

## IV. LAS EXPROPIACIONES EN EL DERECHO BRASILEÑO

VITOR RHEIN SCHIRATO\*

Sumario: 1. Introducción: la expropiación y sus orígenes y requisitos. 2. Expropiación por causa de utilidad pública y sus procedimientos. 2.1 Hipótesis de incidencia y fundamentos normativos. 2.2 Poderes expropiatorios. 2.3 Procedimiento y proceso de expropiación por causa de utilidad pública. 2.3.1 La fase administrativa de la expropiación por causa de utilidad pública. 2.3.2 Procedimientos legales de expropiación. 2.4 Efectos de la expropiación. 2.5 Expropiación por zona. 2.6 La cuestión de la indemnización. 3. Expropiación por interés social. 3.1 Hipótesis de admisibilidad. 3.2 Poderes expropiatorios. 3.3 Proceso de expropiación. 3.4 Indemnización. 3.5 Destino del bien. 4. Expropiación-sanción en derecho urbanístico. 4.1 Hipótesis de admisibilidad. 4.2 Poderes expropiatorios. 4.3 Proceso de expropiación. 4.4 Indemnización. 4.5 Destino de los bienes expropiados. 5. Notas finales. Bibliografía.

*Resumen: El objetivo de este estudio es presentar un breve panorama del régimen jurídico de la expropiación en Brasil, considerando sus diferentes fundamentos que involucran la utilidad pública, la necesidad social y los fines urbanísticos.*

*Palabras clave: expropiación, utilidad pública, necesidad social, expropiación-sanción, finalidad urbanística.*

### 1. INTRODUCCIÓN: LA EXPROPIACIÓN Y SUS ORÍGENES Y REQUISITOS

EL derecho de propiedad es uno de los fundamentos del ordenamiento jurídico tal y como lo conocemos, ya que del reconocimiento de este derecho se derivan diversas relaciones jurídicas, tanto entre particulares como entre éstos y el Estado. La separación entre lo público y lo privado y el propio derecho civil,

---

\* Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Doctor en Derecho del Estado por la Facultad de Derecho de la USP. Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Osnabrück, Alemania. Miembro de la Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA) y del Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione (IRPA). Secretario Académico del Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Ambiental y Urbano – CEDAU. Abogado en São Paulo.

tal y como lo concebía el derecho romano, surgen, entre otras cosas, del derecho de propiedad (1).

A pesar de la relevancia e importancia del derecho de propiedad y sus graduaciones jurídicas (a las cuales de forma «extendida» la doctrina les denomina respectivamente posesión, uso y disposición), este conjunto no siempre estuvo plenamente garantizados en el ordenamiento jurídico. Como es bien sabido, a lo largo de la Edad Media, el derecho de propiedad era bastante relativo y muy dependiente de las regulaciones impuestas unilateralmente por monarcas y nobles.

La primera afirmación moderna del derecho de propiedad aparece en la Carta Magna inglesa del siglo XIII. Según sus disposiciones, se garantizaba el derecho a la propiedad y se impedía al monarca disponer libremente de los bienes ajenos o perturbarlos sin causa justificada.

Posteriormente, tras las revoluciones ilustradas de los siglos XVII y XVIII, el derecho de propiedad se incluyó constantemente en los textos jurídicos que garantizaban los derechos de los ciudadanos. El artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que garantiza el derecho a la propiedad y asegura que nadie puede ser privado de sus bienes sin una justa indemnización, es un ejemplo destacado de esta realidad (2).

En este contexto, el derecho a la propiedad se estableció a lo largo del tiempo como un derecho fundamental de defensa, es decir, un derecho fundamental que impone al Estado un deber de no actuar, un deber de respeto. Cabe mencionar también la lección clásica de Norberto Bobbio que sitúa el derecho de propiedad como un derecho fundamental de primera generación, que consiste en un derecho que garantiza a los ciudadanos la no injerencia del Estado (3).

Como derecho fundamental, el derecho de propiedad crea un derecho subjetivo público a favor del ciudadano, garantizándole un claro recurso legal en caso de cualquier violación derivada de la acción estatal. En este sentido, forma parte de la esencia de los derechos fundamentales la existencia de medidas jurídicas específicas capaces de garantizar su efectividad y el cese de las medidas estatales que puedan poner en peligro su ejercicio.

Sin embargo, el hecho de que el derecho a la propiedad sea un derecho fundamental no significa que su alcance sea ilimitado. En otras palabras, el hecho de que el derecho a la propiedad sea un derecho fundamental no garantiza a su titular derechos ilimitados. Como todo derecho, el derecho de propiedad tiene un límite máximo.

La cuestión que se plantea, en este sentido, es comprender el alcance preciso del derecho de propiedad, dada la generalidad de su enunciado jurídico. Como derecho fundamental, el derecho de propiedad tiene la naturaleza de un principio, a diferencia de las normas, que se caracterizan por su carácter binario (o se aplican o

---

(1) Esto se debe al hecho de que (i) el derecho de propiedad constituía la base del Derecho civil, basado en la idea de la regulación jurídica de la transferencia de la propiedad, y (ii) la separación entre lo público y lo privado se basaba precisamente en si un individuo podía o no apropiarse de un bien determinado.

(2) El citado artículo establece (*in verbis*): «Artículo 17 – Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando una necesidad pública legalmente probada lo exija de modo evidente y a condición de una justa y previa indemnización».

(3) BOBBIO, N., *La era de los derechos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 101 ss.

no se aplican). Los principios tienen un ámbito de aplicación poco definido en abstracto, que la doctrina denomina amplio soporte fáctico (4).

Además, según ROBERT ALEXY, los derechos fundamentales son mandatos de optimización, ya que son normas jurídicas que deben aplicarse en su máxima extensión, y deben optimizarse en función de las circunstancias del caso concreto (5).

En este sentido, aunque el derecho de propiedad no es ilimitado, debe garantizarse en toda su extensión y solo puede restringirse en caso de conflicto con otro derecho fundamental que sea un principio jurídico. Esto significa que el alcance efectivo del derecho de propiedad debe encontrarse en las circunstancias del caso práctico, ante posibles y eventuales conflictos con otros derechos fundamentales.

Y para hallar ese grado debe utilizarse el llamado «tamiz o test de proporcionalidad» (o postulado de proporcionalidad (6) o principio de proporcionalidad), desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán a finales de los años cincuenta (7). Este método consiste en un análisis en tres etapas que verifica, ante un conflicto entre derechos fundamentales, qué grado de restricción es tolerable preservando el contenido esencial del derecho fundamental en discusión.

Según la idea de proporcionalidad, por tanto, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, debe realizarse un examen que pase previamente por la licitud de la finalidad de la medida restrictiva adoptada por el Gobierno. Si la medida es lícita, deben analizarse las tres fases de la proporcionalidad: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (8).

La adecuación consiste en comprobar si la medida es compatible con la finalidad perseguida. En otras palabras, para salvaguardar otro derecho fundamental, ¿es adecuada la medida adoptada? ¿Es un medio eficaz y adecuado? En caso afirmativo, se analiza el siguiente paso.

---

(4) Según las precisas lecciones de DA SILVA V. A., *el soporte fáctico de los derechos fundamentales* es muy particular, ya que no solo incluye la condición para que emane su consecuencia jurídica. Debido a la amplitud e incluso vaguedad de los derechos fundamentales, el soporte fáctico de esta norma jurídica incluye su ámbito de protección, así como el límite de la intervención estatal. Esto significa que un derecho fundamental tiene un amplio soporte fáctico, que define la esencia del derecho protegido y el límite de la intervención restrictiva del Estado, que es exactamente el mínimo de esta esencia. *Derechos fundamentales – contenido esencial, restricciones y efectividad*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70 ss.

(5) Cf. ALEXY, R., *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, trad. Virgílio Afonso da Silva, p. 103 ss.

(6) El postulado de la nomenclatura, que me parece muy pertinente, es adoptado por ÁVILA, H., *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 14.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 163 ss.

(7) «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (BVerfG) estableció una dicotomía del programa de análisis en 1958. La decisión sobre las farmacias revolucionarias es realmente la cuna del principio de proporcionalidad. El elemento fundamental es la prueba de control. El principio exige –en pocas palabras– que la restricción de un derecho fundamental obedezca a un fin legítimo, y que los medios para realizar dicho fin sean adecuados, necesarios y proporcionados». Véase BERKEMANN, J., *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit – Bericht über den* «State of the Art», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 2018, p. 741 ss, Colonia: Carl Heymanns, 2018.

(8) Como bien describen MATHIAS KLATT y MORITZ MEISTER, la idea de proporcionalidad pasa por un análisis que debe considerar cuatro etapas, a saber: la legitimidad de la finalidad (es decir, si la medida se practica con desviación de poder o no), la adecuación (es decir, si la medida es idónea para los fines que persigue), la necesidad (es decir, si es realmente necesario que se adopte la medida) y la proporcionalidad en sentido estricto (es decir, si existe un equilibrio entre la medida adoptada y las restricciones que de ella se derivan). *The constitutional structure of proportionality*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 8 ss.

#### IV. LAS EXPROPIACIONES EN EL DERECHO BRASILEÑO

A continuación, se verifica la necesidad, que consiste en analizar la efectiva exigencia de la medida restrictiva a la luz de las circunstancias del caso concreto, incluyendo la comprobación de si existe o no otra medida capaz de alcanzar la misma finalidad con una restricción menos intensa del derecho fundamental en el caso concreto. En definitiva, se analiza si la medida, en el caso concreto, es demandada y si es la que menos intensamente restringe el derecho fundamental en el proceso de ponderación.

Si la medida puede considerarse adecuada y necesaria, pasamos al último análisis denominado proporcionalidad en sentido estricto. En este último, la investigación se refiere a la intensidad real de la medida y a su equilibrio. Requiere una comprobación de la aceptabilidad de la medida con respecto al máximo necesario para alcanzar el fin perseguido, quedando prohibidas las medidas que superen el mínimo necesario (9).

Teniendo en cuenta estas consideraciones, cabe señalar que el derecho de propiedad puede estar (y está, en la práctica) sujeto a una amplia gama de restricciones exigidas por el caso concreto. En el ámbito urbano, el derecho de propiedad puede estar sujeto a restricciones de muy baja intensidad o de intensidad extremadamente alta, según sea necesario para garantizar la funcionalidad y la armonía del entorno urbano para los ciudadanos. Es el caso, por ejemplo, de las normas de zonificación, que pueden contener restricciones bajas, y de casos extremos como la catalogación de terrenos.

Asimismo, en el caso concreto del derecho de propiedad, puede darse el caso de que la restricción a imponer sea tan elevada que se produzca una sustitución de la propiedad sobre un determinado bien infungible por un pago en dinero (bien fungible). Éste es precisamente el caso de la expropiación. El conflicto entre derechos fundamentales exige que se arrebate la propiedad a un individuo y se sustituya por un pago en dinero de valor equivalente.

No se trata –como podría suponerse inadvertidamente– de una supresión completa del contenido del derecho fundamental a la propiedad, ya que el derecho de propiedad sobre un bien se sustituye por el derecho de propiedad sobre una determinada cantidad de dinero. Sin embargo, se trata de una intervención extremadamente drástica, que solo procede en casos muy concretos y excepcionales.

La expropiación no es nada nuevo. Según las largas notas de Jean-Marie Auby, Pierre Bom, Jean-Bernard Auby y Philippe Terneyre, la expropiación ha existido en los más diversos ordenamientos jurídicos desde el Imperio Romano, y ha sido tratada de diferentes maneras a lo largo de su evolución histórica (10).

Sin duda, lo que se modificará profundamente con el tiempo es el conjunto de garantías de los particulares que pueden ser expropiados y la restricción de la discrecionalidad del Estado para elegir entre expropiar o no expropiar.

Si en un principio el Estado podía disponer libremente de la propiedad privada, tomándola para el fin que quisiera sin ninguna garantía para el ciudadano expropiado, con el tiempo se han creado garantías para el particular y se ha restringido la capacidad discrecional del Estado para expropiar, sobre todo reduciendo los supuestos que

---

(9) Cf. EPPING, V., *Grundrechte*, 4.<sup>a</sup> ed., Heidelberg: Springer, 2010, p. 18 y siguientes, entre otros muchos.

(10) AUBY, J.-M.; BON, P.; AUBY, J.-B.; TERNEYRE, P., *Droit Administratif des Biens*, 6.<sup>a</sup> ed., París: Dalloz, 2011, p. 479 ss.

permiten la expropiación y la necesidad de un proceso expropiatorio que justifique claramente el motivo de la retirada de la propiedad privada (11).

La expropiación tampoco es algo nuevo en el derecho brasileño. Está prevista en nuestro ordenamiento jurídico desde la época imperial (12). Al igual que en otros ordenamientos jurídicos, lo que cambia y se transforma en el caso brasileño no es la capacidad del Estado para expropiar, sino los derechos que se garantizan al particular expropiado.

Actualmente, la expropiación está expresamente prevista en la Constitución. Según el artículo 5.º, inciso XXIV, de la Constitución de 1988, «la ley establecerá el procedimiento de expropiación por causa de necesidad o utilidad pública, o de interés social, mediante indemnización justa y previa en metálico, salvo en los casos previstos en esta Constitución».

Según la precisa clasificación de José Afonso da Silva, se trata de una norma constitucional de eficacia contenida. Esto se debe a que, además de determinar la posibilidad de expropiación por causa de utilidad pública, transfiere a la ley ordinaria la tarea de regular cómo se materializará esta expropiación. Sin duda, la Constitución determina de forma inmediata –es decir, sin necesidad de ulterior regulación por la ley ordinaria– que (i) para que haya expropiación debe existir necesidad o utilidad pública; y (ii) la expropiación debe ir precedida de una justa indemnización.

A pesar del carácter contenido de la eficacia de la sección XXIV que nos ocupa, lo cierto es que cualquier intervención en el derecho de propiedad –incluido, por supuesto, el caso extremo de la expropiación– solo será admisible si es tolerable con arreglo al criterio de proporcionalidad antes mencionado.

La Constitución Federal también prevé otros dos tipos de expropiación, con causas jurídicas diferentes. La primera está prevista en el artículo 182, § 4, inciso III, y se refiere a la llamada expropiación-sanción de derecho urbanístico. La segunda se rige por el artículo 184 y se refiere a la expropiación por interés social, con fines de reforma agraria.

El objetivo de este estudio será explicar y analizar cada uno de los tipos de expropiación en la legislación brasileña, con un claro énfasis en la expropiación por utilidad pública, que es el tipo más utilizado. En este análisis, veremos cada tipo de expropiación, las hipótesis de incidencia, la jurisdicción para declarar la expropiación y para realizar los actos materiales y los ritos procesales para su conclusión.

## 2. EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA Y SUS PROCEDIMIENTOS

El primer y más común tipo de expropiación en Brasil es el previsto en el artículo 5.º, inciso XXIV, de la Constitución Federal. Se trata de la expropiación por causa de utilidad pública. Es también el tipo de expropiación más antiguo, cuyas

(11) Al respecto, véase AUBY, J.-M.; BON, P.; AUBY, J.-B., y TERNEYRE, P., *Droit Administratif des Biens*, pp. 481-85.

(12) Sobre el tema, véase la síntesis evolutiva presentada por MEDAUAR, O., cf. *Destinação dos bens expropriados*, São Paulo: Max Lemonad, 1986, p. 51 ss.

#### IV. LAS EXPROPIACIONES EN EL DERECHO BRASILEÑO

primeras leyes se remontan al siglo XIX, durante el período imperial (13). En términos muy generales, se trata de la posibilidad de expropiar la propiedad privada para uso de la comunidad.

Aunque se trata de un rasgo común a todos los tipos de expropiación, en el caso de la expropiación por causa de utilidad pública existe un marcado conflicto entre un derecho individual calificado jurídicamente como derecho fundamental y los intereses de la colectividad, lo que exige un mecanismo de aplicación que concilie claramente el contenido del derecho fundamental con las exigencias de la colectividad.

##### 2.1 HIPÓTESIS DE INCIDENCIA Y FUNDAMENTOS NORMATIVOS

Como su propio nombre indica, la expropiación por causa de utilidad pública se produce siempre que una determinada propiedad privada resulta necesaria para algún uso público y debe ser transferida del particular que la posee a la colectividad.

Para que sea posible, la expropiación requiere una clara incompatibilidad entre la titularidad exclusivamente privada del bien por parte de un determinado ciudadano y las demandas de la comunidad. En este sentido, dada la variedad y pluralidad de las demandas de la comunidad, son muchas las situaciones que denotarán un caso de utilidad pública que requiera determinada propiedad privada.

Sobre todo teniendo en cuenta que el derecho a la propiedad es un derecho fundamental, es necesario demostrar que la incompatibilidad entre la propiedad privada y la demanda colectiva subyacente es tan compleja que no hay más alternativa que la expropiación.

Esto implica que la expropiación no es automática y justificable en sí misma; mucho menos que sea un acto ilimitado del gobierno. Para que la expropiación tenga lugar, es imprescindible demostrar (i) la licitud de la finalidad, (ii) la adecuación, (iii) la necesidad y (iv) la proporcionalidad en sentido estricto, en la medida en que el respeto del tamiz de proporcionalidad es ineludible.

Consecuentemente, la expropiación de un inmueble en Brasil por causa de utilidad pública requiere, a la luz del régimen determinado por la ley infraconstitucional *ex vi* artículo 5.º, inciso XXIV de la Constitución Federal, acumulativamente que:

(i) el motivo que lleva a la autoridad a solicitar la expropiación es lícito y acorde con la competencia del agente público expropiante – en el caso de la utilidad pública, esto significa que debe existir una necesidad efectivamente pública, debidamente justificada, y no una simple voluntad del gestor público desvinculada de cualquier carácter publicista;

(ii) la propiedad del bien a expropiar es el medio adecuado para satisfacer la necesidad pública en la que se basa el acto expropiatorio, es decir, la transferencia del bien al patrimonio del estado es el medio adecuado para satisfacer dicha necesidad pública;

(iii) la expropiación –como ultima ratio de la intervención estatal en la propiedad– debe ser el único medio posible de satisfacer la necesidad pública subyacente;

---

(13) Cf. FAGUNDES, M. de S., *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, Río de Janeiro: Freitas Bastos, 1949, p. 18 ss.

en otras palabras: como resultado de la idea de necesidad, no puede haber medios menos gravosos de satisfacer la necesidad pública subyacente; y

(iv) por último, debe existir un equilibrio (o proporcionalidad en sentido estricto) entre la demanda pública que da lugar a la expropiación y la necesidad pública subyacente; esto significa que no cualquier necesidad pública exige la expropiación, sino solo aquéllas que no pueden satisfacerse de otro modo.

Pues bien. Es con esta noción bien presente que debemos analizar el contenido del Decreto-Ley (14) núm. 3.365, de 21 de junio de 1941, que aún regula las expropiaciones por causa de utilidad pública en Brasil (15). Porque esta norma, a pesar de ser la que da plena vigencia a lo dispuesto en el artículo 5.º, inciso XXIV, de la Constitución Federal, solo puede ser aplicada de forma constitucionalmente aceptable si respeta el carácter de principio del derecho fundamental de propiedad.

Con ello pretendo establecer una premisa fundamental para este trabajo: el Decreto-Ley 3.365/41 solo puede analizarse como una norma binaria en lo que se refiere al procedimiento que establece para la expropiación. La expropiación en sí misma (es decir, el acto de decretar la pérdida de la propiedad por parte de un ciudadano) solo puede analizarse como la aplicación práctica de un principio, cuya legalidad dependerá, en todo caso, de un proceso de ponderación del postulado de proporcionalidad.

Por eso me parece claro –como luego detallaré– que la noción de utilidad pública en la que se basa la expropiación nunca será binaria en el sentido de aplicable o no aplicable (es decir, nunca será una regla), ya que es la piedra de toque en la ponderación del derecho de propiedad y otros derechos a satisfacer mediante la expropiación.

Por lo tanto, a los efectos que realmente me importan ahora, no tienen relevancia alguna los actos formales que pueda producir el Gobierno para llevar a cabo una expropiación. En otras palabras, que se hayan cumplido o no los requisitos formales me resulta completamente irrelevante. Lo que importa es si el acto expropiatorio (es decir, el decreto de declaración de utilidad pública) es o no el resultado de un proceso de ponderación adecuado y si la proporcionalidad del acto público ha sido respetada o vulnerada por el acto que nos ocupa.

Para avanzar en este análisis, es necesario analizar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto-Ley 3.365/41 y comparar los ejercicios fundamentales que debe realizar la Administración Pública en su intención de expropiar una propiedad privada.

Me parece claro que las disposiciones del artículo 5 del Decreto-Ley son centrales porque definen el concepto de «utilidad pública (16)» a efectos de expropiación,

---

(14) El Decreto-Ley es una fuente normativa que ya no existe desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988. En los ordenamientos constitucionales anteriores, era una norma emitida por el Poder Ejecutivo, con efectos de ley ordinaria, que debía ser analizada y transformada en ley por el Poder Legislativo. Si el Poder Legislativo no la analizaba en un plazo determinado, se transformaba en ley definitiva. Así, el Decreto-Ley 3.365/41 y todos los demás decretos-leyes mencionados en este estudio tienen el efecto de leyes ordinarias.

(15) El término «todavía» se utiliza aquí no para transmitir la idea de que las normas jurídicas tienen fecha de caducidad, sino porque el decreto en cuestión se elaboró y aprobó durante la época de la Constitución Federal de 1937, de marcado carácter autoritario, y siguió aplicándose (lo que no significa necesariamente que se aceptara –o se aceptara plenamente–) bajo la égida de las tres Cartas Constitucionales siguientes (es decir, 1946, 1967 y 1988).

(16) Aunque el artículo 5.º, inciso XXIV de la Constitución Federal adopte ambos términos, necesidad y utilidad públicas, el artículo 5.º del Decreto-Ley 3.365/41 solo adopta el término utilidad pública, razón por la cual utilizaré más este término, en detrimento de necesidad pública u otros similares.

que se sitúa en el vértice del conflicto de principios que existe entre el derecho de propiedad y las exigencias de la comunidad que pueden dar lugar a restricciones de este derecho. En otras palabras: es la noción de utilidad pública la que se utilizará para comparar la expropiación y la realidad subyacente a fin de investigar si se respeta o no el criterio de proporcionalidad.

El punto de partida es analizar el grado de apertura del concepto de utilidad pública determinado por el artículo 5 del Decreto-Ley 3.365/41, ya que la utilidad pública es claramente un concepto jurídico indeterminado.

Según la doctrina más autorizada, los conceptos jurídicos indeterminados son términos utilizados en los textos normativos que no pueden ser definidos unívocamente en abstracto. En otras palabras, los conceptos jurídicos indeterminados traen consigo una idea comprensible para el intérprete, pero que, en abstracto, tiene más de una connotación posible, variando en función de una serie de factores en su aplicación concreta (17).

Por ello, a pesar de que los conceptos jurídicos indeterminados suelen incluirse en la hipótesis de los textos normativos (y no en la consecuencia normativa, como es habitual en los casos de discrecionalidad administrativa), pueden equipararse a otros supuestos de discrecionalidad administrativa. Digo esto porque los conceptos jurídicos indeterminados también dan a los administradores públicos un margen de elección para que, dadas las circunstancias del caso concreto, puedan hacer una elección no vinculante sobre qué decisión se tomará (18).

Dicho esto, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto-Ley 3.365/41, me parece fundamental explicar, en primer lugar, el alcance de la discrecionalidad administrativa contenida en la norma que nos ocupa – que, como ya he dicho, estará en el centro del análisis de la proporcionalidad o no de la medida expropriatoria.

Por ello, cabe destacar que, a diferencia de los innumerables casos en los que se utilizan conceptos jurídicos indeterminados en las normas, en el caso que nos ocupa se prevé la existencia de una lista de supuestos que pueden constituir utilidad pública. Esto implica que el margen interpretativo dejado por el legislador al agente público para definir en el caso concreto lo que es o no utilidad pública responde a una limitación normativa expresa, cual es la lista de supuestos de utilidad pública contemplados. Esto se debe a que (i) no todos los casos de utilidad pública justifican la expropiación, ya que debe existir proporcionalidad en la medida, y (ii) aunque puedan existir otras hipótesis de utilidad pública, solo aquellas expresamente determinadas por la ley podrán justificar procesos expropriatorios.

En este sentido, un segundo paso importante es determinar si esta lista es meramente ejemplar o, por el contrario, completamente exhaustiva. Si es ejemplar, se trataría de un conjunto de hipótesis sugeridas por el legislador, que no limitan el campo de elección del administrador público y que, por tanto, permiten adiciones. En cambio, si

---

(17) Los conceptos jurídicos indeterminados pueden definirse como conceptos para los que no existe un único campo de significados posibles, y a los que pueden atribuirse diversos significados en el caso concreto. Cf. WOLFF, H. A., y DECKER, A., *Studienkommentar VwGO VwVfG*, Munich: C. H. Beck, 2005, p. 423.

(18) Sobre el tema, véase mi artículo *O poder de polícia é discricionário?*, en MEDAUAR, O., y SCHIRATO, V. R., (org.). *Poder de polícia na atualidade*, Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 38-39.

es exhaustiva, el campo de elección del agente público se limitaría a una de las hipótesis de la lista, prohibiendo cualquier elección que vaya más allá.

Según Miguel Seabra Fagundes, la lista es meramente ejemplificativa, ya que es imposible prever en teoría todos los casos que pueden constituir una utilidad pública (19). En sentido contrario, según Odete Medauar, AL ser la expropiación un acto extremo, que supone una intromisión muy intensa en la esfera de los derechos de los ciudadanos, la lista del artículo 5 en cuestión solo podría ser exhaustiva, ya que es necesaria una interpretación restrictiva (20).

En nuestra opinión, como ya hemos dicho, esta última es la opinión predominante. En otras palabras, nos parece claro que la lista del artículo 5 del Decreto-Ley 3.365/41 es completamente exhaustiva, y no es posible crear nuevas hipótesis de utilidad pública más allá de las allí determinadas.

Por lo tanto, por más que exista algún margen de discrecionalidad para que el agente público encuentre el significado del término utilidad pública en el caso concreto, este margen estará restringido a las hipótesis determinadas por el artículo 5.º del Decreto-Ley 3.365/41 en cuestión. En consecuencia, siempre habrá algún nivel de comparación de la legalidad del uso de la discrecionalidad en el caso específico.

Pasando a analizar el régimen de la expropiación por causa de utilidad pública, no puede dejar de mencionarse que, como en todo caso en el que se utiliza cualquier margen de discrecionalidad, la decisión administrativa debe ser motivada de forma detallada. Es decir, no basta con una determinación genérica de que existe o no utilidad pública. Corresponde al gestor público expropiante designar, de forma clara e inequívoca, qué utilidad pública existe en el caso concreto que pueda, en teoría, justificar la expropiación.

En este sentido, el gestor público, ante las circunstancias del caso concreto, debe verificar la ocurrencia de alguna de las hipótesis enumeradas en el artículo 5.º del Decreto-Ley 3.365/41 para determinar la compatibilidad entre esas circunstancias y alguna de esas hipótesis (por ejemplo, debe verificar si se trata de la explotación o conservación de un servicio público). Si existe compatibilidad entre el caso concreto y alguna de las hipótesis del artículo 5, el tribunal debe analizar entonces si la propiedad privada es efectivamente necesaria para el cumplimiento de la hipótesis existente. Si la respuesta es afirmativa, puede empezar a plantearse la expropiación.

Sin embargo, la expropiación no es una consecuencia automática y necesaria de la aparición de una hipótesis de utilidad pública y de la necesidad de utilizar la propiedad privada. Esto se debe a que, como ya he dicho, la noción de utilidad pública no es una regla binaria que se aplica o no se aplica. Es una regla jurídica que depende de una ponderación para poder aplicarse. Y es precisamente en este punto donde la expropiación se vuelve más compleja.

Una vez que la utilidad pública existe realmente y está debidamente acreditada, se mide el conflicto entre la utilidad pública en el caso concreto y una propiedad privada determinada. Si existe este conflicto, es necesario considerar si la expropiación es la medida proporcional en el caso concreto.

(19) Cf. FAGUNDES, M. de S., *La expropiación en el derecho brasileño*, pp. 109-110.

(20) Cf. MEDUAR, O., *Direito Administrativo moderno*, 23.ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 355.

#### IV. LAS EXPROPIACIONES EN EL DERECHO BRASILEÑO

En primer lugar, si la utilidad pública existe realmente y si la finalidad perseguida por la Administración Pública con la satisfacción de la utilidad pública es compatible con el artículo 5 del Decreto-Ley 3.365/41, se habrá demostrado la licitud de la medida pretendida, que, como hemos visto, es el primer paso para ponderar la cuestión a la luz del tamiz de la proporcionalidad (21).

En segundo lugar, es necesario comprobar si el conflicto es real o meramente aparente. Con esto quiero decir que es deber del gestor público expropiante demostrar que la realización de la utilidad pública depende de una restricción extrema de los derechos de propiedad, es decir, que no hay forma de satisfacer la utilidad pública existente sin algún nivel de sacrificio de la propiedad privada. Si éste es el caso, la medida restrictiva es adecuada.

En tercer lugar, debe verificarse la medida exacta de la restricción que debe imponerse al derecho de propiedad para satisfacer la utilidad pública en el caso concreto. Esto implica que existe la obligación por parte del agente público de demostrar que (i) no existe una medida menos gravosa que la expropiación que pueda ser posible en el caso concreto y (ii) la expropiación se limita al máximo necesario para satisfacer la utilidad pública.

Esta consideración es de fundamental importancia porque puede darse el caso de que la utilidad pública, en el caso concreto, permita adoptar medidas menos gravosas, como la ocupación temporal (22), la servidumbre (23), el tanteo o incluso mecanismos de derecho privado como el alquiler y el arrendamiento. Si es posible adoptar una medida menos gravosa, su elección es obligatoria.

Así, una vez demostrada la compatibilidad entre la medida y su finalidad y probado que la medida es la menos gravosa posible dadas las circunstancias del caso concreto, concurrirá la necesidad, en el tercer ámbito de análisis del tamiz de proporcionalidad.

En cuarto y último lugar, es necesario demostrar el equilibrio entre la medida restrictiva y la satisfacción de la utilidad pública en el caso concreto. Es decir, es necesario demostrar que (i) se preserva el núcleo esencial del derecho fundamental a la propiedad –bien porque el particular puede seguir disfrutando de los derechos inherentes a la propiedad, bien porque el particular ha sido debidamente indemnizado– y (ii) existe proporcionalidad entre la restricción del derecho de propiedad y la satisfacción de la utilidad pública. Si esto puede demostrarse, se respetará la obligación de proporcionalidad en sentido estricto, cuarto y último ámbito de análisis del tamiz de proporcionalidad.

En este contexto, aunque la estructura normativa del Decreto-Ley 3.365/41 sea bastante simple –y de muy dudosa constitucionalidad– la única forma de

---

(21) Aquí, por supuesto, suena redundante hablar de la licitud de satisfacer una utilidad pública, pero hay muchos casos en los que la utilidad pública es una creación de la Administración Pública que pretende utilizar la expropiación para conseguir un fin distinto de una verdadera utilidad pública. Son casos en los que se utiliza indebidamente el acto administrativo expropiatorio.

(22) La ocupación temporal es la posibilidad de que las autoridades ocupen temporalmente terrenos no edificados adyacentes a una obra pública para hacer posible su realización. Una vez finalizada la obra, el terreno se devuelve a su propietario.

(23) Según MEDAUAR, O., la servidumbre administrativa «significa una carga real de uso, instituida por la Administración sobre la propiedad privada, para servir al interés público, indemnizando las pérdidas efectivamente sufridas» Cf. Derecho Administrativo Moderno, p. 351. En general, las cargas derivadas de la servidumbre administrativa implican el derecho a utilizar parte de un terreno y la imposición de obligaciones *non aedificandi*.

interpretar esta norma en consonancia con la naturaleza de derecho fundamental del derecho de propiedad es la descrita anteriormente. Imaginar que el decreto de utilidad pública de un determinado bien puede ser objeto de una aplicación binaria y directa es un gran error.

Es más, aplicar las teorías tradicionales (y obsoletas) de los actos administrativos al caso de la expropiación, afirmando el absurdo de que no se podría investigar el fondo de la expropiación, implicaría la desestimación del derecho a la propiedad como derecho fundamental, lo que viola flagrantemente el artículo 5 de la Constitución Federal.

Como la Constitución Federal de 1988 adoptó un sistema de constitución rígido, con supremacía y control concentrado, basado en cláusulas permanentes que no pueden ser alteradas y con primacía de los derechos fundamentales que tienen aplicación directa (artículo 5, párrafo 2.º), no se puede admitir que un acto administrativo que afecte directamente al contenido de un derecho fundamental pueda ser utilizado sin una amplia justificación, sin la necesaria ponderación, que resulte en la demostración de la proporcionalidad de la medida adoptada.

Es más que evidente que el advenimiento de la primacía de los derechos fundamentales ha traído consigo profundos cambios en las relaciones jurídicas del Derecho Administrativo, especialmente en lo que se refiere a las condiciones jurídicas de la gestión de las potestades discrecionales. Si antes existía un ámbito de decisión privado para la Administración Pública, ahora ésta está obligada a demostrar que su decisión respetaba la proporcionalidad en el caso concreto.

Por tanto, en el caso de la expropiación por causa de utilidad pública, se produce el más claro conflicto entre el derecho a la propiedad y la capacidad expropiatoria del Poder Público. Sin duda, la protección del derecho de propiedad como derecho fundamental supone serias limitaciones a la capacidad expropiatoria de la Administración, imponiéndole el deber de observar estrictamente el postulado de proporcionalidad y justificar de forma explícita y clara su decisión.

## 2.2 PODERES EXPROPIATORIOS

Una vez establecida la hipótesis de la incidencia de la expropiación por causa de utilidad pública, es necesario repasar las competencias expropiatorias para llevar a cabo estos procesos expropiatorios. Esto es especialmente relevante en el caso brasileño, dada la estructura federativa de la Administración Pública brasileña.

De acuerdo con el artículo 22, inciso II, de la Constitución Federal, es competencia exclusiva de la Unión Federal dictar normas sobre expropiación. En consecuencia, el Decreto-Ley 3.36/41, norma federal que trata del tema, es una norma nacional y debe ser aplicada por la Unión Federal, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios. A pesar de ser una norma muy anterior a la Constitución Federal de 1988, el Decreto-Ley 3.365/41 no ha sido hasta ahora objeto de discusión en cuanto a su aceptación por el texto constitucional vigente, aunque algunas de sus normas sean de dudosa constitucionalidad.

En este contexto, la norma que regirá todos los procesos de expropiación por utilidad pública en Brasil será siempre el Decreto-Ley 3.365/41, que prohíbe las normas de otros entes federales. Todos los entes federales tienen el poder de

#### IV. LAS EXPROPIACIONES EN EL DERECHO BRASILEÑO

declarar la utilidad pública de la propiedad privada y llevar a cabo el respectivo proceso de expropiación.

Esto se debe, naturalmente, a que cada ente federal tiene un conjunto específico de competencias, cuya realización, en algún momento y en alguna medida, puede exigir el uso de la propiedad privada. Por lo tanto, tanto la Unión como los Estados, el Distrito Federal y los Municipios tienen competencia para realizar procedimientos de expropiación, de acuerdo con el rito regulado por el Decreto-Ley 3.365/41 (24).

Sin embargo, es importante distinguir la facultad de determinar la expropiación de la facultad de promover la expropiación. Como se desprende del Decreto-Ley 3.365/41, solo la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios tienen el poder de determinar la expropiación, es decir, el poder de declarar que un determinado bien debe ser expropiado para satisfacer una determinada utilidad pública. Esta facultad no debe confundirse con la de realizar los actos materiales necesarios para completar la expropiación.

De acuerdo con el artículo 3.º del Decreto-Ley 3.365/41, los actos materiales necesarios para completar la expropiación pueden ser realizados por el Poder Público directamente (es decir, la Administración Pública federal, estadual, distrital o municipal, según el caso), así como por delegados de la Administración Pública, en especial concesionarios de servicios públicos (ítem I), entidades que ejercen funciones públicas por delegación (ítem III) e incluso contratistas para la ejecución de obras públicas bajo los regímenes de contrato de precio global, contrato integral y contratación integrada (25).

En consecuencia, el acto de determinar la expropiación de determinados bienes privados no puede delegarse. Este acto solo puede ser realizado directamente por el Gobierno. Sin embargo, los actos materiales de realización de la expropiación pueden delegarse, mediante contrato o reglamento, en determinadas personas jurídicas de derecho privado que ejercen funciones públicas.

### 2.3 PROCEDIMIENTO Y PROCESO DE EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA

El Decreto-Ley 3.365/41 es una norma tanto material como procesal. Eso porque, además de determinar los requisitos materiales para la expropiación, también regula los ritos procesales y procedimentales de la expropiación, particularmente en lo que se refiere a la acción expropiatoria (26).

---

(24) Sobre el tema, véase: SALLES, J. C. de M., *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, 6.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 122 ss.

(25) Los regímenes de contratación mencionados están definidos en el artículo 6.º de la Ley Federal núm. 14.133, del 1.º de abril de 2021, y, en síntesis, consisten en: (i) contratación de obras públicas bajo el régimen de contratación de precio global del objeto contratado (contratación de precio global); (ii) contratación de obras públicas bajo el régimen de contratación integral, que consiste en la entrega completa de un determinado emprendimiento público; y (iii) contratación de obras públicas de forma integrada entre proyecto y construcción.

(26) Un punto por destacar en esta cuestión es la terminología utilizada en Brasil para la actuación procesal de la Administración Pública. Mientras que la mayoría de los sistemas jurídicos segregan el procedimiento del proceso administrativo, siendo el primero desarrollado internamente

### 2.3.1 La fase administrativa de la expropiación por causa de utilidad pública

El punto de partida para el análisis procesal de la expropiación comienza con el decreto de utilidad pública de un determinado bien privado. Aquí, existe un acto administrativo de carácter declarativo, que asigna un determinado bien privado a una utilidad pública. Aunque el Decreto-Ley 3.365/41 estipule que este acto administrativo debe adoptar la forma de decreto del Jefe del Ejecutivo de cada ente federal, es común que leyes especiales deleguen la facultad de declarar la utilidad pública de un bien privado a entidades de la administración pública por medio de actos distintos de un decreto (27).

Con relación al acto administrativo que declara la utilidad pública de determinada propiedad privada, es posible identificar una primera inconstitucionalidad del Decreto-Ley 3.365/41. Esto se debe a que esta norma no impone a la Administración Pública el deber de realizar un proceso administrativo previo para dictar el acto. Se trata de una decisión unilateral tomada sin ninguna participación del destinatario (es decir, el propietario del bien a ser expropiado).

Digo que esto es inconstitucional porque las fracciones LIV y LV del artículo 5.º de la Constitución Federal imponen el deber de realizar un proceso legal previo, con garantía de los derechos de contradicción y amplia defensa, en los casos en que se tomen decisiones que afecten los derechos de los particulares. En otras palabras, siendo la expropiación una decisión altamente intrusiva en la esfera de los derechos individuales, su determinación no podría, a la luz de la Constitución Federal, llevarse a cabo sin un proceso administrativo previo con la participación del ciudadano afectado y la garantía de sus derechos de contradicción y defensa amplia.

En realidad, el sistema establecido por el Decreto-Ley 3.365/41 refleja un *modus operandi* anticuado del derecho administrativo, incompatible con la posición del ciudadano en el ordenamiento jurídico contemporáneo. Esto se debe a que el sistema se basa en la idea de que la Administración actúa, dicta el acto administrativo respectivo y, en caso de conflicto, el acto solo puede ser revisado por los órganos de control, después de que se haya perfeccionado y haya surtido efecto. Este es el sistema que existía en la época en que el acto administrativo era la única forma de expresión de la Administración Pública, según el sagaz razonamiento de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (28).

Como es bien sabido, en la actualidad el sistema de actuación de la Administración Pública se ha visto profundamente alterado en lo que respecta al papel y los derechos de los ciudadanos. En lugar de ser un mero espectador, cuya única

---

en la Administración Pública y el segundo ante el Poder Judicial (o la jurisdicción administrativa en algunos sistemas). Brasil adopta, por opción constitucional, una única terminología, refiriéndose a proceso para todas las actuaciones procesales de la Administración Pública, sean desarrolladas internamente o ante el Poder Judicial. Sobre el tema, ver: MEDAUAR, O., *A processualidade no Direito Administrativo*, 3.ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 35 ss.

(27) Por ejemplo, el artículo 24, inciso XIX, de la Ley Federal núm. 10.233, de 5 de junio de 2011, que delega a la Agencia Nacional de Transporte Terrestre (ANTT) la facultad de declarar la utilidad pública de la propiedad privada necesaria para la implantación de la infraestructura de transporte terrestre bajo la regulación de la agencia.

(28) Cf. SILVA, V. M. P. D. P. da, *En busca del acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 2003 (reimpresión del original de 1995, p. 11 ss.

alternativa es la vía contenciosa para impugnar la legalidad de un determinado acto de la Administración Pública, el ciudadano pasa a formar parte del proceso de toma de decisiones, exponiendo su punto de vista y su situación jurídica para que sean considerados por la Administración Pública antes de su decisión (29). Esta realidad es especialmente acentuada teniendo en cuenta el carácter no binario de la noción de utilidad pública expuesta en el subapartado II.1 anterior, ya que el proceso administrativo previo es el *locus* fundamental para valorar la proporcionalidad de una determinada medida por parte de la Administración Pública.

En este sentido, es incompatible con la Constitución Federal que la Administración Pública pueda decidir sobre el destino de la propiedad privada sin ningún tipo de participación previa de los ciudadanos afectados. Existe una clara violación a las garantías fundamentales de debido proceso legal, contradicción y defensa plena, garantizadas en las citadas fracciones LIV y LV del artículo 5.º de la Constitución Federal.

Sin embargo, hasta la fecha, incluso más de 35 años después de la promulgación de la Constitución Federal, no se han registrado casos de control concentrado o difuso de la norma en cuestión. Por lo tanto, a los efectos de la normativa vigente en Brasil, el punto de partida del proceso expropiatorio es el acto que declara la utilidad pública de un determinado bien.

No obstante lo anterior, el artículo 8 del Decreto-Ley 3.365/41 prevé la posibilidad de que un acto declarativo de utilidad pública provenga del Poder Legislativo. En este caso, existe una ley con efectos concretos que determina la utilidad pública de un determinado bien privado, sustituyendo simplemente un acto administrativo por un acto de naturaleza legislativa. Se trata de una situación inusual, pero no inexistente (30).

El acto que declara la utilidad pública de un determinado bien debe contener necesariamente una descripción detallada del bien a expropiar, así como –y sobre todo– una exposición clara y congruente de la utilidad pública que se pretende satisfacer y de los motivos que exigen la expropiación. Retomando lo dicho en el subapartado II.1 anterior, corresponde a la autoridad expropiante demostrar, de forma fehaciente, la proporcionalidad de la expropiación a la luz de las circunstancias del caso concreto.

Además, por regla general, toda propiedad privada está sujeta a un proceso de expropiación, ya sea mueble o inmueble, tangible o intangible. Basta con que exista una utilidad pública que satisfacer mediante la expropiación, con todas las salvedades ya mencionadas.

Los bienes públicos también pueden ser expropiados. Según el § 2 del artículo 2 del Decreto-Ley 3.365/41, el Gobierno Federal puede expropiar bienes de los Estados, del Distrito Federal o de los Municipios, y los Estados pueden expropiar bienes de los Municipios, siempre que haya autorización legislativa expresa de la entidad expropiante. Todas las normas procesales aplicables a la expropiación de bienes privados se aplican a la expropiación de bienes públicos.

---

(29) Sobre el tema, véase mi libro: *O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da democracia*, en MEDAUAR, O.; SCHIRATO, V. R., *Rumbos atuais do processo administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 9 ss.

(30) Tomemos, por ejemplo, la Ley Federal núm. 2874, de 19 de septiembre de 1956, que ordenó la expropiación de una parte considerable de terrenos situados en el Estado de Goiás para la construcción de la nueva capital federal, Brasilia.

Correcto. Una vez declarada la utilidad pública de un determinado bien, se pasa a la fase de realización de los actos materiales necesarios para la expropiación, que, conviene repetir, pueden ser realizados tanto por la Administración como por determinados agentes privados, como ya se ha descrito en el subapartado II.2 anterior. Estos trámites se inician en el ámbito administrativo y pueden llevarse al ámbito judicial. El plazo de prescripción para iniciar actos materiales de expropiación es de 5 (cinco) años a partir de la publicación del acto de declaración de utilidad pública (artículo 10 del Decreto 3.365/41).

En este sentido, el primer acto material de expropiación, en los términos de los artículos 10, 10-A y 10-B del Decreto 3.365/41, consiste en intentar una expropiación amistosa. En esta fase, el responsable de la expropiación busca un acuerdo con el particular expropiado, ofreciéndole una determinada cantidad de dinero para pagar la expropiación. Si se llega a un acuerdo, se completa la expropiación y la propiedad se transfiere al gobierno expropiante.

En relación con esta posibilidad, es fundamental destacar que el acuerdo alcanzado en una expropiación no la convierte en un negocio jurídico de compraventa. Esto es así porque la manifestación de la voluntad no se produce respecto a la venta del bien, ya que esta manifestación es innecesaria ante el poder expropiatorio del Estado, sino solo respecto al justiprecio, que siempre tendrá carácter indemnizatorio y nunca como contraprestación en un negocio jurídico bilateral y oneroso (31).

La oferta de transacción se hará mediante notificación que se enviará de conformidad con el artículo 10-A del Decreto 3.365/41 y el plazo para su aceptación es de 15 (quince) días. El silencio del particular en este plazo implica el rechazo de la oferta. En este punto, a pesar del silencio del Decreto-Ley 3.365/41, es claro que la oferta puede ser rehecha, buscando un consenso.

Recientemente, por medio de la Ley Federal núm. 13.867, de 26 de agosto de 2019, un nuevo artículo 10-B del Decreto 3.365/41 introdujo la posibilidad de mediación y arbitraje como alternativa al proceso judicial de expropiación. En este caso, el gobierno y el particular expropiado pueden optar por establecer un proceso de mediación, en la forma de la Ley Federal núm. 13.140, de 26 de junio de 2015, o de arbitraje, en la forma de la Ley Federal núm. 9.307, de 23 de septiembre de 1996, para concluir la expropiación. Todos ellos son medios alternativos de resolución de conflictos.

Si el acuerdo o la mediación resultan infructuosos, la expropiación pasará a la fase judicial, desencadenando el proceso expropiatorio. Solo cabe destacar que si se adopta el arbitraje, no habrá proceso judicial, dada la competencia jurisdiccional de los tribunales de arbitraje en Brasil.

### 2.3.2 Procedimientos legales de expropiación

Con relación al proceso judicial de expropiación, surge otro punto de flagrante inconstitucionalidad del Decreto-Ley 3.365/41: la cuestión del control judicial del acto de declaración de utilidad pública. Según el artículo 9.º del Decreto-Ley 3.365/41, «al Poder Judicial le está vedado, en el proceso de expropiación, decidir si se verifican

---

(31) Cf. JUSTEN FILHO, M., *Curso de Derecho Administrativo*, 13.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 551.

o no los casos de utilidad pública». Según esta norma, en el proceso expropiatorio solo se puede discutir el valor de la expropiación. Nunca su causa.

Me parece claro que la norma en cuestión es inconstitucional porque viola lo dispuesto en el artículo 5 (XXXV) de la Constitución Federal, que establece la inafastabilidad del control judicial. El proceso de expropiación no podría ser impedido de analizar el mérito de la expropiación, especialmente considerando el contenido de la subsección II.1 arriba.

Si bien no es posible discutir el fondo de la expropiación dentro del proceso expropiatorio, es totalmente posible iniciar acciones judiciales para discutirla, lo que significa que el acto que declara la utilidad pública es, de hecho, susceptible de ser impugnado. Sin embargo, a pesar de que el acto pueda ser impugnado, esto impone una carga considerable al ciudadano, ya que tendrá que enfrentar más de un proceso judicial para defender su derecho de propiedad, lo que pone de manifiesto la inconstitucionalidad del artículo 9 del Decreto-Ley 3.365/41.

Tras esta consideración inicial, el proceso expropiatorio es una acción con rito propio, determinada por los artículos 11 y siguientes del Decreto-Ley 3.365/41, aplicándose solo supletoriamente el Código de Procedimiento Civil. La acción expropiatoria se interpondrá en la jurisdicción donde se encuentre el bien expropiado y su objeto será el importe de la indemnización debida al particular que sufra la expropiación.

Una vez presentada la demanda, el tribunal competente designará a un perito para que determine el valor exacto del bien expropiado, con el fin de arbitrar correctamente el importe de la indemnización a pagar. En caso de urgencia probada en la toma de posesión del bien expropiado, la Administración podrá depositar en el juzgado la cantidad que considere oportuna en concepto de indemnización y solicitar la posesión provisional.

De conformidad con lo dispuesto en el § 1 del artículo 15 del Decreto-Ley 3.365/41, se concederá la posesión provisional en caso de depósito por parte de la Autoridad Pública (i) el importe ofrecido en los términos del artículo 10, si este importe es superior a 20 veces el valor de alquiler del inmueble (32); (ii) el importe equivalente a 20 veces el valor de alquiler del inmueble, si la oferta realizada en los términos del artículo 10 fue por un importe inferior; (iii) el valor catastral del inmueble, a efectos de la liquidación del impuesto sobre bienes inmuebles, si ha habido actualización de este valor en el ejercicio inmediatamente anterior; o (iv) el importe fijado por el juez, si no ha habido la actualización mencionada en el punto anterior.

Evidentemente, la regla de la imposición provisional determinada por el artículo 15 del Decreto-Ley 3.365/41 solo se aplica a los bienes inmuebles, pues son éstos los que deben tener la posesión directa transferida al Poder Público a los fines de la satisfacción de la respectiva utilidad pública.

Una vez efectuado el depósito y emitido el auto de posesión provisional, el Gobierno asume la propiedad del bien y puede llevar a cabo las intervenciones necesarias, incluida la demolición de los edificios existentes en la propiedad expropiada. En la práctica, la expropiación se consuma, aunque no se complete la transferencia de la propiedad.

Especialmente en el caso de las propiedades urbanas expropiadas, deben observarse las disposiciones del Decreto-Ley 1.075, de 22 de enero de 1970, según el cual

---

(32) El valor de alquiler de un inmueble es el valor de referencia de su renta, utilizado para calcular los impuestos, según el artículo 4 del Decreto-Ley 137 de 29 de diciembre de 1937.

debe establecerse un proceso contradictorio en cuanto al importe del depósito necesario para permitir la imposición. Si no hay acuerdo entre la Administración y el particular expropiado, el tribunal competente debe realizar un peritaje para determinar el importe que debe depositar la entidad expropiante (33).

El proceso de expropiación continuará hasta que el tribunal competente determine el importe justo de la indemnización a pagar. En ese momento, si la cantidad determinada es superior a la depositada inicialmente por el Gobierno, se le condenará a pagar la diferencia. Las reclamaciones que el particular pueda tener contra el Gobierno, derivadas del proceso de expropiación, serán atendidas mediante mandamientos de pago, en los términos del artículo 100 de la Constitución Federal.

## 2.4 EFECTOS DE LA EXPROPIACIÓN

La expropiación es una forma de adquisición originaria del derecho de propiedad por parte de la Administración, como reconoce ampliamente la jurisprudencia (34). Por tanto, con la expropiación desaparecen todos los vínculos reales y gravámenes que puedan recaer sobre el bien expropiado, ya sean judiciales o convencionales, que no se transfieren a la Administración expropiante. No en vano, el Código Civil reconoce el derecho a participar en la indemnización que se pague en determinadas circunstancias de existencia de derechos reales sobre bienes expropiados, como el artículo 1.376 en relación con el titular del derecho de superficie.

Además, el artículo 35 del Decreto-Ley 3.365/41 establece expresamente que los efectos de la expropiación son irreversibles y que los bienes expropiados no pueden reclamarse una vez incorporados al patrimonio público. Aunque se anule la expropiación, las posibles pérdidas se liquidan por daños y perjuicios.

La disposición en cuestión es objeto de numerosos debates doctrinales y jurisprudenciales. Como menciona Odete Medauar, la retrocesión de bienes expropiados está reconocida por la jurisprudencia, aunque implique el pago de daños y perjuicios (35). Además, Floriano de Azevedo Marques Neto advierte que el alcance del artículo 35 del Decreto-Ley 3.365/41 debe limitarse a los casos en que el bien expropiado haya sido afectado, pues si ni siquiera ha sido afectado, la expropiación no se consuma, ya que su declaración es nula (36).

## 2.5 EXPROPIACIÓN POR ZONA

Cabe mencionar también que el artículo 4 del Decreto-Ley 3.365/41 permite la expropiación de una zona contigua a la necesaria para las obras públicas que justifican la retirada del derecho de propiedad. Es decir, en lugar de expropiar

(33) Sobre el tema, véase: Meduar, O., *Derecho Administrativo Moderno*, p. 363.

(34) Entre muchos otros, ver: REsp 1.668.058-ES, del Tribunal Superior de Justicia, informado por el Juez Mauro Campbell Marques y juzgado por unanimidad el 8/6/2017, DJe 14/6/2017.

(35) Cf. MEDAUAR, O., *Derecho administrativo moderno*, p. 364.

(36) Sobre el tema, véase: MARQUES NETO, F. de A., *Bienes públicos: función social y explotación económica. El régimen jurídico de los servicios públicos*, Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 257-258.

#### IV. LAS EXPROPIACIONES EN EL DERECHO BRASILEÑO

exclusivamente el inmueble necesario para la realización de una determinada instalación pública, se permite expropiar la zona contigua, para su posterior venta por la Administración Pública.

El objetivo principal de la expropiación por zona es permitir que el Gobierno se apropie, en nombre de la comunidad, del valor inmobiliario de los bienes adyacentes a la zona en la que se instala un determinado equipamiento público. Esto se debe a que es muy común que se produzca una plusvalía excepcional de la propiedad en torno a la instalación de determinados equipamientos públicos, como los de movilidad urbana, parques, entre otros. Por lo tanto, con la expropiación por zona, este aprecio es captado por el Poder Público y repercutido en la comunidad, incluso financiando la implantación del respectivo equipamiento público (37).

A pesar de ser un mecanismo extremadamente valioso para el gobierno e incluso para la justicia social, la expropiación por zona se utiliza muy raramente en Brasil (38). Su uso más conocido históricamente, para la implantación de una línea de metro en São Paulo en los años 70, fue llevado ante el Tribunal Supremo y se reconoció su validez (39). Sin embargo, en los últimos tiempos, desde la Constitución Federal de 1988, no ha habido noticias de su uso.

#### 2.6 LA CUESTIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

El punto más controvertido en relación con la expropiación por causa de utilidad pública se refiere hoy a la indemnización debida al particular. Y es que, como se expondrá, el sistema previsto en el proceso expropiatorio recogido en el Decreto-Ley 3.365/41, junto con el sistema de pago de los créditos contra la Hacienda Pública regulado en la Constitución, hace que el pago de la indemnización debida pueda ser incluso justo, pero no es, por regla general, previo.

De acuerdo con el artículo 5 (XXIV) de la Constitución Federal, ya mencionado y transcrito en la Sección I anterior, la expropiación por causa de utilidad pública requiere una indemnización justa y previa en metálico. El contenido jurídico de esta disposición se explica por sí mismo: como condición legal para la expropiación, debe haber primero el pago, en efectivo, de una indemnización justa.

Por justa entendemos una indemnización que refleje adecuadamente el valor total de la propiedad que se va a expropiar. Esto implica, basándose en la opinión de SÉRGIO FERRAZ, que el valor de la indemnización no solo debe cubrir lo que el particular pierde como consecuencia de la expropiación, sino también lo que dejará de ganar, es decir, los beneficios que podría obtener del uso regular de su propiedad (40).

En este sentido, el valor a pagar al particular como consecuencia de la expropiación de su propiedad es el valor actual de mercado, que podría obtenerse

---

(37) MELLO, C. A. B. de, *Obra Pública a Custo Zero*, Revista Trimestral de Direito Público núm. 03/1993, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 32 ss.

(38) Sobre el tema, véase: MARQUES NETO, F. de A., *Bienes públicos: función social y explotación económica. El régimen jurídico de los servicios públicos*, p. 261.

(39) Se trata del caso RE 82.300/SP, juzgado por el Tribunal Supremo el 12 de abril de 1978 e informado por el juez Rodrigues Alckmin.

(40) Cf. FERRAZ, S., *A justa indenização na desapropriação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 18 ss.

regularmente en una operación de compraventa, según las condiciones existentes en un momento dado. Además, al valor de la propiedad deben añadirse otros valores que puedan tener valor, como el fondo de comercio o la minería, por ejemplo. En otras palabras, además del valor de mercado del bien, debe añadirse al importe de la indemnización el valor de cualquier otro elemento que permita la explotación económica del bien expropiado.

Por si fuera poco, también hay que compensar los gastos en que haya incurrido la parte privada en relación con la expropiación, incluidos los honorarios de abogados y los honorarios de expertos y asistentes técnicos(41). Por último, deben compensarse todas las pérdidas debidas a la devaluación de la moneda (inflación) y los costes de oportunidad (intereses).

En cuanto al momento de la expropiación, la Constitución establece que el pago debe hacerse por adelantado y en metálico. De ello se desprende que la justa indemnización es una condición legal para la expropiación. En este sentido, la expropiación exigiría tasar el justiprecio del bien a expropiar, sumar toda su posible explotación económica y pagarla íntegramente y en metálico para que se lleve a cabo.

Sin embargo, la realidad existente en Brasil desde hace décadas es muy diferente. Como puede deducirse del procedimiento de expropiación descrito en la subsección II.2 anterior, el Decreto-Ley 3.365/41 permite a la Administración Pública utilizar «atajos» para evitar el pago de una indemnización justa antes de la expropiación propiamente dicha.

Esto se debe a que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto-Ley en cuestión, la Administración Pública puede ser imitada provisionalmente en la posesión del bien expropiado mientras debate el justo valor de la expropiación. Basta con que deposite en el juzgado una cantidad arbitrada de acuerdo con el §1 de la disposición en cuestión, que será invariablemente inferior al justo valor del bien. Y la razón es sencilla: los registros públicos nunca son capaces de seguir la evolución de los precios de mercado y siempre están desfasados, por lo que cualquier valor arbitrado sobre la base de estos registros será inferior al valor real.

Es más, otras potencialidades económicas de la propiedad expropiada, como la producción rural o el fondo de comercio, ni siquiera se recogen nunca en estos registros y deben establecerse mediante tasaciones muy técnicas y, hasta cierto punto, lentas.

Ante este escenario, lo que tenemos hoy en materia expropiatoria es que, en la mayoría de los casos (42), el monto efectivamente percibido por el particular cuando pierde el derecho a la posesión de su propiedad es considerablemente inferior al justo monto que debería pagarse. Por lo tanto, de acuerdo con la disciplina procesal del Decreto-Ley 3.365/41, después de la imposición provisional de la Autoridad en posesión de la propiedad, sigue la discusión sobre el importe adecuado para la indemnización a pagar.

De esta forma, teniendo en cuenta las prerrogativas procesales de la Hacienda Pública (por ejemplo, doble plazo y reexamen necesario), tenemos un proceso judicial que dura mucho tiempo hasta la sentencia definitiva, lo que desvirtúa completamente

(41) Cf. MEDAUAR, O., *Derecho Administrativo Moderno*, p. 356.

(42) La gran excepción son las expropiaciones llevadas a cabo por concesionarios de servicios públicos. Para evitar retrasos y largas disputas legales, los concesionarios buscan expropiaciones consensuadas, llegando a menudo a cantidades satisfactorias para la parte expropiada.

#### IV. LAS EXPROPIACIONES EN EL DERECHO BRASILEÑO

el carácter previo de la indemnización. Y, aún con la sentencia firme, no hay satisfacción del derecho crediticio del particular, pues es necesario liquidar en orden cronológico, conforme al mandato u orden judicial.

Según el artículo 100 de la Constitución Federal, los créditos de los particulares contra el Estado, derivados de sentencias firmes, se satisfacen mediante mandamientos judiciales de pago, registrados por el tribunal competente y liquidados por orden cronológico, tan pronto como se disponga de recursos presupuestarios para dicha liquidación (43).

Teniendo en cuenta el número de órdenes de pago pendientes de pago y la disponibilidad de recursos presupuestarios para su liquidación, es habitual que una orden de pago tarde varios años en pagarse realmente, dependiendo del orden cronológico en que se registre.

Por tanto, lo que tenemos *in lege lata* es un sistema claramente inconstitucional que favorece el aplazamiento del pago de las cantidades debidas en concepto de indemnización en las expropiaciones. Dado que el problema público del aprovechamiento del bien expropiado se resuelve con la imposición de la posesión, el pago efectivo de las cantidades debidas se realizará muchos años después de la expropiación, incumpliendo el carácter previo de la indemnización que impone la Constitución Federal. En otras palabras, se permite llevar a cabo expropiaciones con el gasto de una cantidad que es claramente inferior a la cantidad real adeudada, haciendo los pagos constitucionalmente debidos en una fecha muy posterior a la determinada por la Constitución Federal.

Aunque se ha debatido constantemente sobre el tema, no hay solución a la vista. Más bien al contrario. De acuerdo con la Enmienda Constitucional núm. 114, de 16 de diciembre de 2021, se autorizó el fraccionamiento temporal de los mandamientos de pago, alargando aún más el tiempo de espera en el respectivo orden cronológico.

### 3. EXPROPIACIÓN POR INTERÉS SOCIAL

Además de la expropiación por causa de utilidad pública, regulada por el Decreto-Ley 3.365/41 y discutida en el apartado anterior, el Texto Constitucional prevé la expropiación por causa de interés social, destinada esencialmente a la realización de la reforma agraria en Brasil, entre otras finalidades más secundarias.

Además de varias diferencias que se señalarán debidamente en esta sección, el principal punto de distinción se refiere al motivo de la expropiación: mientras que la utilidad pública busca satisfacer una necesidad colectiva, la expropiación por interés social busca la justicia social mediante la distribución equitativa de la tierra entre la población. No hay empresa ni acción públicas concreta, sino un cambio social (44).

---

(43) De acuerdo con el § 5 del artículo 100 de la Constitución Federal, corresponde al Presidente del respectivo Tribunal de Justicia determinar la cuantía que se incluirá en el presupuesto para el pago de las órdenes de pago, en función de la disponibilidad de fondos.

(44) Cf. SILVA, V. A. da, *Derecho Constitucional Brasileño*, São Paulo: EDUSP, 2021, p. 221.

### 3.1 HIPÓTESIS DE ADMISIBILIDAD

La primera parte del artículo 184 de la Constitución Federal establece (*in verbis*): «corresponde al Gobierno Federal expropiar por interés social, para fines de reforma agraria, la propiedad rural que no esté cumpliendo su función social». Como se desprende de la disposición citada, la posibilidad de expropiación por interés social depende de la ocurrencia de dos elementos: (i) la existencia de una propiedad rural que no esté cumpliendo su función social; y (ii) la necesidad de reforma agraria, es decir, la exigencia de una distribución equitativa de la tierra rural.

El incumplimiento de la función social de la propiedad rural se mide por su productividad. Las propiedades rurales serán consideradas improductivas con base en un coeficiente de utilización, que mide su productividad en relación con su área total, conforme reglamenta la Ley Federal 8.629, de 25 de febrero de 1993. El Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria-INCRA, autoridad federal creada por el Decreto-Ley núm. 1.110, de 9 de julio de 1970, es responsable de verificar la productividad de la tierra y declarar el cumplimiento o no de su función social.

Por otra parte, la reforma agraria consiste en transferir la propiedad de las tierras rurales improductivas a los productores rurales que no poseen tierras en las que puedan producir. Se lleva a cabo sobre la base de un registro de trabajadores llevado por el INCRA y según criterios establecidos por la ley.

El párrafo 3.º del artículo 184 de la Constitución Federal establece que corresponde a una ley complementaria reglamentar el contradictorio especial a ser observado en el proceso judicial de expropiación por interés social para fines de reforma agraria. La ley en cuestión es la Ley Complementaria 76, de 6 de julio de 1993.

No pueden ser expropiadas por interés social para fines de reforma agraria: (i) las propiedades clasificadas como de pequeño o mediano porte, siempre que su propietario no posea otras tierras, y (ii) las propiedades productivas, de acuerdo con el artículo 185 de la Constitución Federal (45).

Además del caso del artículo 184 de la Constitución Federal, existen otros casos de expropiación por interés social, regulados por la Ley Federal 4.132, de 10 de septiembre de 1962. La finalidad de la expropiación por interés social en virtud de la Ley 4.132/62 es «promover la justa distribución de la propiedad o condicionar su utilización al bienestar social», según se establece en el artículo 1. Además, según esta ley, los casos de interés social son los determinados por el artículo 2, también considerado *numerus clausus*, al igual que los casos de utilidad pública determinados por el artículo 5 del Decreto-Ley 3.345/61.

### 3.2 PODERES EXPROPIATORIOS

La competencia para realizar la expropiación de interés social varía de acuerdo con la finalidad del bien expropiado. De acuerdo con el artículo 184

---

(45) Como señala MENDES, G. F., la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma que la determinación de si una determinada propiedad rural es o no productiva no se puede calibrar in situ en caso de invasión por parte de trabajadores de movimientos sociales, ya que el nivel de productividad puede verse alterado por el despojo. *Derechos Fundamentales y Control de Constitucionalidad – Estudios de Derecho Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 170-171.

de la Constitución, la expropiación por causa de interés social para fines de reforma agraria solo puede ser realizada por la Unión Federal, estando vedado a los estados, al Distrito Federal y a los municipios intentar la expropiación de bienes para fines de reforma agraria. Por lo tanto, es competencia exclusiva de la Unión Federal, a través del INCRA, realizar la expropiación con fines de reforma agraria.

Por otro lado, los demás casos de interés social previstos en la Ley 4.132/62 pueden ser decretados por todos los entes federales, siendo, por lo tanto, de competencia de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios (46). En este sentido, es imperativo interpretar el artículo 2.º de la Ley 4.132/62 de acuerdo con la Constitución Federal, entendiendo que sus incisos I, II, III y IV, que tratan de la forma agraria, solo pueden ser tratados por la Unión Federal.

### 3.3 PROCESO DE EXPROPIACIÓN

El proceso de expropiación por interés social varía en función de la causa. En el caso de la expropiación por interés social con fines de reforma agraria, existe un proceso especial llevado a cabo por el INCRA.

El proceso de expropiación se inicia con el decreto de interés social de una determinada propiedad rural, después de determinar que su función social no se ha cumplido (artículo 184, párrafo 2). Una vez más, el INCRA es responsable por la determinación del incumplimiento de la función social y el Presidente de la República por la emisión del respectivo decreto de interés social – también en este caso, un acto administrativo de carácter declarativo.

Una vez emitido el Decreto, hay un proceso judicial de expropiación, con un procedimiento contradictorio especial regido por la Ley Complementaria 76/93 (47). De acuerdo con el artículo 6 de esta ley, una vez recibida la acción de expropiación, inmediatamente o en el plazo de 48 horas, hay una orden de toma de posesión, para que la zona pueda ser regularizada y transferida a los trabajadores rurales registrados en el INCRA.

No puede haber discusión sobre el interés social declarado, en los términos del artículo 9 de la Ley Complementaria 76/93, y el proceso judicial solo sirve para definir la cuantía de la indemnización debida. Si hay acuerdo sobre esta cuantía, debe ratificarse en sentencia. Si no hay acuerdo, se designará un perito y el tribunal competente fijará la cuantía debida en sentencia dictada en la audiencia preliminar o en el plazo de 30 días desde la celebración de la audiencia, tras la conclusión de la respectiva pericia y demás trámites que se determinen.

En el caso de las demás hipótesis de interés social determinadas por la Ley 4.132/62, se aplica subsidiariamente el rito procesal del Decreto-Ley 3.365/41, y el proceso también es iniciado por el decreto de interés social por el respectivo ente federal interesado en la expropiación. Por lo tanto, se remite a lo dicho en la subsección II.3 anterior.

---

(46) Cf. GARCIA, J. A., *Desapropriação – Comentários ao Decreto-Lei núm. 3.365/41 e à Lei núm. 4.132/62*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 231.

(47) Dado que la expropiación es competencia exclusiva de la Unión Federal, el caso será examinado por el Tribunal Federal, sobre la base del artículo 109 de la Constitución Federal.

### 3.4 INDEMNIZACIÓN

La indemnización debida en los casos de expropiación por interés social también variará en función de la causa de la supresión de la propiedad privada.

En el caso de expropiación por causa de interés social para fines de reforma agraria, en los términos del artículo 184 de la Constitución Federal, la indemnización respectiva se pagará en bonos públicos federales de deuda agraria, amortizables en un plazo de 20 años a partir del segundo año de su emisión. Estos bonos son emitidos únicamente por el Gobierno Federal, forman parte de su deuda consolidada en valores mobiliarios y siguen las reglas definidas en el artículo 20 del Decreto 11.301, del 21 de diciembre de 2022. Los plazos de amortización se fijan en el momento de la emisión entre 5, 10, 18 y 20 años, de acuerdo con los criterios definidos por la Ley 8.629/93.

Aquí, es importante destacar que existe una excepción a la obligación de pagar una indemnización justa, previa y en efectivo, determinada por el mencionado inciso XXIV del artículo 5.º de la Constitución Federal. Esto se debe a que, en el caso de la expropiación prevista en el artículo 184 de la Constitución Federal, existe un carácter sancionador debido al incumplimiento de la función social de la propiedad. Por lo tanto, la Carta Constitucional autoriza que la indemnización debida pueda ser liquidada en hasta 20 años.

Sin embargo, las mejoras útiles y necesarias deben indemnizarse en efectivo y por adelantado. Las mejoras voluptuarias se indemnizan mediante bonos de deuda pública (48). La clasificación de las mejoras como útiles, necesarias y voluptuarias sigue las normas del artículo 96 del Código Civil.

En los demás casos de expropiación por causa de utilidad social, en virtud de la Ley 4.132/62, se aplican las normas del Decreto-Ley 3.365/41, incluyendo la definición y forma de pago de la respectiva indemnización.

### 3.5 DESTINO DEL BIEN

La expropiación por causa de utilidad social presenta una peculiaridad considerable en relación con la regla general de la expropiación por causa de utilidad pública. Mientras que en esta última los bienes expropiados pasan generalmente a formar parte del patrimonio público por una buena (49), en la expropiación por causa de utilidad social, la regla general es que los bienes expropiados se transfieren a terceros.

En caso de expropiación por interés social con fines de reforma agraria, es imprescindible que la propiedad se transfiera a un tercero. En estos casos, hay un proceso en dos etapas. En la primera, el derecho de uso y posesión directa de la propiedad se transfiere a los trabajadores rurales inscritos regularmente en el INCRA, mientras que la propiedad sigue siendo pública. Después de un cierto

---

(48) Cf. MENDES, G. F., *Derechos fundamentales y control de constitucionalidad-Estudios de Derecho Constitucional*, p. 169.

(49) Por supuesto, existen excepciones, como las expropiaciones realizadas para la construcción de viviendas de interés social, en las que el bien expropiado será revendido. Sobre el tema, véase: MEDAUAR, O., *Destino de los bienes expropiados*, p. 85 ss.

#### IV. LAS EXPROPIACIONES EN EL DERECHO BRASILEÑO

período de tiempo y sujeto a ciertas condiciones legales, la propiedad de la finca se transfiere a estos trabajadores (50).

En cualquier caso, el fin primordial de los bienes expropiados es su transmisión a terceros, y solo pasan a formar parte del patrimonio público de forma temporal.

En cuanto a los demás casos de expropiación por interés social, previstos en la Ley 4.132/62, existe la posibilidad tanto de transferencia del bien expropiado a terceros (por ejemplo, en el caso de los ítems I a V) como de retención del bien por la Administración Pública (en el caso de los ítems VI a VIII). Por lo tanto, el destino de los bienes variará en función del interés social que motivó la expropiación.

#### 4. EXPROPIACIÓN-SANCIÓN EN DERECHO URBANÍSTICO

Finalmente, existe un último tipo de expropiación previsto en la legislación brasileña, que es el regulado en el § 4 del artículo 182 y que puede denominarse expropiación sancionadora, llevada a cabo por los municipios debido al incumplimiento continuado y reiterado de la función social de la propiedad urbana.

##### 4.1 HIPÓTESIS DE ADMISIBILIDAD

La posibilidad de expropiación-sanción en el derecho urbanístico es bastante restringida: solo puede darse cuando hay incumplimiento reiterado y continuado de la función social de la propiedad urbana, según el punto III del § 4 del artículo 184 de la Constitución.

Según el §2 del mismo artículo 184, la propiedad urbana cumplirá su función social cuando se utilice de acuerdo con el Plan Director municipal. El Plan Director, a su vez, es una ley municipal de obligado cumplimiento para todos los municipios de más de 20.000 habitantes, que regula, de forma detallada, el uso del suelo urbano y las directrices urbanísticas a seguir (51).

Así, la expropiación solo puede considerarse en caso de incumplimiento continuado y reiterado del uso de un determinado inmueble urbano a la luz del respectivo Plan Director municipal. Es importante destacar que, a pesar de estar prevista desde la promulgación de la Constitución de 1988, la expropiación por sanción nunca se ha producido realmente en Brasil.

---

(50) De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 8.629/93, el asentamiento de trabajadores rurales en tierras expropiadas, en el ámbito de la reforma agraria, se realizará mediante concesiones reales de derecho de uso, no negociables por un período de 10 años y otorgadas a título gratuito. Posteriormente, las concesiones otorgadas se convierten en títulos de dominio. La razón de esta división en etapas es evitar la comercialización de las tierras entregadas durante la aplicación de un plan de reforma agraria.

(51) Según SILVA, J. A. da: «El plan director, como instrumento para el ejercicio de la función urbanística de los municipios, es un plan general y global cuya función es sistematizar el desarrollo físico, económico y social del territorio municipal, con vistas al bienestar de la comunidad local». Cf. *Direito Urbanístico brasileiro*, 5.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 139-140.

Por último, es importante destacar que la expropiación en cuestión solo puede tener lugar en relación con propiedades urbanas (es decir, quedan excluidas las propiedades situadas en las zonas rurales de los respectivos municipios) que no cumplan su función social.

#### 4.2 PODERES EXPROPIATORIOS

Como se desprende claramente de las disposiciones del artículo 182 de la Constitución Federal, solo los municipios pueden llevar a cabo la expropiación-sanción de propiedades urbanas. Esto se debe a que dicha expropiación no es más que el cumplimiento de una política urbana, que es un deber constitucional de los municipios, según el artículo 182 y el artículo 30, inciso VIII, de la Constitución Federal.

El Distrito Federal también es competente para promover la expropiación-sanción, ya que combina las competencias constitucionales de los estados y municipios, *ex vi* artículo 32, § 1, de la Constitución Federal. Los estados y la Unión no tienen competencia legal para tramitar la expropiación en discusión.

#### 4.3 PROCESO DE EXPROPIACIÓN

La particularidad de la expropiación-sanción en el derecho urbanístico es que se realiza exclusivamente por vía administrativa, sin necesidad de procedimiento judicial. Las directrices para su procedimiento se establecen en el § 4 del artículo 182 de la Constitución Federal, con detalles contenidos en la norma conocida como Estatuto de la Ciudad (Ley Federal núm. 10.257, de 10 de julio de 2001).

De acuerdo con los artículos 5.º, 6.º, 7.º y 8.º del Estatuto de la Ciudad, el proceso de expropiación-sanción pasa por cuatro etapas: (i) notificación al propietario del incumplimiento de la función social de la propiedad (52); (ii) concesión al propietario de un plazo de un año para que se instale o construya en la propiedad con el fin de adecuarla al Plan Director – lo que se conoce como parcelación o edificación forzosa; (iii) en caso de incumplimiento de la parcelación o edificación obligatoria, el Municipio instituirá un aumento creciente de la tasa del Impuesto sobre la Propiedad Urbana (IPTU) por un período de 5 (cinco) años consecutivos solo en relación a la propiedad que no cumpla su función; y (iv) en caso de persistencia del incumplimiento de la función social de la propiedad después de los 5 años de IPTU progresivo, expropiación de la propiedad.

En otras palabras, en el caso de la expropiación-sanción, la vía para la expropiación es únicamente administrativa, y no existe ninguna decisión judicial al respecto.

Por último, solo cabe mencionar que la expropiación-sanción requiere previsión expresa y específica en la ley que aprobó el Plan Director. Por lo tanto, aunque esté prevista en la Constitución y en el Estatuto de la Ciudad, debe figurar expresamente en la ley municipal.

---

(52) El apartado 1 del artículo 5 del Estatuto de la Ciudad establece como parámetro de incumplimiento la infrautilización de la propiedad, que se define como el uso por debajo de los límites mínimos establecidos por el Plan Director.

## IV. LAS EXPROPIACIONES EN EL DERECHO BRASILEÑO

### 4.4 INDEMNIZACIÓN

Al igual que la expropiación de interés social con fines de reforma agraria, la expropiación-sanción también es una excepción a la regla de la indemnización previa. Conforme determina el inciso III del § 4.º del artículo 182 de la Constitución Federal, la indemnización en la expropiación-sanción urbana se paga en títulos públicos emitidos por los municipios, con plazo de amortización de hasta 10 (diez) años.

En otras palabras, al ser también una forma de sanción por incumplimiento de la función social de la propiedad, la expropiación-sanción no permite la indemnización previa en metálico. Las cantidades adeudadas, calculadas según la regla del §2 del artículo 8 del Estatuto de la Ciudad (53), se pagan en bonos públicos emitidos por el municipio.

A pesar del paralelismo de formas entre los artículos 182, § 4, y 184 de la Constitución Federal, la posibilidad del artículo 182 encuentra un obstáculo considerable, ya que la emisión de obligaciones públicas por parte de los municipios depende de una autorización previa y específica del Senado Federal, que no se aplica a las obligaciones reguladas por el artículo 184.

Por lo tanto, para que la expropiación-sanción tenga lugar en la práctica, es necesario que transcurra todo el plazo previsto en los artículos 5 a 7 del Estatuto de la Ciudad (al menos 7 años, sumando todos los plazos), además de una autorización específica del Senado Federal para que el municipio pueda emitir los respectivos títulos de deuda.

### 4.5 DESTINO DE LOS BIENES EXPROPIADOS

Como se desprende de los §§ 4 y 5 del artículo 8 del Estatuto de la Ciudad, el Municipio dispondrá de un plazo máximo de 5 (cinco) años para utilizar el bien expropiado según lo determine el Plan Director, ya sea directamente o mediante concesión o venta a un tercero. Es decir, existe discrecionalidad en cuanto al uso de la propiedad, que puede ser utilizada directamente por el Gobierno o transferida a un tercero.

## 5. NOTAS FINALES

La expropiación sigue siendo un instrumento muy utilizado y relevante para la Administración Pública brasileña. Aunque existan tres tipos principales, uno de los cuales se divide en dos subespecies, lo que se observa es un enorme predominio de la expropiación por utilidad pública, con cierta relevancia también de la expropiación por interés social con fines de reforma agraria. Las expropiaciones por interés social reguladas por la Ley 4.132/62 y la expropiación-sanción de derecho urbanístico prácticamente no se utilizan.

---

(53) Esta disposición establece que la indemnización debida se calculará en función de los registros de valor utilizados como base para el ITPU, sin posibles adiciones derivadas del lucro cesante u otros valores.

En este sentido, cabe señalar que la expropiación por interés social con fines de reforma agraria se aborda directamente en la Constitución vigente, con normas infraconstitucionales promulgadas después de 1988 y, por tanto, más acordes con el orden constitucional actual, aunque algún punto pueda suscitar algún debate.

Por otro lado, las expropiaciones por causa de utilidad pública se basan, a pesar de su expresa previsión constitucional (artículo 5.º, inciso XXIV), en una norma muy anterior a la Constitución Federal de 1988, promulgada en una época en que el Estado brasileño era marcadamente autoritario (54).

Por lo tanto, la disciplina infraconstitucional de la expropiación por causa de utilidad pública no está, en mi opinión, en consonancia con la actual Constitución Federal. El camino que seguir para la declaración de utilidad pública sin un proceso administrativo que garantice un proceso contradictorio y la plena defensa, el rito de la acción expropiatoria y la posibilidad de expropiación sin el pago de la debida indemnización en su totalidad son puntos claramente contrarios a la Constitución vigente.

El Decreto-Ley 3.365/41 se mantiene por su enorme practicidad para el gobierno, ya que sus inconstitucionalidades permiten una expropiación más rápida y con menos costes inmediatos. Sin embargo, no es en absoluto coherente con un Estado Democrático de Derecho construido sobre derechos fundamentales preservar una norma que regula la intervención administrativa más intrusiva y que arrebatara los derechos más básicos de los particulares. Urge sustituir la legislación infraconstitucional sobre expropiaciones por causa de utilidad pública, aunque esto ni siquiera se vislumbra en el horizonte.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R.: *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, Malheiros, São Paulo, 2008, , trad. Virgílio Afonso da Silva.
- AUBY, J.-M., BON, P., AUBY, J.-B., TERNEYRE, P.: *Droit Administratif des Biens*, 6.ª ed., Dalloz, París, 2011.
- ÁVILA, H.: *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 14.ª ed., Malheiros, São Paulo, 2013.
- BERKEMANN, J.: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit – Bericht über den «State of the Art»*, en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 2018, p. 741 ss, Colonia: Carl Heymanns, 2018.
- BOBBIO, N.: *La era de los derechos*, Campus, Río de Janeiro, 1992.
- EPPING, V.: *Grundrechte*, 4.ª ed., Springer, Heidelberg, 2010.
- FAGUNDES, M. de S.: *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1949.
- FERRAZ, S.: *A justa indenização na desapropriação*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978.
- GARCIA, J. A.: *Expropiación – Comentarios al Decreto-Ley núm. 3.365/41 y a la Ley núm. 4.132962*, Atlas, São Paulo, 2014.
- JUSTEN FILHO, M.: *Curso de Derecho Administrativo*, 13.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018.

---

(54) Como referencia, la Constitución vigente en la época del Decreto-Ley 3.365/41 era la de 1937, que consolidó la dictadura del presidente Getúlio Vargas.

#### IV. LAS EXPROPIACIONES EN EL DERECHO BRASILEÑO

- KLATT, M., MEISTER, M. M.: *The constitutional structure of proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- MARQUES NETO, F. de A.: *Bienes públicos: función social y explotación económica. El régimen jurídico de los servicios públicos*, Fórum, Belo Horizonte, 2010.
- MEDAUAR, O.: *Proceduralidad en Derecho Administrativo*, 3.ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2021.
- *Destino de los bienes expropiados*, Max Lemonad, São Paulo, 1986.
- *Derecho Administrativo Moderno*, 23.ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2023.
- MELLO, C. A. B. de.: *Obra Pública a Custo Zero*, Revista Trimestral de Direito Público núm. 03/1993, Malheiros, São Paulo, 1993, p. 32 ss.
- MENDES, G. F.: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2012.
- SALLES, J. C. de M.: *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, 6.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- SCHIRATO, V. R.: *¿Es discrecional el poder policial?*, en Medauar, Odete; (org.). *Poder de polícia na actualidade*, Fórum, Belo Horizonte, 2014.
- *O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da democracia*, en Medauar, Odete; *Rumbos atuais do processo administrativo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
- SILVA, J. A. da: *Direito Urbanístico brasileiro*, 5.ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008.
- SILVA, V. M. P. D. P. da: *En busca del acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpresión del original de 1995).
- SILVA, V. A. da: *Derecho Constitucional Brasileño*, EDUSP, São Paulo, 2021.
- *Derechos fundamentales – contenido esencial, restricciones y efectividad*, Malheiros, São Paulo, 2009.
- WOLFF, H. A., y DECKER, A.: *Studienkommentar VwGO VwVfG*, C. H. Beck, Munich, 2005.