as expectativas jurídico-sociais de validade e justiça.

Só, assim, a Justiça será o fundamento necessário da interpretação jurídica.

Com efeito, a solução injusta no resultado não pode ser entendida como vontade da lei — art. 9.º, n.º 3, CC.

Por isso desde Esser e Zippelius, o primeiro índice a observar na interpretação circunscreve-se às valorações expressas pelo legislador constitucional: sentido de cada norma em referência ao “ordenamento jurídico global”, na expressão de Englisch. Ou seja, há que interpretar a norma em referência à unidade do sistema jurídico — art. 9.º, n.º 1, CC —, frente ao “princípio da coerência valorativa ou axiológica da ordem jurídica” — Dr. Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, p. 191.

Unidade intrinsecamente coerente a ser interpretada em projecção da ideia de Direito, tradutora de uma concebida ordem social justa, que a fundamenta.

E o legislador constitucional valorou a indemnização devida ao expropriado de “justa”, com os parâmetros atrás assinalados. Sempre a respeitar.

12 — O legislador de 91, sensível às aludidas decisões do Tribunal Constitucional, no que concerne ao direito à “justa indemnização” (basta ler o preâmbulo do Dec. Lei 438/91), procurou veicular a indemnização, tida constitucionalmente, como “justa”, através de mecanismos de avaliação do solo expropriado apto para construção, no caso em apreço.

Tendo, como denominador comum, sempre “em consideração as circunstâncias e as condições de facto existentes à data da declaração de utilidade pública” — n.º 2 do art. 22.º

A versatilidade destas circunstâncias e condições determina, necessariamente, que os mecanismos de avaliação sejam maleáveis, adaptáveis.

Daí que os tivesse maleabilizado através das diferentes alíneas do n.º 3 do art. 25.º, sendo certo que umas podem encerrar em si um maior campo de elasticidade. Decisivamente é o caso da al. b).

Pretendeu dar ao julgador um método de uniformização de critérios de avaliação, para que os expropriados não corressem o risco de serem sujeitos a critérios diversos.

Mas não teve por objectivo limitar a indemnização, como sucedia nos art. 30.º, n.º 2, e 33.º, n.º 1, do anterior CE de 76 “não poderá exceder”.

Estes sim feridos, por isso, de inconstitucionalidade.

Na sua elasticidade visou uma igualação da situação concreta frente às demais expropriações.

E pretendeu garantir, por outro lado, que a indemnização a fixar não entre em desequilíbrio com a fixar para um não expropriado.

A meta é, como anteriormente vimos, uma “compensação séria e adequada”, “correctiva de qualquer facto especulativo que mine o mercado”. Tudo trabalhado indutivamente.

Para o Dr. Perestrelo de Oliveira, ob. cit. p. 93, “Essas percentagens são, antes, referenciais para os peritos, configurando um padrão de cálculo não necessariamente vinculante”.

O legislador de 91 traçou, desta forma, “momentos racionais e de objectividade”, na linguagem do Prof. Mota Pinto, Teoria Geral, p. 45, como via a seguir pelo tribunal para adequar a justiça concreta ao valorado pelo legislador.

13 — Impõe-se concluir que é o valor “Justiça” — justiça comutativa — pautada pelos princípios constitucionais de proporcionalidade e igualdade, que fundamenta a interpretação da al. h), em apreço, no sentido da sua elasticidade, atentas as características específicas de cada caso concreto, visando uma indemnização integral, a adequada reconstituição da lesão patrimonial infligida ao expropriado. E daí “justa”.

O núcleo normativo, fixo e determinante do conceito-cláusula “justa indemnização”, fundante da “estrutura óssea” da ordem jurídica e caução da sua estabilidade, é alargado na viabilização da sua concretização para uma área difusa e discutível, que o legislador de 91 achou por bem drená-la por índices orientadores e necessariamente maleáveis, sob pena de se negar logicamente a sua congénita indeterminação.

Tal está integralmente respeitado no art. 25.º do Dec.-Lei 438/91, em plena recepção da “ratio iuris” do sistema.

Em concretização da função estabilizadora do Direito, garantindo a continuidade da vida social e os direitos e expectativas legítimas das pessoas.

Nesta abertura do sistema, na sua dinamização, assenta o actual papel de Direito como instrumento de modelação da sociedade pluralista.

Garantindo e facilitando a missão de julgar, consistente na descoberta de uma decisão justa e justificada pela lei, segundo o Direito em vigor.



14 — Para efeitos da L.B.A. — art.5.º, n.º2 a) “ambiente” é o conjunto de sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida dos homens. São componentes do ambiente o ar, a luz, a água, o solo vivo e o subsolo, a flora e a fauna — art. 6.º

Estamos perante realidades fácticas complexas integradoras daquele conceito. As múltiplas coordenadas fácticas em que se desdobra o factor “ambiente” terão de ser protegidas, indutivamente, pela norma com a necessária elasticidade, para que o Direito se realize justamente — art. 9.º, n.º 3, CC.

Só que o douto Ac. recorrido, na esteira do decidido em 1.ª instância, julgando que a percentagem referente à “localização e qualidade ambiental” inserta na al. b) do n.º 3 do art. 25.º do C.E. é fixa em 15%, acabou, quanto a tal, por não apreciar e valorar a matéria de facto.

Não sendo aquela percentagem fixa, como não é, a matéria de facto terá de ser previamente apurada e surpreendida, quanto a este ponto, tendo ainda em consideração, não só os relatórios dos Srs. peritos — fls. 82 e 83 — como também as realidades fácticas complexas integradoras do conceito de “ambiente”.

15 — Termos em que, concedendo a revista, acordam no S.T.J.:

a) Firmar jurisprudência, nos termos seguintes:

“A percentagem de 15% estabelecida na al. b) do n.º 3 do art. 25.º do Código das Expropriações, aprovado pelo Dec-Lei n.º 348/91, de 09 de Novembro — elemento uniformizador de critério de avaliação — perderá a sua fixidez, passando a maleabilizar-se no momento da sua aplicação, a cada caso concreto, de acordo com a avaliação que se faça da “localização e qualidade ambiental” do bem expropriado, visando alcançar a constitucional justa indemnização”.

b) Ordenar a descida dos autos ao Tribunal da Relação do Porto para apuramento da matéria de facto que constitua base suficiente para integrar decisão de direito, em face da jurisprudência agora firmada.

Custas a final.

Lisboa, 12-01-1999

Comentário

1. Da legislação errante ...

O legislador do Código das Expropriações de 1991 (CExp) enfatizou preambularmente que fazia sua a consideração do apurar a “justa indemnização” como problemática central da expropriação por utilidade pública. Pelo que tal matéria não poderia deixar de receber um tratamento mais sensível e apurado segundo os princípios da legalidade, igualdade e proporcionalidade (a atender nos respectivos subprincípios ou dimensões)¹ — distinto relativamente à revogada codificação.

Acolhendo expressivamente a doutrina do Tribunal Constitucional², o art. 22.º/2 do CExp exige que para a fixação da justa indemnização se tenham em consideração as “circunstâncias e as condições de facto” do bem expropriando.

Em sequência, o art. 25.º manifesta sensibilidade semelhante à da atinente jurisprudência constitucional pretérita, apesar de manter um procedimento avaliador semelhante ao do art. 33.º do anterior código. Por seu lado, o princípio procedimental geral de cálculo do valor do solo apto para construção inserto no n.º 1 deste art. 25.º, acolhe uma relevante linha da sensibilidade desta codificação ao terminar precisamente prescrevendo que deve “ter-se em conta a localização e a qualidade ambiental”.

Sublinhamos que para este procedimento as três distintas referências materiais positivadas são: 1.º — o valor provável da construção legalmente possível³ ou o valor da construção existente (a qual, com autonomia jurídica do solo, será de ocorrência residualmente possível); 2.º — o aproveitamento economicamente normal⁴; e, 3.º — a localização e a qualidade ambiental.

Em sequência, o artigo apresenta determinação normativa quantitativa (por relacionamento percentual) para o apuramento do valor do solo que não seja acompanhado das infra-estruturas que o seque n.º 3 elenca.

Dado não se poder entender como infra-estrutura a “localização e qualidade ambiental”, terá que interpretar-se o n.º 2 extensivamente de modo a nele ter em conta a localização e a qualidade ambiental. No n.º 3 do art. 25.º, distinga-se: 1.º — a apresentação de mais nominadas determinações normativas para a ponderação avaliadora [alíneas *b)* a *g)*]; 2.º — o fixarem-se quantitativamente os valores destas determinações e das nomeadas anteriormente⁵.

O legislador, erradamente, conglomerou no n.º 3 o jânico factor “localização e qualidade ambiental” numa lista na qual todos os outros elementos comungam de uma homogeneidade que os faz definir como infra-estruturas urbanísticas, em manifesta disparidade com a natureza daquele: pela consistência material ou substantividade (da infra-estrutura) face à qualidade ou adjectividade (do valor localização e qualidade ambiental); pela susceptibilidade de alteração radical face à, apenas, susceptibilidade de evolução gradual⁶, e, pela longa consistência temporal face à alterabilidade e volatilidade (da não existência de, p.ex., rede distribuidora de energia eléctrica à sua existência vai o salto momentâneo da sua ... inauguração; de uma má qualidade ambiental a uma boa qualidade ambiental pode transcorrer ... uma eternidade); pela comerciabilidade das utilidades (da infra-estrutura) face à inexistência de suporte material, inindividualizabilidade e intransferibilidade de utilidades em sede de qualidade ambiental⁷ e localização⁸.

As consequências desta positivada confusão não são isentas de implicações, é que a lista (*rectius*: as determinações do n.º 2 e sobretudo do n.º 3) é de determinações quantitativas; assim, designadamente se o último factor (localização e qualidade ambiental) não constasse da mesma lista nos mesmos termos que os demais: *a)* seria (mais) fácil chegar a diverso resultado hermenêutico (as infra-estruturas com determinações quantitativas de valor fixo⁹ e este factor sem quantificação ou com determinação normativa quantitativa mas referencial, paramétrica, ou não rígida); *b)* a taxatividade das determinações é muito mais difícil de superar (para obedecer ao preeminente princípio da justa indemnização) quando são apresentadas nos termos da redacção actual do n.º 3 (sobre o n.º 2 nos seus 10%), em vez de apresentação da determinação normativa “localização e qualidade ambiental” em termos evidenciadores de conceito dúplice, com grande grau de indeterminação e com peso relativo vinculado distintamente superior. Por seu turno o art. 27.º prescreve determinações para o cálculo do valor de “edifícios ou construções”¹⁰; valor este de primeira referência mas com as respectivas determinações de cálculo apresentadas sem os escolhos de quantificação aparentemente rígida como no art. 25.º — embora sem quaisquer preeminência e parametrização ou padronização absoluta ou relativa¹¹. Introduce sim o factor “localização e ambiente envolvente” de acordo com a caracterizante directriz de sensibilidade ecológica.

2. ... Às erráticas doutrina e jurisprudência

2.1. Da doutrina citada no Acórdão

Devendo cinjir-nos à doutrina de referência do ponto central objecto do Acórdão mote, note-se que volvidos mais de seis anos mantinha-se convictamente¹² interpretação (dita gramaticalista por orientação contrária) segundo a qual os 15% seriam inalteráveis, fixos. Melo Ferreira ilustra a sua orientação com o absurdo de uma formulação pericial de sentido oposto: “Os Peritos (*de um processo de expropriação que correu em Oliveira de Azeméis*) entendem que, contrariamente ao alegado pela Expropriada, se trata da percentagem máxima utilizável, podendo variar de 1 a 15% ...

Consequentemente pensam que não pode deixar de tratar-se de um lapso de redacção do Código, ou, mais provavelmente, de um lapso tipográfico". Pelo que entende este autor que "O intérprete não pode concluir sem mais, que se trata de uma gralha de impressão (...pois neste caso o legislador) já a teria rectificado. E porque é que só esta seria gradativa? (...) Só se poderia chegar ao resultado defendido pelos senhores peritos (...) se se utilizasse uma interpretação correctiva (...) inadmissível face ao artigo 9.º". Ora noutros termos, diríamos em aproximação a esta orientação: *a)* Expressamente não distinguindo a lista do n.º 3 do artigo o seu último elemento, não o poderá distinguir pela literalidade o intérprete, apresentando-o como gradativo ao invés dos primeiros; *b)* a lei não aponta valores paramétricos mas um só em cada alínea; *c)* muito menos a lei em algum lugar sequer sugere um intervalo de 1% a 15% — porque é que o inferior não deveria ser 0%?; *d)* a lei não indicia por qualquer elemento gramatical que qualquer das percentagens seja um padrão ou um referente base; *e)* se tivesse havido *lapsus calami*, deverá reparar-se que o decurso de seis anos da publicação é ... muito tempo; *f)* sendo assim, restará ao intérprete uma interpretação restritiva da força vinculativa da determinação normativa no que tange ao elemento quantitativo; *g)* e se esta interpretação não conseguir a permissão de um entendimento paramétrico ou referencial para as quantificações, então fechar-se-á o subcículo hermenêutico com o alcance legalmente admitido. Mas não se terá estado até aqui a obnubilar a totalidade compositiva dos clássicos factores hermenêuticos, desde logo, e a sobrestimar a primazia relativa da literalidade racional da norma directa? — primazia relativa que apesar de tudo a esta deve ser reconhecida dada a revelação expressa, certeza jurídica, presunções de justiça e de expressão adequada propiciadas pela sua positividade.

Transportemo-nos agora à(s) orientação(ões) doutrinal(is) não fixista(s) pelo Acórdão referida(s). Doutrina não fixista ou não rigidista sempre foi defendida¹³, designadamente apontando que "Essas percentagens são, antes, referenciais para os peritos, configurando um padrão de cálculo não necessariamente vinculante"¹⁴. Mas da interpretação de Perestrelo de Oliveira, vejamos: *a)* face à prescrição de um único valor para cada factor valorativo, terá mesmo querido significar que além de cada um destes valores não "ser fixo" poderá ainda não ser "vinculante"?; *b)* se o preceito legal visa "uniformizar o critério de avaliação dentro de parâmetros relativamente elásticos", onde estão estes parâmetros de cada factor?; *c)* se "os objectivos do artigo excluem que as percentagens nele referidas funcionem como barreira na determinação do valor dos solos aptos para construção", esta preocupação negatória significa que exclui a interpretação destes como limites máximos conforme depois se desenvolveu a segunda corrente jurisprudencial, conclui-se não ter o autor defendido também a primeira das duas que segundo o Acórdão têm vindo a ser afirmadas; *d)* é correcto que "a ponderação de um caso concreto pode levar a concluir que as características particulares do solo apto para construção a avaliar o coloquem fora da normalidade", mas diversamente, ao que o artigo não se opõe é à consideração da anormalidade do aproveitamento económico do dito solo; *e)* e aqui liga o mesmo autor, em sustentação do Acórdão do STJ de 1967.03.31, que os "índices orientadores da fixação do valor real não prejudicam a liberdade de apreciação do avaliador e por maioria de razão, do julgador de facto", contudo esta meritória interpretação está contextualizada e reportada a uma ordem jus-valorativa e a uma formulação legal diversa pretérita.

Desta plural orientação contra-gramaticalista, a segunda referência doutrinal¹⁵ do Acórdão, é de Osvaldo Gomes que sublinha: *a)* o valor do terreno pode até ultrapassar o valor da construção — o que entendemos verificável — tem contudo consequência estilhaçante para a quantificação; *b)* apesar de defender que devem ser computadas como existentes quando tal de facto não suceda (terá em consequência, assim, aqui, a expropriação natureza sancionatória para a ... Administração —

interpretamo-lo bem?) defende ao mesmo tempo que há violação dos princípios da igualdade e da justiça (e portanto inconstitucionalidade) das alíneas c) e g) com fundamento em que há “grande carência de redes de saneamento com colector” e “redes distribuidoras de gás só existem em áreas restritas do país” — o que pese embora ser factual não se coaduna muito bem com a defesa pelo autor das percentagens como fixas apenas enquanto “limites máximos” (a propósito não explicita o seu entendimento quantitativo do limite inferior); c) entende que o limite máximo rígido para a localização e qualidade ambiental é particularmente grave¹⁶; d) mais entende mesmo que todos os positivados limites máximos são “completamente arbitrários”; e) pelo que defende a declaração da respectiva inconstitucionalidade por violação do princípio da justa indemnização e do da igualdade (interna e externa) ínsitos nos sempre chamados artigos 62.º/1 e 13.º/1 da CRP. Duas notas finais porque não introduzidas: não fundamenta o autor a sua interpretação das percentagens como valores máximos; e, aponta levemente e sem retirar alargadas consequências, a sua acertada referência à necessidade de consideração própria na valoração, às faculdades de gozo do bem.

2.2. Da jurisprudência do Acórdão: “de duas ... a quarta”

Segundo o Acórdão este propunha-se uniformizar jurisprudência. Nos seus próprios termos “A contradição interpretativa passaria por:

— No Ac. recorrido decidiu-se que aquela percentagem de 15%, para o factor de “localização e qualidade ambiental”, seria uma percentagem fixa.

— No Ac. certificado tal coeficiente “constitui um limite máximo a aplicar de acordo com a valoração que se faça da localização e qualidade ambiental do bem expropriado e não um valor fixo a aplicar em todos os casos”: O Acórdão no seu ponto 10 acolhe o defendido por Osvaldo Gomes como acompanhando o Acórdão recorrido na primeira tese (de que as percentagens — os 15% em especial — “são fixos e daí não graduáveis”). Ora até noutros incisos do mesmo é referido que o defendido pelo autor é que 15% é o rígido limite máximo, do que retiramos que defende: graduabilidade até 15%¹⁷. Assim, o facto é que as palavras de O. Gomes dizem defender o conteúdo da segunda e não o da primeira orientação.

Depois o Acórdão acolhe o defendido por Perestrelo de Oliveira dizendo que este opina no mesmo sentido do acórdão certificado.

E a sintagmática de P. Oliveira não defende nenhuma das duas mas uma terceira segundo a qual as percentagens são referentes porque reduzíveis e ultrapassáveis (vai até mais longe admitindo a sua não necessária vinculatividade)¹⁸.

Finalmente (para sermos breves) o Acórdão firma jurisprudência ainda num sentido diverso dos três anteriores. Pois o que firma textualmente como jurisprudência uniformizada é:

1.º — A percentagem é fixa, (“perderá a sua fixidez”, e, “passando a maleabilizar-se”).

2.º — Depois será variável, (“passando a maleabilizar-se no momento da sua aplicação, a cada caso concreto”). Após doze acórdãos quase igualmente repartidos entre duas (no mínimo lógico) orientações esperava-se menos tergiversante, mais distinta, adequação da interpretação uniformizadora aos princípios que determinam a observância da justa indemnização.

Resumindo e concluindo

A ponderação é fenomenologia não exclusiva do ordenamento do território ou da planificação urbanística, é manifesto que tem papel relevante em praticamente todos os acontecimentos jurídicos materiais, processuais e procedimentais. Sempre que não se apresente um valor, bem ou interesse jurídico inequivocamente excludente ou prevalente sobre outros, há que ponderar.

A ponderação supõe uma liberdade (uma função de reconhecimento de uma habilitação para graduar ou hierarquizar valores, bens e/ou interesses relevantes) e impõe uma vinculação geral (no exercício daquela liberdade vincula logo uma justa sopesagem)¹⁹.

A razão para a frequência da solicitação do princípio geral da ponderação está na sua flexibilidade intrínseca, especialmente necessária no planeamento urbanístico, mas também paradigmática no procedimento expropriatório. Na planificação, caracteristicamente, os interesses encontram-se interdependentes, em entrelaçamento de tal modo que quando se intervém gera-se uma dinâmica de plúrimos efeitos alterando a relação ou equilíbrio entre vários interesses de naturezas comuns e/ou diversas. Foi precisamente a distinção entre a estrutura bipolar²⁰ dos interesses na ponderação expropriatória e a estrutura de entrelaçamento (*Bindelung*) dos mesmos na ponderação planificatória dada por jurisprudência de sentença de 1969.04.30 do Tribunal Administrativo Federal da então RFA que inspirou a primeira doutrina aqui discernidora (*planerische Abwägung vs. nachvollziehende Abwägung*)²¹.

Ora aquela flexibilidade deve ocorrer após uma normativa sensibilidade no critério amplo do acolhimento do material a ponderar (*Zusammenstellung des Abwägungsmaterials*)²². Ou seja, no procedimento expropriatório, se chamarmos aqui em analogia a substância da marcante sentença de 1979.11.09 do mesmo tribunal alemão,²³ devem ter-se em conta os interesses relevantes, sendo estes os: não insignificantes; cuja potencial lesão seja provável; e, que sejam objectivamente reconhecíveis como relevantes para a ponderação (no procedimento expropriatório, no caso).

Também a superior jurisprudência constitucional portuguesa tem sido particularmente sensível à ponderação expropriatória considerando inconstitucionais quer a taxatividade dos factores quer a rigidez do respectivo peso ponderatório.

Considerou, em declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art. 30.º/1 do anterior Código das Expropriações²⁴, de ilegítimo o afastamento da “possibilidade de se considerarem (...) factores susceptíveis de ocasionar um acréscimo do valor do prédio”.

Assim, estamos em condições de concluir que:

- 1) O n.º 3 do art. 25.º do CExp não pode ser interpretado sem conjugação com o n.º 1 e o n.º 2, e, especialmente, com o n.º 2 do artigo 22.º;
- 2) Assim, a formulação das determinações normativas para a ponderação procedimental pode ser taxativa;
- 3) Mas não afasta a consideração de outros factores-interesses em concreto relevantes para cada procedimento expropriatório, de acordo com o art. 22.º *in fine*;
- 4) As percentagens do n.º 3 do art. 25.º não se apresentam clara nem distintamente quanto aos seus valor e força vinculativa porque erroneamente formuladas;
- 5) Estas, tendo em conta o elemento sistemático, não são nem parâmetro superior, nem valor fixo;
- 6) São sim determinações normativas quantitativas (apenas) de referência, mas vinculativas;
- 7) A determinação “localização e qualidade ambiental” é um preceito de optimização da qualidade ambiental distinto das determinações anteriores relativas a infra-estruturas. É um dúplice conceito indeterminado, integrando dois factores discerníveis abstracta e concretamente^{25 e 26}.

Manuel das Neves Pereira

Professor Adjunto da ESGHT da Universidade do Algarve

¹ Cfr. Fernando Alves Correia, *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra, 1982, pp. 127 e ss; e, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 529 ss. V. em especial: *Grandes Linhas*



da *Reforma do Direito do Urbanismo*, Coimbra, Almedina 1993, p. 69, n.º 50. Vitalino Canas, *Proporcionalidade (Princípio da)*, Separata do VI Volume do Dicionário Jurídico da Administração Pública, 1994.

² Especialmente do Acórdão n.º 52/90, oficialmente publicado no *DR, I Série*, n.º 75, de 30 de Março de 1990, que (também) fez decorrer do princípio da justa indemnização a imprestabilidade de um critério “abstracto e rígido” para alcançar a ponderação das circunstâncias particulares de cada bem expropriando.

³ Cfr., José Osvaldo Gomes, *Expropriações por Utilidade Pública*, Lisboa, Texto Editora, 1997, p. 194, a este propósito e em apreciação diacrónica, designadamente as distinções: custo provável vs. valor da construção; volume e tipo de construção vs. valor provável.

⁴ Aqui a indeterminação do legislador é excessiva dado o peso relativo deste conceito no procedimento de avaliação do bem expropriando; deveria a lei, reduzindo a indeterminação, precisar neste artigo tal conceito por referência a tópicos próximos do círculo de aproveitamentos permitidos ou prescritos legal e regulamentarmente; atendendo ainda à história (*maxime* vicissitudes de conformidade constitucional) do homólogo art. 33.º/1 do Código de 76 — como foi bem pretendido para o vigente texto.

⁵ Pavimento em calçada, betuminoso ou equivalente — do n.º 2; e, a localização e a qualidade ambiental do n.º 1 *in fine*.

⁶ Obviamente que é excepção o acidente ou catástrofe ambiental que transforma uma situação de boa qualidade ambiental numa de rotura ecológica.

⁷ É distinto de contabilizabilidade, pois que não deve ser afastada a regra aperfeiçoada de apurar (para manifestação em balanço de uma empresa) valores passivos e-ou activos ambientais.

⁸ Pode é o local *X* ser objecto de valorização, de valoração, e, de promoção e divulgação designadamente em sede de *marketing* dos locais (*v. g.*: de bairros, de cidades).

⁹ Que, antecipando, também não defendemos em geral; havendo que interdistingui-las e apreciar os condicionantes da inexistência ou da existência e do estado de cada infra-estrutura em concreto.

¹⁰ Trata-se em rigor de uma redundância dado que todos os edifícios são construções, nunca plantações ou postações.

¹¹ Ou seja, por referência a outro critério ou valor.

¹² Por J. P. Melo Ferreira, *Código das Expropriações Anotado e Legislação Complementar*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 84 e ss.

¹³ Pouco após a publicação do CExp, Oliveira, L. Perestrelo de, *Código das Expropriações Anotado e Legislação Complementar*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 93.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ José Osvaldo Gomes, *ob. cit.*, pp. 196 e ss.

¹⁶ Da sua ilustração controversa partiu o mote para o título deste comentário.

¹⁷ Cfr. supra a p. 197 da *ob. cit.* escreve: “... a variação do *quantum* indemnizatório não poderá ultrapassar os 15% ...”

¹⁸ Cfr. supra este aspecto por nós sublinhado como controverso.

¹⁹ Johannes Dreier, *Die normative Steuerung der planerischen Abwägung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, pp. 41 e ss. Ulrich Battis, *Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht*, 3.ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1992, pp. 98 e ss.

²⁰ Que deve ser temperada pela substância do relevo do princípio da igualdade na sua bidimensionalidade (dimensão ou relação externa da expropriação e dimensão ou relação interna).

²¹ Felix Weyreuter, *Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender VeruHaltung im Bereich des Bodenrechts*, BauR, 1977, pp. 293 e ss.

²² Cf. Johannes Dreier, *Die normative Steuerung ...*, cit. pp. 66 e ss; Hoppe, Werner/Ernst, Werner, *Das öffentliche Bau- und Bodenrecht*, Raumplanungsrecht — Juristisches Kurzlehrbuch für Studium und Praxis, 2.^a ed., München, 1981, n.marg. 289.

²³ Cfr. Fernando Alves Correia, *O Plano Urbanístico ...* cit., pp. 279 e ss.

²⁴ Acórdão n.º 131/88 de 1988.06.08, DR, I Série, n.º 148, de 1988.06.29, p. 2651.

²⁵ E em valor quantitativo, pode a localização ser computada em alto valor e a qualidade ambiental estrita ser nula (ou negativa!?).

²⁶ Mas não siga o exemplo de O. Gomes na ob. cit. a p. 197 para fazer notar o absurdo de uma limitação em 15%, é que uma zona despoluída com vistas para o mar deve ser exemplo de solo não apto para construção. Entre um terreno na Maceira-Liz onde a poluição tende (?) a baixar e um outro no Facho em S. Martinho do Porto (onde não é possível construir ... mas vá lá) talvez a diferença de 15% seja razoável, dado que esta última localização é protegida, sujeita a abatimento, escorregamento, avalanches e outras situações de instabilidade. E 5%, segundo o próximo C. Exp.?