

Tribunal da Relação de Évora
Processo nº 393/07-2

Relator: FERNANDO BENTO

Sessão: 10 Maio 2007

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO CÍVEL

Decisão: ANULADO O JULGAMENTO

EXPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA

Sumário

O factor correctivo a que alude o artigo 26º, nº 10 do Código das Expropriações será descontado no valor fixado para a área expropriada.

Texto Integral

PROCESSO Nº 393/07

ACORDAM NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

*

RELATÓRIO

No Tribunal Judicial de ... correu termos um processo de expropriação por utilidade pública de uma parcela de terreno a que foi atribuído o n.º 32, com a área de 1714 m2, a destacar do prédio misto inscrito na matriz predial da Freguesia de ..., concelho de ... sob o artigo rústico 43º-B, secção M, e urbano 695º, descrito na Conservatória do Registo Predial de ... com o n.º 25763, a fls. 5 vO, do livro B-65, confrontando a norte com ..., sul com EN n.o ... e caminho, nascente caminho das ..., e poente "A" e "B", com a área total de 30590 m2, movido contra os respectivos proprietários, "A" e "B", pelo "C". Nesse processo, foi proferido acórdão arbitral que fixou a indemnização devida pela expropriação em 6.630.482\$00 e, remetido o processo a Tribunal, aí foi adjudicada à expropriante a propriedade da referida parcela de terreno. Recorreram então os expropriados do acórdão arbitral, questionando o valor da indemnização devida que deveria ser fixada no mínimo em € 100.000 euros, posição esta que a expropriante contrariou.

Na avaliação a que se procedeu, os peritos estimaram o valor da indemnização devida, ponderando os critérios e factores legalmente convocados para tal cálculo e, concretamente, os peritos do Tribunal e da expropriante, no que concerne ao factor de correcção pela inexistência de risco e do esforço inerente à actividade construtiva previsto no nº 10 do art. 26º do CE, fixaram-no em 10%, acrescentando o respectivo valor à indemnização calculada.

Na sentença, foi acolhido tal entendimento e, para além disso, foi recusada por inconstitucionalidade a aplicação do nº 4 do art. 23º do CE que impunha a dedução da diferença entre os valores de contribuição autárquica pagos e devidos, com referência aos últimos cinco anos, sendo a indemnização fixada em € 60.276,07, actualizados.

Inconformada, recorre agora a expropriante para esta Relação, sustentando que o factor de correcção previsto no nº 10 do art. 26º do CE era factor de redução e não de acréscimo bem como a constitucionalidade do art. 23º n.º 4 do CE, em alegações que finaliza com a seguinte síntese conclusiva:

1- O Tribunal a quo atribuiu a título de justa indemnização o montante de € 60.276,07, actualizada até 22.09.06.

2- Na sua aliás douta decisão veio esse Venerando tribunal decidir aplicar na íntegra o cálculo da indemnização preconizado no relatório pericial maioritário.

3- Com tal atitude colocou em causa o princípio da justa indemnização, uma vez que aquele relatório pericial enferma de grave erro.

4- Erro esse admitido na própria sentença quando aplica erradamente o disposto no nº 10 do artigo 26º do C. E.

5- Uma vez que multiplicam a percentagem atribuída pela falta de risco na construção para obtenção de tal índice.

6- Ora tal percentagem não acresce à indemnização mas diminui.

7- Aliás tal preceito só poderá ser entendido no sentido da inércia do proprietário do terreno ora expropriado, perante as potencialidades construtivas do terreno ser penalizado com a aplicação do factor correctivo, factor este poderá ir até ao máximo de 15%.

8- Esta percentagem terá que ser tanto maior quanto a dimensão do risco e o montante de esforço.

9- Neste sentido ver Pedro Elias da Costa in Guia das Expropriações por Utilidade Pública, pág. 298 e 299 e o Ac. Relação do Porto de 13.01.1998, BMJ n.º 473, ano 1998, pág. 562.

10- Também na sua aliás douta decisão veio esse Venerando tribunal decidir não atender á aplicação do disposto no nº 4 do artigo 23.º do Código de Expropriações, dado que a sua aplicação era inconstitucional.

11- Defende o Tribunal a quo que tal preceito viola os princípios constitucionais consagrados nos artigos 13º e nº 2 do artigo 62º da CRP.

12- A expropriante não concorda com a argumentação apresentada, nem com a "declaração" de inconstitucionalidade por parte do Tribunal a quo.

13- E que tal preceito ao prever a compensação entre o montante da indemnização devida ao expropriado e a resultante da avaliação efectuada e o direito da fazenda pública à revisão e correcção oficiosa da liquidação da contribuição autárquica, resultante da actualização dos valores matriciais, não viola os princípios da não retroactividade da lei Fiscal, da igualdade e da justa indemnização.

14- Tal questão, objecto do presente processo foi já apreciada nos acórdãos nº 422/2004 e 625/2004, publicados no DR. 259 e DR. 291, /I Série, respectivamente, ambos proferidos pelo Tribunal Constitucional.

15- Decidindo esse Douto Tribunal, que a norma do artigo 24º nº 3 do Código de Expropriações não violava nem o princípio da igualdade, nem o direito da justa indemnização, consagrados nos artigos 13º e 62, nº 2 da CRP.

16- Ao tomar tal decisão o Tribunal a quo violou o princípio da justa indemnização, atribuindo uma indemnização incorrecta e injusta, uma vez que tão injusta é a indemnização que peca por excesso como a que peca por defeito.

Conclui, pedindo a revogação da sentença, determinando-se novo cálculo para a indemnização, com aplicação do nº10 do art. 26º e do nº 4 do art. 23º do CE.

Respondendo, os expropriados sustentam que a percentagem consignada no nº 10 do art. 26º do CE está configurada para adicionar e não para subtrair e que a compensação do valor da indemnização com o das diferenças de contribuições seria iníqua e inconstitucional.

Remetido o processo a esta Relação, após o exame e despacho preliminares, foram corridos os vistos legais, nada continuando a obstar ao conhecimento do recurso.

FUNDAMENTOS DE FACTO

É a seguinte a matéria de facto provada:

1. Por despacho do Sr. Secretário de Estado Adjunto e das Obras Públicas de ..., publicado no DR. II série, n.º 279, de 4 de Dezembro de 2000, foi declarada de utilidade pública urgente da expropriação de uma parcela com a área de 1714 m², a destacar do prédio misto sito na freguesia de ..., concelho de ..., com a área total de 30590 m², inscrito na matriz predial urbana sob o artigo

695°, e na rústica, sob o artigo 43, secção M, e descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o número 25763, a fls. 5, do livro 8-65, a confrontar a norte com ..., sul E.N. nº ... e caminho, nascente com caminho das ... e poente com "A" e "B";

2. À data da declaração de utilidade pública o prédio mencionado em 1 era pertença de "A" e "B";

3. Em 18 de Janeiro de 2001, data da vistoria "ad perpetuum rei memoriam", a parcela a expropriar, com a área de 1714 metros quadrados, integra-se no logradouro de duas moradias geminadas que estão implantadas no prédio do qual vai ser feita a desanexação, e subdivide-se em duas sub-parcelas, uma tem a configuração de paralelogramo alongado, paralelo à EN n.º ..., com uma zona plana em cima e desenvolvendo-se em talude até à via pública, no sentido norte/sul, sendo o terreno desprovido de cultura e com erva, outra, em forma poligonal irregular e em declive, destinada ao restabelecimento entre a EN nº e a Estrada de ..., sendo o terreno ondulado e com bastante erva e mato, existindo uma cota mais elevada do lado da Estrada de ... em relação ao caminho;

4. Nessa data, a área expropriada tinha como infra-estruturas acesso rodoviária alcatroado, possuía energia eléctrica, acesso à rede de esgotos, telefone e abastecimento domiciliário de água e acessos rodoviários à EN n.º ...;

5. Nessa vistoria foi ainda verificada a existência de um murete de vedação com cerca de 25 cm de largura e altura média de 1,20 metros com o comprimento total de 50,20 metros, executado em betão ciclópico, rebocado e caiado nos seus dois parâmetros, encimado por uma rede metálica com 1,20 metros de altura apoiada em postes metálicos de tubo galvanizados com diâmetro de 1", e ainda outra vedação com cerca de 25 metros de extensão em rede de malha 5, com 2 metros de altura apoiada sobre uma cinta de betão ciclópico com 30 x 30 cm, fixada com postes de tubo galvanizado com o diâmetro de 1";

6. Existiam na parcela a expropriar dois pinheiros grandes DAP 25, vinte pinheiros grandes DAP 20, e dez pinheiros pequenos DAP 10;

7. De acordo com o Plano Director Municipal de ... (PDM) o prédio de onde a parcela foi desanexada está inserido em "Espaço Urbanizável de Expansão IB", integrado no sistema urbano de ..., com os seguintes parâmetros urbanísticos:

a) densidade máxima de 40 fogos/ha;

b) Estacionamento mínimo de 1,5 lugares por cada 120 m² de superfície total de pavimento;

c) índice de utilização bruto de 50,4;

- d) Afecção de 35 m²/120 m² para equipamentos colectivos ou outros serviços urbanos que sejam exigidos para a ocupação prevista para o terreno;
- e) Afecção de 25 m²/120 m² para espaços verdes;
- 8. O prédio de onde a parcela foi desanexada situa-se no aglomerado populacional definido do ...;
- 9. A parcela integra-se nos solos tipo C/D (barrocal Algarvio);
- 10. No prédio expropriado está implantada uma moradia que constitui a casa de habitação dos expropriados;
- 11. O tráfego que passa na Estrada das ..., após a expropriação continua a passar junto à moradia de habitação dos expropriados como já passava antes das obras na EN n.º ... e caminhos paralelos;
- 12. A distância entre a moradia dos expropriados e o eixo da via da EN n.º ..., na sequência das obras que motivaram a expropriação, manteve-se;
- 13. As obras não importaram redução significativa das árvores que se interpunham entre a moradia dos expropriados e a EN n.º ...;
- 14. A zona "non edificandi" da EN n.º ... manteve a mesma distância.

FUNDAMENTOS DE DIREITO

Delimitado o objecto do recurso pelas conclusões da alegação do recorrente, estão em causa no presente recurso, apenas duas questões:

- ponderação do factor correctivo previsto no n.º 10 do art. 26.º do CE
- constitucionalidade da dedução imposta pelo n.º 4 do art. 23.º CE.

Quanto à 1.ª:

Prescreve o n.º 10 do art. 26.º do CE que "o valor resultante da aplicação dos critérios fixados nos n.ºs 4 a 9 será objecto de 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".

Na avaliação efectuada no presente processo, os peritos avaliadores do Tribunal e da expropriante aplicaram este preceito, por forma a acrescentarem ao valor da avaliação a percentagem de 10%, sem explicitarem as razões de tal procedimento, designadamente indicando quais os motivos de tal valorização adicional.

A recorrente expropriante, porém, sustenta que tal preceito deveria ser aplicado, deduzindo essa percentagem ao valor da avaliação.

Por sua vez, os expropriados, recorridos, defendem que a inexistência de risco e de esforço na construção, valoriza e não desvaloriza o solo expropriado.

Quid iuris?

A questão da correcção imposta pelo art. 26.º n.º 10 surgiu apenas na avaliação efectuada na sequência do recurso da arbitragem.

A maioria da doutrina tem interpretado o preceito em causa no sentido

preconizado no recurso da expropriante, ou seja, pela imposição da dedução ao valor do solo de uma percentagem até 15%, em função da inexistência do risco e do esforço inerente à actividade construtiva.

Assim, justificam uns tal preceito pela necessidade de penalizar a inércia do proprietário / expropriado perante as potencialidades do terreno (Cfr. Pedro Cansado Paes, Ana Isabel Pacheco e Luis Alvarez Barbosa, Código das Expropriações Anotado, 2000, p. 147).

Nesta linha, sustentam outros que "estão em causa os custos de organização, marketing, impostos, etc, que o expropriado suportaria se tivesse podido realizar o empreendimento admitido como possível na avaliação ... " (Cfr. Luís Perestrelo de Oliveira, Código das Expropriações Anotado, 2a ed., p. 102).

A percentagem referida no nº 10 do art. 26º citado será tanto maior quando aumente a dimensão do risco e o montante de esforço associados à realização da construção dita possível, justificando-se a ponderação destes factores pelo princípio da igualdade na sua vertente externa, já que, ao avaliar-se "um solo pela construção que nele seria possível efectuar, não se pode ignorar que o expropriado não suportou um risco e uma série de despesas (custos de marketing, organização, impostos, etc) que se iriam traduzir num encargo a pesar sobre a habitação construída", custos estes a que estaria sujeito qualquer comprador normal que adquirisse o terreno para fins edificativos e que, por isso, não poderiam deixar de por ele ser ponderados, logo, influiriam directamente o valor de mercado e o consequente cálculo da justa indemnização; (Cfr. Pedro Elias da Costa, Guia das Expropriações por Utilidade Pública, 2003, p. 297 e segs, para quem o nº 10 do art. 26, tal como os nºs 8 e 9, prevêm situações que implicam uma diminuição do valor de mercado do terreno, seja porque, nos dois primeiros casos, tornam a construção mais onerosa e, conseqüentemente, menos lucrativa, seja porque existe um grau de incerteza a par de um esforço que não podem ser ignorados).

Dirigida, portanto, à diminuição do valor de mercado, o nº 10 do art. 26º citado, mostra-se sobremaneira desfavorável ao expropriado, ao prescrever que o valor obtido através da aplicação dos nºs 4 a 9 tem de sofrer um derradeiro desconto, a partir de determinado factor correctivo que contemple os riscos (de propensão prejudicial não raro concretizada) que toda a actividade construtiva implicante de esforço específico, necessariamente custoso, desencadeia (Cfr. Victor Sá Pereira e A. Proença Fouto, Código das Expropriações, 2002, p. 101)

Todavia, contra tal preceito ergue-se, que saibamos, apenas a voz discordante de João Pedro de Melo Ferreira sustentando a sua inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade na sua vertente externa (comparando em

situações idênticas a posição do expropriado com a de um não expropriado) e por violação do princípio da justa indemnização (art.s 13º e 62º nº 2 da Const. Rep.); com efeito, segundo ele, por um lado, a inexistência de risco e de esforço construtivo é inferior ao risco e ao esforço necessário para conseguir uma indemnização justa da Administração e, por outro, a fixação da indemnização segundo valores médios compromete sempre a sua justiça (Cfr. Código das Expropriações Anotado, 4a ed., 2007, p. 194-195).

E mesmo o Tribunal Constitucional já foi chamado por duas vezes a apreciar a constitucionalidade do referido nº 10 do art. 26º citado, tendo concluído no sentido da sua não inconstitucionalidade, se bem que em ambos com um voto de vencido (Cfr. Ac. 505/2004 e 499/2005, in DR, II série nº 258 de 3-11-2004 e nº 225 de 23-11-2005).

O que significa que a questão continua em aberto.

Ora, o valor do solo apto para construção deve ser calculado com referência ao da construção que nele seria possível efectuar (art. 26º nº 1 CE), seja de acordo com os valores real e efectivamente praticados ou fiscalmente corrigidos (art. 26º nºs 2 e 3 CE), seja pelo custo da construção, em condições normais de mercado (art. 26º nº 4 e segs CE).

Toda a construção, seja ou não efectuada pelo expropriado, envolve sempre um risco e um esforço.

Mas, como é óbvio, se for o expropriado a realizá-la teria que arcar e suportar os respectivos riscos e despesas (v.g., os custos inerentes ao reforço das infra-estruturas existentes, tendo em vista o aproveitamento urbanístico possível da parcela expropriada); logo, não a realizando, a privação por via do acto expropriativo de tal solo implica necessariamente a poupança dos custos inerentes a esses riscos e despesas.

A mera aptidão para a construção implica sempre a potencialidade de risco e de esforço inerente à actividade construtiva com os inerentes custos adicionais (custos acessórios da construção); logo, a indemnização devida pela ablação, por via da expropriação, da propriedade de um solo apto para construção, mas ainda sem construção, terá que reflectir os valores inerentes a esse risco e esforço que o expropriado, na realidade, não suportou, mas que teria necessariamente suportado, caso aproveitasse as potencialidades edificativas do terreno.

Logo, visando a indemnização o justo valor do bem expropriado, o nº 10 do art. 26º do CE tem natureza redutora e visa descontar na indemnização o valor do risco e do esforço construtivo que o executado não suportou.

Contudo, sustentam os expropriados que a inexistência de risco e de esforço construtivo valoriza - e não desvaloriza ... - o terreno; logo, o factor correctivo deve acrescer (corrigir para mais ...) e não diminuir (corrigir para menos)

ao valor da indemnização.

Esta posição até é compreensível, perante uma leitura e interpretação literal da redacção do preceito que, quanto a nós, não terá sido a mais feliz e que parece impor a correcção leia-se, dedução ...) em função da inexistência do risco e do esforço inerente à actividade construtiva.

Com efeito, são os custos adicionais e acessórios inerentes à edificabilidade que desvalorizam o terreno e não a "inexistência de risco e de esforço"; esta, ao invés, se não valoriza, pelo menos não legitima qualquer dedução ou desconto ao valor do terreno; por outras palavras: se a actividade construtiva necessária para cumprir a vocação e aptidão do solo não comporta qualquer risco ou esforço, não haverá lugar a qualquer correcção (redução) da avaliação; no caso inverso, esse risco ou esforço deve ser valorado com a fixação de uma taxa até ao máximo de 15%.

Assim, enquanto a inexistência de risco ou de esforço não determinará a aplicação de qualquer factor de correcção (factor 0 - zero) pelo que a indemnização não sofrerá qualquer desvalorização, o máximo de risco e de esforço será compensado com o factor de 15%, sendo esta a desvalorização máxima que a indemnização pode suportar.

Ora, tendo o factor de correcção sido fixado em 10% - não em 0%, como parecem supor os expropriados - e sido aplicado, com base numa interpretação incorrecta do preceito que o prevê para aumentar (e não para diminuir) a indemnização, impõe-se a rectificação do valor da indemnização. Das duas uma: ou a edificabilidade na parcela expropriada implicava custos adicionais - que deveriam ser concretizados - ou não.

Na 1ª hipótese, esses custos deveriam ser deduzidos (não aumentados ...) ao valor da indemnização; na 2ª hipótese, não haveria lugar a qualquer dedução. Os peritos não justificaram minimamente a fixação desse valor de correcção em 10%, o qual num máximo de 15% do valor da avaliação não pode ser considerado despiciendo; e deveriam fazê-lo, concretizando os factos que lhes permitiram valorar a (in)existência de risco e do esforço inerente à actividade construtiva em 10%.

É que, como observam os expropriados e parece ter estado subjacente na interpretação que os louvados fizeram do n.º 10 do art. 26.º citado, se a construção na parcela expropriada não implica risco nem esforço, isso valoriza, não desvaloriza, a indemnização ...

Mas aqui chegados uma dúvida nos ocorre: se os peritos entenderam que o valor justo da indemnização seria aquele a que chegaram por via do acréscimo de 10% (valor que, numa escala de 0 a 15% não pode deixar de se considerar razoável), mediante a aplicação de um factor cujo sentido e intencionalidade normativa apontavam no sentido inverso da desvalorização, não poderá

significar isso que o valor inicial de custo de construção de que partiram estaria subestimado?

Com efeito, se o critério (subsidiário) para determinar o valor do solo apto para construção se calcula em função do "custo de construção" (art. 26º nº 4 CE), então aquela "valorização" adicional implica a alteração de tal valor.

E pergunta-se então: que terá determinado os louvados a aumentarem com os tais 10% (sem qualquer justificação expressa), o valor da indemnização?

Será que o valor inicial de que partiram para o cálculo da indemnização seria o ajustado? Nesse caso, a edificabilidade na parcela implicaria risco e esforço, ou não, e porquê?

No caso afirmativo, qual a respectiva percentagem, a ser deduzida ao valor encontrado? As dúvidas apontadas não são esclarecidas pelos peritos.

Logo, não dispõe esta Relação de elementos de facto que permitam a pronúncia sobre esta concreta questão da aplicabilidade do factor de correcção previsto no art. 26º nº 10 do CE.

Daí que, dada a essencialidade desses elementos, se considere indispensável a ampliação da matéria de facto com vista à decisão sobre aquela referida questão.

Impõe-se, por isso, a anulação do julgamento para que, baixando os autos, se proceda a nova avaliação (se possível com os mesmos louvados e peritos) com vista ao esclarecimento das dúvidas apontadas (art. 712º nº 4 CPC).

Pelo exposto, fica prejudicada a apreciação da questão da constitucionalidade do art. 23º nº 4 CE.

ACÓRDÃO

Acorda-se, pois, nesta Relação em anular o julgamento para que, em nova avaliação (se possível com os mesmos louvados), sejam concretizados os factos tendentes à fixação do valor de correcção previsto no art. 26º nº 10 do CE e se proceda a novo cálculo da indemnização devida pela expropriação, com observância dos critérios expostos e da tramitação processual subsequente.

Custas a final

Évora e Tribunal da Relação, 10/05/07