

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

RAFAEL MENNA BARRETO VON GEHLEN

**TERRENOS DE MARINHA:
CARACTERIZAÇÃO E PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO SUA
DEMARCAÇÃO**

**Porto Alegre
2011**

RAFAEL MENNA BARRETO VON GEHLEN

**TERRENOS DE MARINHA:
CARACTERIZAÇÃO E PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO SUA
DEMARCAÇÃO**

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor
Telmo Candiota da Rosa Filho

**PORTO ALEGRE
2011**

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC - Código Civil de 2002

CF - Constituição Federal de 1988

CPC - Código de Processo Civil

GRPU - Gerência Regional do Patrimônio da União

LPM - Linha do Preamar Médio

ON GEADE - Orientação Normativa da Gerência de Área de Cadastramento e Demarcação

SPU - Secretaria do Patrimônio da União

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

Esta monografia analisa o processo de determinação dos terrenos de marinha em cotejo com princípios fundamentais regentes das relações de Administração Pública. Questiona-se a validade da citação editalícia em relação a interessados de residência conhecida e os métodos empregados pela Secretaria do Patrimônio da União para o aferimento da linha do preamar médio de 1831, tendo sempre como supedâneo a jurisprudência e a melhor doutrina. Para um melhor entendimento do instituto das marinhas, apresenta-se também um estudo de sua evolução histórica, das longínquas Lezírias do direito português, passando pelos diplomas editados durante o período do Reino Unido, Império e República, culminando com o Decreto-Lei 9.760/46. Por fim, expomos um método de mensuração extremamente acurado, com base em tese de doutorado defendida no ano de 2002 por Obéde Pereira Lima na Universidade Federal de Santa Catarina, calcado em técnicas matemáticas, físicas e computacionais para determinação da linha do preamar médio de 1831, marco inicial do dimensionamento dos terrenos de marinha.

Palavras-chave: Terrenos de Marinha. Linha do preamar médio de 1831. Processo de determinação. Secretaria do Patrimônio da União. Legalidade dos Atos Administrativos. Retrovisão de preamares. Análise de Fourier.

ABSTRACT

This paper analyzes the tide lands determination process in confrontation with the governing fundamental principles of Public Administration relations. We question the service of process by publication validity in case of party served with know residence and the methods employed by the Unions Patrimony Secretariate for the 1.831 mean high tide line measurement, always grounded by case law and best doctrine. For a better understanding of tide lands, it is also presented a study of its historical evolution, from the distant Portuguese law Lezírias, statutes edited during the United Kingdom period, Empire and Republic, culminating with the Decree-Law 9.760/46. Finally, we present an extremely accurate measurement method, based on a doctoral thesis defended in 2002 by Obedé Pereira Lima at the Federal University of Santa Catarina, grounded on mathematical, physical and computational techniques for the 1.831 mean high tide line determination, the initial boundary for tide lands sizing.

Keywords: Tide Lands. 1.831 Mean High Tide Line . Determination process. Unions Patrimony Secretariate. Legality of Administrative Acts. High Tides Forecast. Fourier analysis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 CARACTERIZAÇÃO DOS TERRENOS DE MARINHA.....	8
1.1 Bens Públicos.....	8
1.1.1 Bens de Uso Comum.....	12
1.1.2 Bens de Uso Especial.....	12
1.1.3 Bens Dominicais.....	13
1.1.4 Regime Jurídico.....	13
1.2 Terrenos de Marinha.....	17
1.2.1 Evolução Histórica.....	17
1.2.2 Conceito de terrenos de marinha.....	25
1.2.3 Uso dos Terrenos de Marinha pelo Particular.....	30
2 DEMARCAÇÃO E DISCRIMINAÇÃO DOS TERRENOS DE MARINHA.....	35
2.1 Processo Administrativo de demarcação dos terrenos de marinha.....	36
2.2 Processo de discriminação dos terrenos de marinha.....	37
2.2.1 Processo Administrativo.....	38
2.2.2 Processo Judicial.....	40
2.3 Problemática: colisão com os Princípios Fundamentais regentes das relações de Administração Pública.....	42
2.3.1 Colisão com o Princípio do Devido Processo Legal.....	42
2.3.2 Colisão com o Princípio da Legalidade.....	48
2.4 Método científico para determinação das linhas do preamar médio de 1831.....	57
2.5 Análise Jurisprudencial.....	62
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por desiderato uma análise crítica do atual processo de determinação dos terrenos de marinha realizado pela administração através da Secretaria do Patrimônio da União - S.P.U.

A monografia será estruturada em dois capítulos. No primeiro, que pode ser concebido como uma verdadeira parte geral, analisam-se as características do instituto terrenos de marinha. Iniciamos por um estudo genérico dos bens públicos - método de abordagem dedutivo, do geral para o particular portanto -, a fim de cotejá-los com as marinhas, identificando semelhanças e diferenças (gênero próximo e diferença específica), o que nos proporcionará uma visão aprofundada da natureza jurídica das mesmas. Vencida esta primeira etapa, procedemos à análise histórica do instituto, que inicia-se ainda no Brasil colônia, passando pelo Reino Unido, Império - com ênfase à Instrução do Ministério da Fazenda de 14 de novembro de 1832 -, proclamação da República, e, finalmente, chegando ao século XX, com o advento, entre outros, do Decreto-Lei 9.760/46 e especialmente da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. O método procedimental histórico realizado na seção 1.2.1 permitirá uma melhor compreensão das marinhas, as quais serão então conceituadas no item 1.2.2. Aqui realizar-se-á também a análise de institutos que, justamente por partilharem algumas das características dos terrenos de marinha, são com eles confundidos, contribuindo em muito para aumentar a insegurança jurídica que ronda o tema. No próximo tópico - 1.2.3 -, poderemos vislumbrar a plêiade de institutos jurídicos, sejam de direito real ou pessoal, proporcionados pelo sistema para que o particular usufrua dos chamados terrenos de marinha. A profusão destes institutos, somada ao amplíssimo vulto da costa marítima brasileira, já denota a importância do estudo do tema abordado neste trabalho.

No capítulo 2, parte especial desta obra, inicia-se o estudo do processo de determinação dos terrenos de marinha realizado pela administração. Nossa tese central - com supedâneo na doutrina e corroborada pela jurisprudência como se mostrará - é de que o procedimento hodierno de demarcação é realizado à revelia de comando legal, mais especificamente, em contradição com o disciplinado no

artigo 2º do Decreto-Lei 9.760/46. Este diploma normativo, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, contém, em seu Art. 2º, a definição positiva de terrenos de marinha. Utiliza para tanto o conceito de linha do preamar médio de 1831. Tal preceito – linha do preamar médio de 1831- tem sido desrespeitado pela S.P.U. – que por vezes utiliza-se da linha de jundu, e, por outras, não das preamares médias, mas das sizígias e até mesmo das preamares de outros anos. Estes métodos e conceitos serão profundamente analisados, mostrando as graves e injustas consequências que defluem do desrespeito ao comando legal adotado em vários procedimentos, e que, por isso mesmo, encontram-se eivados de vício, passíveis de serem declarada sua nulidade por afronta ao princípio da legalidade.

A par do problema de legalidade relativo ao critério de demarcação, sustentaremos ainda a inconstitucionalidade do atual art. 11 do Decreto-Lei 9.760/46, modificado pela Lei 11.481/2007, a qual permitiu que a ciência do processo de demarcação de terrenos de marinha aos interessados de residência conhecida ocorra unicamente por edital – a redação antiga previa citação pessoal e por edital. A mera citação ficta é patente desrespeito aos princípios do devido processo e contraditório, insculpidos respectivamente no art. 5º incisos LIV e LV da Constituição Federal de 1988.

Por fim, explicaremos como a determinação das linhas do preamar médio de 1831, ou de qualquer ano passado ou futuro, pode ser realizada com grande grau de precisão, através de recursos técnicos provenientes das ciências matemáticas, físicas e computacionais. A exposição terá por base tese de doutorado defendida em 2002 por Obéde Pereira Lima na Universidade Federal de Santa Catarina no programa de Pós-Graduação em Engenharia Civil.

1 CARACTERIZAÇÃO DOS TERRENOS DE MARINHA

Nesta monografia, o primeiro capítulo tem função de parte geral. Sendo assim, faremos um estudo propedêutico do instituto das marinhas, procurando identificar sua natureza jurídica, para, posteriormente, podermos compreender o regime jurídico que o regerá. Para tanto, começaremos a análise através do estudo dos bens públicos e de sua taxonomia, principalmente a tradicionalmente aceita que leva em conta para a classificação o critério de sua destinação. Vencida esta primeira etapa, estaremos em condições de obter uma compreensão mais aprofundada sobre este importante instituto, procedendo então à sua conceituação na seção 1.2.

1.1 Bens Públicos

Preleciona Diógenes Gasparini que a locução “bens públicos” é composta por conceitos equívocos. Temos o substantivo “bem” e o adjetivo “público”. Em termos filosóficos, podemos considerar “bem” como tudo aquilo passível de satisfazer o homem. Num sentido jurídico, mais restrito portanto, “bem” deve ser considerado como todo valor material ou imaterial passível de vir a ser objeto de direito¹. Temos então, a título de exemplo, bens semoventes – como cabeças de gado, cavalos, cães -, bens móveis, bens imóveis, créditos, etc. Quanto ao adjetivo “público”, temos que pode expressar tanto o proprietário do bem quanto meramente o sujeito que virá a utilizá-lo. Assim, poderíamos entender “bem público” como bem de propriedade de uma pessoa política ou como um bem a ser utilizado pelo público. Vemos que é necessário precisar com exatidão o significado da expressão. Segundo o autor, “bens públicos são todas as coisas materiais ou imateriais pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público e as pertencentes a terceiros quando vinculadas à prestação de serviço público”². São pessoas jurídicas de Direito Público interno as pessoas políticas – União, Estados, Municípios, Distrito Federal – e suas

1 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. .rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 880

2 *Ibidem*, p. 881

autarquias³.⁴ Também serão incluídos no rol de bens públicos aqueles pertencentes a pessoas de direito privado encarregadas de prestar serviços públicos, quando afetos os bens a estes mesmos serviços. Logo, se tivermos uma empresa privada concessionária de um serviço público, e.g. uma empresa de energia elétrica, os bens vinculados diretamente à prestação serão considerados públicos, incidindo o regime jurídico publicista. Se, por outro lado, estivermos tratando de sociedades de economia mista⁵ ou empresas públicas⁶ - entidades submetidas ao controle estatal portanto – mas que não se direcionem à prestação de serviço público, estando destinadas ao exercício de atividade econômica em sentido estrito, regidas pelo § 1º

3 Conforme o art. 41 do Código Civil de 2002.

4 A Constituição de 1988 conferiu vários privilégios às Fundações Públicas, emparelhando-as com as autarquias em vários dispositivos. Devido ao tratamento concedido pelo constituinte originário às Fundações Públicas, grande parte da doutrina administrativa de outrora passou a defender o reconhecimento de personalidade de Direito Público a estas entidades. Com o advento da Emenda Constitucional 19 de 1988, modificou-se a redação do art. 37 inciso XIX. Este passou a estabelecer duas formas distintas de criação de entidades da administração indireta: instituição realizada diretamente por edição de lei específica e mera autorização concedida por lei específica para sua posterior criação. A primeira forma é destinada à criação de autarquias, pessoas jurídicas de direito público; a segunda, a pessoas jurídicas de direito privado, entre as quais arrola o referido inciso as fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. Ainda assim, a doutrina majoritária e a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, afirmam a possibilidade de fundações públicas serem criadas diretamente por lei, caso em que adquirirão personalidade jurídica de Direito Público. Serão então consideradas espécies de autarquias, frequentemente denominadas “fundações autárquicas” ou “autarquias fundacionais”, com regime idêntico ao das autarquias. ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008. p. 59, 60, 61. Ver ainda nota de rodapé nº 9.

5 As sociedades de economia mista destinam-se a formalizar a associação entre capitais públicos e privados, para um empreendimento conduzido sob orientação do Estado. Segundo o art. 5º inciso III do Decreto-Lei 200, é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta”. Na verdade, não apenas à União, de forma que melhor definição é aquela segundo a qual sociedade de economia mista é uma sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, sob controle de entidade estatal, cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Rev. E atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 275

6 Empresas públicas são organizações empresariais mantidas exclusivamente pelo Estado – ao contrário do que pode acontecer com as sociedade de economia mista (vide nota acima). Típicos exemplos são a Caixa Econômica Federal e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Novamente, a definição positiva deixa a desejar. O Decreto-Lei 200, no inciso II de seu artigo 5º, conceitua empresa pública como a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. Melhor definição é aquela que conceitua empresa pública como uma pessoa jurídica de Direito Privado, dotada de forma societária, cujo capital é de titularidade de uma ou mais pessoas de direito público e cujo objeto social é exploração de atividade econômica ou a prestação de serviço público ou de serviços de apoio ao próprio Estado. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 258.

do art. 173⁷ da Constituição Federal, temos que seus bens, pela definição acima, não poderão ser considerados bens públicos, não incidindo o regime publicista protetivo⁸. Não estando o bem vinculado a serviço público, a não ser em sentido amplíssimo poder-se-á considerá-lo bem público. Os bens pertencentes ao acervo de empresas governamentais destinadas exclusivamente à exploração de atividades econômicas não serão considerados bens públicos *stricto sensu*. O mesmo ocorre com a fundação pública⁹ cujo objeto não seja a prestação de serviço público¹⁰.

Recapitulando, serão bens públicos aqueles pertencentes a pessoas jurídicas de Direito Público interno¹¹. Serão ainda considerados bens públicos aqueles pertencentes a pessoas jurídicas de direito privado, caso estes mesmos bens encontrem-se diretamente ligados à prestação de um serviço público essencial. Sendo públicos, estarão protegidos pelo regime específico do direito administrativo, de forma que o princípio da continuidade¹² dos serviços públicos não reste

7 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços [...]

8 A matéria encontra-se regulada no inciso II do parágrafo 1º do art. 173 da Constituição Federal. A lei estabelecerá “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”

9 Segundo o art. 5º, inciso IV, do Decreto-Lei 200 (com a redação dada pela Lei 7.596/87), fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”. Ou seja, tem-se que fundação pública é pessoa jurídica de direito privado, instituída mediante autorização legislativa sob a forma de fundação, para o desempenho de atividades destituídas de cunho econômico, de interesse coletivo, mantidas total ou parcialmente com recursos públicos”. Observa Marçal Justen Filho que “o campo próprio para as fundações públicas é aquele de atividades administrativas que possam ser desempenhadas por sujeitos dotados de personalidade de direito privado. Se a natureza das atividades impuser o regime de direito público, será descabida a criação de uma fundação pública. Seria o caso de instituir autarquia.” Nota-se que o autor considera as denominadas “fundações autárquicas” uma verdadeira exceção. Ou tem-se uma fundação pública, pessoa jurídica de direito privado, ou uma autarquia, esta sim pessoa jurídica de Direito Público. “A fundação não se volta à exploração empresarial de certo objeto. Mesmo a prestação de serviço público (em acepção técnico-jurídica) é incabível fazer-se por meio de fundação(JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 285)

Em sentido contrário, relativamente à possibilidade de fundação pública poder prestar serviço público, ver Gasparini. (GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 883)

10 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 881

11 Todas as Pessoas Políticas: União, Estados, Municípios, Distrito Federal e suas respectivas autarquias

12 Segundo Maria Sylvia Di Pietro, “por esse princípio entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p 70

prejudicado¹³. Ou ainda, segundo a excelente definição dada por Marçal Justen Filho, “os bens públicos são os bens jurídicos atribuídos à titularidade do Estado, submetidos a regime jurídico de direito público, necessários ao desempenho das funções públicas ou merecedores de proteção especial”.¹⁴

Podemos classificar os bens públicos segundo vários parâmetros: quanto a sua natureza ou seu proprietário, como fazem vários autores, ou segundo a legislação. Quanto à natureza, temos bens móveis (banco de jardim, carros de polícia), bens imóveis (terrenos de marinha, e.g.) e semoventes (cabeças de gado); quanto ao proprietário, bens federais, distritais, municipais¹⁵. De maior relevância, porém, é a classificação obtida no art. 99 do Código Civil¹⁶. Aqui o parâmetro utilizado para a taxonomia é a destinação do bem¹⁷. Segundo o citado dispositivo legal, teremos: bens de uso comum do povo; bens de uso especial; bens dominicais. As espécies serão brevemente examinadas nas próximas três seções.

1.1.1 Bens de Uso Comum

Conforme lição de Diógenes Gasparini, bens de uso comum “são as coisas móveis ou imóveis pertencentes ao Poder Público (União, Estado Membro,

13 O Código Civil de 2002, em seu artigo 98, possui uma definição excessivamente restritiva de bens públicos, não incluindo os bens pertencentes a pessoas privadas integrantes da administração pública afetados diretamente ao serviço público. Segundo a dicção do art. 98, “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

14 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 1023

15 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 883

16 Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

17 Marçal Justen Filho traça algumas críticas em relação a essa tradicional classificação. A primeira é relativa à adoção, pelo Código Civil, de apenas bens imóveis, olvidando a relevância de bens móveis e direitos. Em segundo lugar, menciona o tratamento individualizado reservado aos bens de uso comum. Nota que a partir da Constituição de 1988 deve-se reconhecer a existência de uma categoria de bens que é de titularidade, mas não de uso comum do povo – o meio ambiente. Defende o renomado administrativista a existência de uma nova categoria: a dos bens públicos protegidos. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 1032

Município, Distrito Federal), usáveis, sem formalidade, por qualquer do povo”.¹⁸ Como exemplo, costuma-se mencionar praças, estradas, mares. Para seu uso não são exigidos autorização ou permissão, nem se cobra em princípio taxa de utilização, muito embora a cobrança não seja vedada¹⁹. O uso do bem deve ser conforme sua destinação, ou seja, deve ser normal. Caso trate-se de uso anormal, deve a autoridade competente ser previamente informada. Exemplo disso é a utilização de uma rua para uma passeata ou procissão religiosa. Naturalmente que a instalação de banca de jornal em via pública demandará autorização pelo poder competente. Não havendo, será ilegal, podendo a qualquer momento ser obstada²⁰.

Os bens públicos de uso comum são inalienáveis. Porém, perdida essa destinação – a desafetação pode-se dar por lei ou mesmo por um fato, como destruição de um prédio público por um terremoto -, a alienação torna-se possível.²¹

1.1.2 Bens de Uso Especial

Os bens de uso especial são aqueles aplicados ao desempenho de atividades estatais, configurando-se estas ou não como um serviço público. Deve ficar claro que esta categoria não abrange apenas bens imóveis, mas também os móveis. Para o bem ser considerado de uso especial, deverá haver sua afetação ao desempenho de uma função pública, configure-se esta ou não, como já frisado, em serviço público em sentido estrito. Logo, o prédio no qual encontra-se instalado o Chefe do Poder Executivo é considerado bem público de uso especial – ainda que a função de governo não seja qualificada num sentido próprio como serviço público²². Deve-se observar que a titularidade dos referidos bens pode ser de pessoa privada ou pública. No caso do particular concessionário de serviço público, enquanto estiver aplicando bens à prestação de utilidades públicas, afetados portanto, serão estes alvo da incidência do regime pertinente, qual seja, de bens públicos. Naturalmente

18 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 884

19 Segundo o art. 103 do Código Civil de 2002, “O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem”

20 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 885

21 *Ibidem*, p. 885

22 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 1039

que essa situação configura-se como temporária: o bem do particular ou será integrado no domínio público ou perderá sua afetação com o passar do tempo.²³ Em princípio, o uso e fruição de bens públicos de uso especial são reservados à própria administração pública e a seus agentes. Entretanto, pode acontecer diversamente, quando citados bens forem instrumentais em relação ao oferecimento de utilidades a terceiros.²⁴

1.1.3 Bens Dominicais

Os bens dominicais são definidos por exclusão: são aqueles que não se encontram nas categorias de uso comum do povo nem de uso especial²⁵. É o bem que não é necessário nem útil à fruição conjunta do povo nem se constitui em instrumento por meio do qual se desenvolve uma atuação estatal. Podem ser bens móveis e imóveis de titularidade estatal que não se constituem em efetivo instrumento de satisfação de necessidades coletivas. Geralmente concebe-se bens dominicais como bens exclusivamente ociosos. Tal concepção, porém, não é correta. A categoria abrange também aqueles bens explorados economicamente, desvinculados do desempenho de função estatal ou de prestação de serviço público. Como exemplo, cita-se o caso de reserva de moedas estrangeiras, mantidas em instituições bancárias²⁶.

Segundo o magistério de Maria Sylvia Di Pietro,

hoje já se entende que a natureza desses bens não é exclusivamente patrimonial; a sua administração pode visar, paralelamente, a objetivos de interesse geral. Com efeito, os bens de domínio privado são frequentemente utilizados como sede de obras públicas e também cedidos a particulares para fins de utilidade pública. Por exemplo, no direito brasileiro, é prevista a concessão real de uso para fins de urbanização, industrialização, cultivo e também a sua cessão, gratuita ou onerosa, para fins culturais, recreativos, esportivos. E mesmo quando esses bens não são utilizados por terceiros ou diretamente pela administração, podem ser administrados no benefício de todos, como as terras públicas onde

23 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 1039

24 *Ibidem*, p. 1040

25 *Ibidem*, p. 1044

26 *Ibidem*, p. 1045

se situem florestas, mananciais ou recursos naturais de preservação permanente. Além disso, a própria administração financeira constitui objetivo apenas imediato, pois, em uma perspectiva mais ampla, atende a fins de interesse geral. Esse novo modo de encarar a natureza e função dos bens dominicais leva alguns autores a considerar sua administração como serviço público sob regime de gestão privada. O duplo aspecto dos bens dominicais justifica a sua submissão a regime de direito privado parcialmente derogado pelo direito público.²⁷

Pode acontecer que determinado bem dominical²⁸, como um terreno baldio por exemplo, seja transformado em uma praça. Neste caso, sua qualificação ter-se-á alterado: passará a configurar um bem público de uso comum. Naturalmente, o recíproco pode ocorrer, caso incida o instituto da desafetação²⁹.

Os Terrenos de Marinha são majoritariamente identificados pela doutrina como bens dominicais.

1.1.4 Regime Jurídico

Os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial encontram-se afetados a fins públicos, o que significa dizer que encontram-se fora do comércio jurídico de direito privado. Sendo assim, enquanto permanecerem com esta destinação, não poderão ser objeto de relações jurídicas oriundas do direito privado, como, por exemplo, comodato, locação, hipoteca, penhor, compra e venda, permuta, doação, inclusive a posse *usucapionem*³⁰. Como supedâneo legal para tal asserção, temos os artigos 100³¹ e 102³² e 1.420³³ do Código Civil de 2002. O art. 100 da

27 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 675

28 Também chamados por Maria Sylvia Di Pietro de “Bens do Domínio Privado do Estado”. A autora engloba os bens de uso comum e os bens de uso especial no gênero “ Bens do Domínio Público do Estado”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 674

29 Ensina Marçal Justen Filho que a afetação é a subordinação de um bem público a regime jurídico diferenciado, em vista à destinação dele à satisfação das necessidades coletivas e estatais, do que deriva inclusive a sua inalienabilidade. É instituto aplicado aos bens de uso comum do povo e de uso especial, não incidindo sobre os bens dominicais.

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 672

31 O art. 100 do Código Civil estabelece a inalienabilidade dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial, enquanto conservarem sua qualificação na forma da lei.

32 O art. 102 do Código Civil estabelece que sobre bens públicos não incidirá o instituto da usucapião.

33 Este artigo estabelece que apenas sobre os bens passíveis de alienação poderão incidir os institutos da hipoteca, penhor e anticrese.

Constituição Federal estabelece ainda a impossibilidade de penhora de bens públicos, criando processo especial de execução contra a Fazenda Pública³⁴. Sendo assim, é característica essencial dos bens públicos de uso comum do povo e dos bens de uso especial a inalienabilidade³⁵. Seguem deste atributo a imprescritibilidade³⁶, a impenhorabilidade³⁷ e a impossibilidade de oneração³⁸.

Relativamente aos bens dominicais, a situação é um pouco distinta³⁹. Por não estarem afetados a um finalidade pública específica, podem ser alienados por meio de institutos de direito privado - *e.g.*, compra e venda, permuta, doação – ou de direito público – *e.g.*, investidura, legitimação, retrocessão. Os requisitos para

34 Este processo dá-se pelo regime de precatórios, que na lição de Cândido Rangel Dinamarco, constitui-se na requisição de pagamentos a serem feitos pelo Poder Público em cumprimento a decisões judiciais. A emissão do precatório é feita pelo presidente do Tribunal de Justiça ao qual estiver sujeito o juízo onde ocorreu o processo que culminou na condenação de pagar quantia em dinheiro (CPC, art. 30, inc. I). O pagamento obedecerá então a ordem de apresentação dessas requisições (CPC, art. 30, inc. II). DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009

35 A não ser relativamente a bens que por sua própria natureza são inalienáveis – a exemplo de mares e praias -, a inalienabilidade não é absoluta. Através da desafetação (ver nota de rodapé 29), bens inalienáveis em decorrência de destinação legal e suscetíveis de valoração patrimonial podem perder esta qualificação.

36 A imprescritibilidade impede a aquisição de bens públicos por usucapião – prescrição aquisitiva. Independente de sua natureza, jamais serão usucapidos, como expressamente prevê a Constituição Federal nos artigos 183 § 3º e 191 parágrafo único. Essa proteção alcança não apenas os bens imóveis, como os móveis também. Além dos dispositivos constitucionais, a regra da imprescritibilidade encontra-se positivada no artigo 102 do Código Civil.

37 Ou seja, sobre bens públicos não recairá a penhora – instituto de direito processual que não se confunde com o instituto do penhor, de direito material (ver próxima nota de rodapé). O Código de Processo Civil é claro em dispor, em seu art. 649 inc. I, que bens inalienáveis serão impenhoráveis. A penhora consiste em ato de apreensão e depósito de bens para empregá-los, direta ou indiretamente, na satisfação do crédito executado. Tal constringimento é inadmissível frente aos bens públicos. A satisfação de créditos contra a Fazenda Pública é realizada por meio do regime de precatórios (ver nota de rodapé 34). DIDIER JR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Execução**. Vol.5. Salvador: JusPodium, 2009, p. 531

38 O administrador público não pode gravar livremente os bens que estão sob sua guarda, conservação e aprimoramento. Inexiste a possibilidade de serem tais bens onerados com penhor, hipoteca ou anticrese. Conforme o art. 1420 do Código Civil, apenas quem pode alienar o bem pode onerá-lo (Ver nota de rodapé 33). Qualquer das referidas garantias só poderá ser oferecida caso haja lei que expressamente autorize sua aplicação relativamente a bem específico, como fez a cidade de São Paulo através da Lei Municipal 10.553/98. GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 890 e 891

39 Chega a afirmar Maria Sylvania Di Pietro que “se lei nenhuma houvesse estabelecido normas especiais sobre essa categoria de bens, seu regime jurídico seria o mesmo que decorreria do Código Civil para os bens pertencentes aos particulares. Sendo alienáveis, estariam inteiramente no comércio jurídico de direito privado [...] no entanto, o fato é que as normas do direito civil aplicáveis aos bens dominicais sofreram inúmeros 'desvios' ou derrogações impostos por normas publicísticas”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. p. 675 e 676

alienação de bens imóveis⁴⁰ encontram-se no art. 17 inciso I da Lei 8.666/93⁴¹, quais sejam, demonstração de interesse público devidamente justificado, prévia avaliação, licitação⁴² na modalidade concorrência e autorização legislativa – esta última no caso de bens pertencentes à administração direta, entidades autárquicas e fundacionais. Ainda segundo a Lei 9.636/98, art. 23, tratando-se de bem da União, deverá ocorrer autorização do Presidente da República, podendo haver delegação para o Ministro da Fazenda e mesmo subdelegação. Também será necessário parecer da S.P.U. quanto à oportunidade e conveniência da alienação. Observa ainda Maria Sylvia Di Pietro que “com relação aos institutos de direito público, a licitação não é necessária, porque inexistente competição; é o que ocorre com a investidura⁴³, a retrocessão⁴⁴ e a legitimação de posse⁴⁵”.⁴⁶

Ainda que passíveis de alienação, respeitados os requisitos acima mencionados, isso não significa que os bens dominicais possam ser alvo de penhora, oneração ou aquisição por usucapião. O art. 100 da Constituição Federal exclui, ainda que implicitamente, a penhora sobre qualquer bem público. Sendo assim, segundo a melhor inteligência do dispositivo, podemos afirmar que inclusive bens dominicais são impenhoráveis. Quanto à prescritibilidade, a Lei 6.969/81 previa o usucapião especial, o qual incidia sobre terras devolutas situadas na área rural, após um período de 5 anos de posse ininterrupta e sem oposição, além de outros requisitos para o usucapião *pro labore*, quais sejam, moradia e cultivo da terra com o próprio trabalho, inexistência de propriedade de outro imóvel e área não superior a 25 hectares. Porém, a Constituição de 1988 proibiu veementemente qualquer tipo de usucapião sobre imóveis públicos, tanto daqueles situados na zona rural como os situados em zonas urbanas. Sendo assim, relativamente aos bens públicos, tal

40 Para bens móveis, os requisitos são menos severos: existência de interesse público devidamente justificado, avaliação prévia e licitação, dispensada nos casos das alíneas do inciso II do art. 17, responsável por regular a matéria sobre alienação de bens móveis.

41 Caso a aquisição do bem imóvel haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, os requisitos são menos severos: poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras: avaliação, comprovação da necessidade ou utilidade da alienação e adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão. A matéria encontra-se regulada no art. 19 da lei 8.666/93

42 Os casos de dispensa de licitação são arrolados nas alíneas do inciso I do art. 17

43 A definição de investidura encontra-se no art. 17, § 3º da lei 8.666/93

44 A retrocessão encontra-se definida no art. 519 do Código Civil. Pela sua própria natureza, não há possibilidade de incidência de licitação.

45 As características desse instituto podem ser encontradas na lei 6.383/76, mais especificamente nos seguintes dispositivos: art. 29, § 1º; art. 31; art. 29 § 3º; art. 30.

46 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 682

dispositivo legal – Lei 6.969/81 – não foi recepcionado pela Carta Política, algo no mínimo curioso, pois a mesma Carta enaltece a função social da propriedade.⁴⁷ Logo, os bens dominicais também gozam de imprescritibilidade. Também não serão passíveis de oneração.⁴⁸

1.2 Terrenos de Marinha

Vencida esta parte introdutória e de posse dos conceitos necessários para o entendimento do fenômeno dos bens públicos, podemos iniciar o estudo específico sobre o instituto dos terrenos de marinha. Na próxima seção será dado um panorama histórico geral - o qual tem seu prelúdio ainda no Brasil colônia - mostrando a importância dos terrenos de marinha para o Estado Brasileiro ao longo do tempo.

1.2.1 Evolução Histórica

Chegando ao Brasil no ano de 1500, Cabral toma posse da terra descoberta em nome do Rei de Portugal, com base no tratado de Tordesilhas, datado de 1494. A nova possessão é inicialmente denominada Ilha de Vera Cruz; depois, passa a chamar-se Terra de Santa Cruz e, por fim, Brasil. Após o descobrimento, a terra passou a ser parcelada através de concessões e doações a particulares. Dois importantes institutos jurídicos utilizados para a colonização – que na verdade iniciam-se apenas no ano de 1534 - foram as Capitânicas Hereditárias e as Sesmarias.⁴⁹ O regime que recaía sobre as Capitânicas era semelhante ao dos Feudos: o titular, portanto, não recebia o domínio absoluto sobre as terras cedidas. A concessão da posse era realizada pelo Rei ao Capitão - o titular da Capitania - o qual exercia o domínio útil, com caráter vitalício e hereditário. Na verdade, tratava-se de um

47 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p.679

48 *Ibidem*, p. 680

49 MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009. p. 27

aforamento político do território.⁵⁰ O sistema de Capitánias aqui implantado já havia sido utilizado pela coroa portuguesa em relação à descoberta das ilhas atlânticas, como Madeira, Açores e Cabo Verde. Ao adotar para o Brasil tal modelo, D. João III seguia a experiência de seus antecessores. A costa brasileira era constantemente abordada por navios franceses, espanhóis e ingleses que praticavam o escambo de pau-brasil com os indígenas. A partição da terra em Capitánias permitiu que o próprio Rei se visse desonerado da defesa, colonização e desenvolvimento exclusivos do território recém descoberto⁵¹. Sintetizando, as características do regime das Capitánias Hereditárias, especificadas nas cartas de doações e forais, tem-se que, fundamentalmente através da cessão de alguns direitos régios aos donatários – distribuição de justiça, doação de sesmarias, arrecadação de dízimos, fundação de vilas e povoados – esperava a Coroa que tais donatários se interessassem a povoar às suas custas e defender o território brasileiro⁵².

A origem das Sesmarias data de 1.375⁵³, durante o reinado de D. Fernando de Portugal. Neste ano foi editada a Lei Das Sesmarias, a qual ditava que a terra não cultivada seria confiscada e entregue a quem quisesse cultivar⁵⁴. Segundo Themístocles Brandão Cavalcanti,

o regime de sesmarias representa a pedra angular de todo o sistema da nossa primeira colonização, transplantado o instituto já existente na legislação portuguesa, inclusive nas Ordenações, para o nosso país [...] a origem deste nome (Sesmaria) parece que se deve procurar em *sesma* que era a sexta parte de qualquer coisa. Como estas terras se costumavam dar em foro e pensão de sexto ou de

50 MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009. p. 28

51 Capitania. In: Enciclopédia Mirador Internacional. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações LTDA., 1983. vol. 5, p. 2042

52 *Ibidem*, p. 2043

53 Segundo Ruy Cirne Lima, “ o primeiro monumento das sesmarias no Brasil é carta patente, dada a Martim Afonso de Souza, na Vila do Crato, a 20 de novembro de 1.530. Trouxe Martim Afonso de Souza para o Brasil, na expedição de 3 de dezembro de 1.530, três cartas régias, das quais a primeira o autorizava a tomar posse das terras que descobrisse e a organizar o respectivo governo e administração civil e militar; a segunda lhe conferia os títulos de capitão-mor e governador das terras do Brasil; e a última enfim, lhe permitia conceder sesmarias das terras que achasse e se pudessem aproveitar. Sob a autoridade dessa Carta Régia, foram, por Martim Afonso de Souza, concedidas de sesmaria, a João Ramalho, terras na ilha de Guaíba em 1.531, e a Braz Cubas, em Piratininga, a 10 de outubro de 1.532. A 28 de fevereiro de 1.532, D. João III escrevia, entretanto, a Martim Afonso de Souza, participando-lhe a resolução que tomara de dividir o litoral do Brasil, de Pernambuco ao Rio da Prata, de modo a formar capitánias com cinquenta léguas de costa, dentre as quais prometia, desde então, cem léguas a Martim Afonso e cinquenta a Pedro Lopes, seu irmão.” LIMA, Ruy Cirne. **Pequena História do Brasil: Sesmarias e Terras Devolutas**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954. p 32-33

54 MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**. p. 28

seis um, daqui se disse sesmaria ou sesmeiro. E também *sesma* o sítio, terreno, ou limite em que se acham estas terras, assim dadas de sesmarias^{55 56}.

No Brasil, as Sesmarias possuíam caráter de doação, cuja finalidade era a própria ocupação da terra. Sendo assim, não havia prazo e frequentemente formavam-se grandes latifúndios improdutivos. Estas doações eram realizadas pelos titulares das Capitâneas⁵⁷.

Os terrenos costeiros sempre foram muito importantes para a coroa. Sob o ponto de vista político, compreendendo a faixa marítima a nossa fronteira com o oceano, sempre houve o interesse em preservar o domínio direto de tais imóveis na esfera jurídica do Estado. Assim, a construção de defesas ao território brasileiro poderia ser empreendida. A própria Ordem Régia de 21 de outubro de 1710 disciplinava: “as sesmarias nunca deveriam compreender a marinha que sempre deveria estar desimpedida para qualquer incidente do meu serviço, e defesa da terra”⁵⁸. Ainda segundo o autor,

estas condições preliminares mostram a importância do assunto e justificam a transformação de nossa política legislativa em matéria de terrenos de marinha, no sentido de estabelecer maiores restrições às concessões de terras aos estrangeiros e o afastamento cada vez maior dos princípios estritamente de Direito enfiteutico, dentro do quadro de direito privado.⁵⁹

Afirmam Melo e Pugliese que

a esta época - de doação de sesmarias – já vigoravam no Estado Ibérico as Lezírias, instituto que foi estendido da metrópole para a colônia recém-instalada e passou a ser conhecida como Terrenos de

55 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1960. vol. III, p. 438

56 Na lição de Ruy Cirne Lima, “sesmaria deriva, para alguns, de sesma, medida de divisão das terras do alfoz [território dependente de uma povoação ou de um castelo]; como, para outros, de sesma ou sesmo, que significa a sexta parte de qualquer cousa; ou, ainda, para outros, do baixo latim *caesina*, que quer dizer incisão, corte.[...] Certo é que a constituição das sesmarias não se fazia sem preceder a divisão e repartição das terras incultas; a pensão ou renda estipulada consistia, geralmente, na sexta parte dos frutos.[...] Procederia sesmaria de sesma, ou sesmo e, enfim, de seis ou sex, por isso que, já se acenou ao fato, as dadas de terras, assim designadas, eram feitas com o fôro da sexta parte dos frutos. LIMA, Ruy Cirne. **Pequena História do Brasil: Sesmarias e Terras Devolutas**. p 15-16

57 MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**. p. 29

58 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A, 1960. vol. III, p. 405

59 *Ibidem*, p. 406

Marinha. Essas beiras de mar, ou Lezírias, deveriam estar livres de obstáculos, de forma a garantir a defesa nacional e o livre acesso tanto ao mar, quanto ao litoral. O direito português foi implementado com a chegada dos colonizadores. A experiência e tradição jurídicas portuguesas sempre procuraram assegurar às populações e à defesa nacional o fácil acesso ao mar e aos litorais. Essas beiras de mar, pauís, mangues, ou o nome mais comum na Península Ibérica – Lezírias – sempre foram considerados bens reguengos ou realengos (destinados para despesas dos Senhores Reis), cuja propriedade particular plena não se admitia. Tolerava-se apenas seu uso, sob condições e sempre sob concessões régias.⁶⁰

O instituto dos acrescidos de marinha⁶¹ possui gênese semelhante, pois

o direito português, ao entender reservar as Lezírias para a defesa e segurança do Estado a par da manutenção econômica do monarca, igualmente dispunha que as áreas situadas no leito hídrico que viessem a se incorporar às primeiras, por consequência lógica, estariam não só física, porém juridicamente ligadas a elas.⁶²

Segundo o engenheiro cartógrafo e pesquisador Obéde Pereira Lima, a criação do instituto dos terrenos de marinha dá-se na época do primeiro reinado no Brasil, com edição de Ordem Régia de 1818⁶³. A mencionada Ordem estabelecia que “tudo o que toca a água do mar e cresce sobre ela é da Coroa, na forma da ordenação do Reino”. Estabelecia também, pela primeira vez, uma quantificação espacial da largura de faixa de terra a partir da denominada “borda do mar”⁶⁴: da linha d’água para dentro são sempre reservadas 15 braças craveiras pela borda do mar para serviço público. Ensina Lima que

a medida antiga conhecida como “braça craveira” equivale a 10

60 MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**. p. 30

61 Terrenos acrescidos são os que se formaram, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagos, em seguimento aos terrenos de marinha. Encontram-se definidos no art.3º do Decreto-Lei 9.670/46, e já haviam sido regulados pelo art. 1º do Decreto-Lei 4.105 de 1868. Formam-se sempre ao lado das marinhas, sem as quais não podem existir. Não desnaturam os terrenos de marinha e, muito importante, não deslocam a linha do preamar médio de 1831. GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 941

62 MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**. p. 30

63 LIMA, Obéde Pereira. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos**. Florianópolis: UFSC, 2002. Tese (Doutorado em Engenharia Civil). Faculdade de Engenharia Civil, Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. p.1

64 A “borda do mar” nada mais é do que o moderno conceito de preamar máxima, ou seja, o maior nível de maré, quando a linha alcançada pelas águas chega a seu valor extremo. Acontece quando o Sol e a Lua encontram-se alinhados. LIMA, Obéde Pereira. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos**. p.23

palmos; o palmo craveiro, 12 polegadas; a polegada, 12 linhas; a linha, 12 pontos. No sistema métrico decimal o palmo equivale a 22 centímetros; portanto cada braça corresponde a 2,20 metros; e 15 braças equivalem a 33 metros (2,20 metros x 15 = 33 metros). Aí está a origem da medida dos 33 metros correspondentes à profundidade dos terrenos de marinha, a partir da linha de preamar⁶⁵.

A Ordem Régia de 1818 também destinou-se a regular tudo aquilo que no futuro viesse a crescer sobre a água do mar – natural ou artificialmente –, estabelecendo que tais crescidos permaneceriam no domínio da Coroa, como já mencionado acima. Tal diploma legal, combinado com a Ordem Régia de 10 de Janeiro de 1732 - a qual declarava que as praias e mares são de uso público, estando os proprietários nas suas testadas impedidos de proibirem que fossem lançadas redes para a pesca -, constitui inestimável legado ao povo brasileiro, nos aspectos social e ambiental, pois como observa Lima,

não há em todo o nosso País um único trecho de praia sob o domínio da propriedade privada. Sabe-se que nos Estados Unidos da América do Norte, apenas 5% (cinco por cento) das regiões de praias naquele País são de domínio público e se encontram disponíveis para uso gratuito do povo. Caso o governo daquele País queira tornar de domínio público alguma praia de domínio privado, terá de gastar fortunas na sua desapropriação.⁶⁶

Com o passar do tempo, o interesse da Coroa Portuguesa pelos terrenos de marinha tomou outro rumo: a conotação econômica é que passou a ser dominante, ficando a defesa nacional relegada a um segundo plano. Segundo Melo e Pugliese, a “diferença entre o tratamento do instituto, entre nós, e nos demais países, é que só no Brasil fez-se dos terrenos de marinha fonte de receita como bem patrimonial”⁶⁷. Ainda que fosse possível obter renda considerável através da exploração do sal, foi por meio da cobrança de foro, laudêmio e taxa de ocupação que a Coroa descobriu como auferir vultosos aportes aos cofres públicos. Tal modelo de cobrança foi inclusive recepcionado pelo Estado Republicano, cuja receita era destinada à União⁶⁸. No mesmo sentido manifesta-se Diógenes Gasparini, ao relatar que da leitura da legislação vigente na época poder-se-ia extrair quatro finalidades

65 LIMA, Obéde Pereira. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus crescidos**. p. 23

66 *Ibidem*, p. 24

67 MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**. p. 34

68 Como ainda acontece, pois como veremos adiante – seção 1.2.2 - os terrenos de marinha e seus crescidos são bens da União, conforme dicção do inc. VII do art. 20 da Constituição Federal

específicas relacionadas aos terrenos de marinha, quais sejam, a necessidade de serviços de embarque e desembarque de coisas públicas ou particulares, a defesa das cidades e obtenção de renda, além de algumas vezes se prestarem para a exploração de sal⁶⁹. Mas como acima afirmamos, o fator renda tornou-se de tal maneira importante que passou a ser regulado e fiscalizado pelo Ministério da Fazenda. Basicamente, a normatização deu-se através da Lei Orçamentária de 1831. Entretanto, tal dispositivo tinha como desiderato maior a regulação do procedimento administrativo e destinação de renda: não houve preocupação em definir-se terrenos de marinha. Aliás, como observa Rosita de Souza Santos, o caos normativo era de tal ordem que frequentemente havia colisão entre Alvarás, Circulares, Decisões, Decretos, Instruções, Leis e Ordens.⁷⁰ Conforme Melo e Pugliese,⁷¹ “ausência de leis e a demasia dos atos administrativos são a tônica que prevaleceu durante os séculos XIX e XX, sendo assim por todos os autores que tratam desse instituto asseverado”.

Em 14 de novembro de 1832, pelo artigo 4º das Instruções do Ministério da Fazenda, a faixa territorial com a largura de 15 braças recebeu uma nova denominação, onde ficou estabelecido que “são terrenos de marinha todos os que, banhados pelas águas do mar, vão até a distância de quinze braças para a parte da terra, contadas desde o ponto a que chega o preamar⁷² médio de 1831. Ou seja, deu-se a alteração do marco inicial de delimitação espacial designada pela Ordem Régia de 1818⁷³. Este marco passa ser a linha do preamar médio de 1831. Conforme Lima,

Esta mudança na referência está associada à primeira observação de maré, realizada no porto do Rio de Janeiro no decorrer de todo o ano de 1831, para atender às necessidades de construções das instalações portuárias e da navegação marítima naquela cidade, que vivia momentos de grande expansão e desenvolvimento urbanístico e socioeconômico⁷⁴[...]

69 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 936

70 SANTOS, Rosita de Sousa. **Terras de marinha**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 14

71 MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**. p. 36

72 Preamar é termo que deriva do castelhano *pleamar*, que significa contração de plena mar, isto é, pleno mar ou mar cheio, entendendo-se como tal o fim da enchente de maré ou do crescimento do mar. É indicativo portanto do auge da maré cheia. MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**. p. 66

73 Como já vimos acima, tal Ordem qualificava como marco inicial de medição a “borda do mar”, ou seja, a preamar máxima: “como marco da linha d’água para dentro são sempre reservadas 15 braças craveiras pela borda do mar para serviço público”

74 LIMA, Obéde Pereira. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831**,

Durante todo o ano de 1831 (de 00:00 hora do dia 01/01 às 24:00 horas de 31/12) foram realizadas no porto do Rio de Janeiro, RJ, as primeiras observações medidas do nível do mar no Brasil e, talvez na América do Sul. As observações de marés foram realizadas para atender, possivelmente, ao estabelecimento das altitudes dos pisos dos cais de atracação e obras civis na construção das instalações portuárias no Rio de Janeiro e, também, para o atendimento das necessidades da navegação marítima dos navios na entrada e saída do porto, em decorrência do aumento do tráfego marítimo, devido à abertura dos portos às nações amigas a partir de 28 de janeiro de 1808, por D. João VI.⁷⁵

Muito embora o emprego do conceito de preamar médio de 1831 para definição da linha demarcatória dos terrenos de marinha já tenha sido utilizado em 1832, como vimos acima, tal uso se deu em edição de ato administrativo – Instrução de 14 de novembro do Ministério da Fazenda. O aparecimento de tal conceito em diploma normativo com força de lei acontece apenas em 1868. Neste ano é editado o Decreto-Lei nº 4.405 – mais especificamente, em 22 de fevereiro de 1868.⁷⁶ Tal orientação perdurou até 1942, ano de edição do Decreto-Lei nº 4.120 de 21 de fevereiro. Através deste diploma alterou-se a base tradicional para o conceito de linha demarcatória dos terrenos de marinha. Foi abandonado o preamar médio de 1831 e adotou-se a linha de preamar máximo atual – ou seja, preamar máxima do ano de 1942. Em outras palavras, alterou-se não apenas o ano relativamente ao qual a medição deveria ser realizada – ano de 1831 para ano de 1942 – mas também o critério de demarcação – preamar média por preamar máxima. Embora fosse incontestável que a nova definição facilitava em muito a demarcação dos terrenos, as consequências jurídicas resultantes eram imprevisíveis⁷⁷. Com a nova regra, grande era a probabilidade que terrenos privados, confrontantes com terrenos de marinha, fossem “invadidos” pelas novas demarcações. Sendo assim, editou-se em 1946 o Decreto-Lei nº 9.760 de 5 de setembro. Através deste importante Decreto-Lei, vigente até os dias de hoje – recepcionado pela Constituição Federal de 1988 portanto -, restabeleceu-se o antigo e consagrado critério do preamar médio de 1831. Segundo o art. 2º caput do referido diploma legal, temos que: “São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos

com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos. p.1-2

⁷⁵ *Ibidem*, p.25

⁷⁶ MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos.** p. 37

⁷⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo.** 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1960. vol. III. p. 408

horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar médio de 1831". Segundo Lima,

o Decreto–Lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946, considerado o estatuto das terras públicas, foi e é até hoje o instrumento legal que procurou de forma mais completa tratar sobre os bens imóveis de propriedade da União. Ao definir os terrenos de marinha e seus acrescidos como bens da União, ratifica que a linha de referência demarcatória é a correspondente a da preamar média de 1831, prevalecendo até o presente momento⁷⁸.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, consagra-se o comando normativo expresso no art. 1º alínea “a” do Decreto-Lei nº 9760/46⁷⁹, segundo o qual incluem-se entre os bens imóveis da União os terrenos de marinha e seus acrescidos. A matéria encontra-se agora regulada a nível constitucional, mais especificamente, no art. 20 inc. VII⁸⁰.

Mais recentemente tivemos a edição de outro importante diploma legislativo: a Lei 9.636 de 15 de maio de 1998. Entre outras coisas, tem como papel regulamentar a administração e alienação do patrimônio imobiliário da União e o § 2º do artigo 49 do ato das disposições transitórias da Constituição Federal⁸¹.

1.2.2 Conceito de terrenos de marinha

Segundo a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, com base no art. 2º do Decreto-Lei 9.670 de 5 de setembro de 1946, terrenos de marinha

são as faixas de terra fronteiras ao mar numa largura de 33m contados da linha do preamar médio de 1831 para o interior do continente, bem como as que se encontram à margem dos rios e lagoas que sofram a influência das marés, até onde esta se faça

78 LIMA, Obéde Pereira. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos.** p. 29

79 Art. 1º Incluem-se entre os bens imóveis da União: a) os terrenos de marinha e seus acrescidos. BRASIL.

80 Art. 20. São bens da União: VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos.

81 Art. 49. A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos. § 2º - Os direitos dos atuais ocupantes inscritos ficam assegurados pela aplicação de outra modalidade de contrato.

sentir, e mais as que contornam ilhas situadas em zonas sujeitas a esta mesma influência. Considera-se influência das marés a oscilação periódica do nível médio das águas igual ou superior a 5 cm.⁸²

Os terrenos de marinha podem então ser classificados, em razão de sua localização, em: continentais, costeiros e insulares. Serão continentais os situados no interior do continente; costeiros, os que se localizam na costa; por fim, temos terrenos de marinha insulares, que são aqueles situados nas ilhas costeiras ou oceânicas⁸³. Podem ser também classificados relativamente às águas que os banham como: marítimos, fluviais e lacustres. Marítimos são os terrenos banhados pelas águas do mar; fluviais aqueles banhados por águas de rios; lacustres, os banhados pelas águas de lagos. Naturalmente, nestas últimas duas espécies, só teremos terrenos de marinha caso estas águas sofram influência das marés, consideradas estas pela oscilação periódica mínima de 5 cm de oscilação vertical⁸⁴, como visto acima na definição legal exposta e comentada por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “muita controvérsia já se lavrou sobre qual a pessoa jurídica a que pertencem os terrenos de marinha. Hoje a Constituição os inclui entre os bens da União (art. 20, VII)”⁸⁵.⁸⁶ Continua a autora afirmando que “têm natureza de bens dominicais, uma vez que podem ser objeto de exploração pelo Poder Público, para obtenção de renda”⁸⁷. No mesmo sentido, Celso A. Bandeira de Mello⁸⁸, consignando tratar-se de bens dominicais. Aliás, esta é a posição majoritária da doutrina,⁸⁹ como bem observa Marçal Justen Filho. Ao mesmo

82 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 884-885

83 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 938

84 *Ibidem*, p.938

85 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 709

86 Tramita no Congresso Federal a Proposta de Emenda à Constituição nº 53 de 2007, de autoria do senador Almeida Lima. Tem por matéria a revogação do inciso VII do art. 20 da Constituição e o § 3º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para extinguir o instituto dos terrenos de marinha e seus acrescidos e para dispor sobre a propriedade desses imóveis. Tramita em conjunto com a PEC nº 56 de 2009, de autoria do senador Marcelo Crivella, cujo tema é a autorização de transferência do domínio pleno dos terrenos de marinha e seus acrescidos aos foreiros, ocupantes, arrendatários e cessionários. Ambas as propostas de emenda encontram-se presentemente (24 outubro de 2011) na Comissão de Constituição, Justiça, e Cidadania. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81429>. Acesso em 24 de outubro de 2011.

87 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 709

88 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 885

89 Ver também: MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.202; GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 938

tempo, alerta o administrativista que

[...] é necessário verificar se a mesma área não se configura como bem público de outra qualidade. Assim, por exemplo, o próprio art. 20, IV, da CF/88 também qualifica como bem público as praias marítimas, que usualmente preenchem os requisitos para o enquadramento como terreno de marinha. Mas as praias são, usualmente, bens de uso comum do povo.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que se entende “por praia, consoante definição que lhe dá o § 3º do art. 10 da Lei 7.661, de 16.5.88 (que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro), 'área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida de faixa subsequente de material detrítico, tal como areia, cascalhos, seixo e pedregulhos, até o limite onde inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece outro ecossistema'(...)”

Em princípio, os conceitos de praia marítima e de terreno de marinha são inconfundíveis. A praia é uma região litorânea, contígua ao mar, cujas características físicas permitem o acesso ao mar e sua fruição pelos indivíduos, inclusive para fins de lazer. Já o terreno de marinha é aquela área que se encontra a uma distância determinada da preamar média de 15 de novembro de 1831.

Logo, é perfeitamente possível que a praia ultrapasse a extensão do terreno de marinha. Basta a região litorânea superar a extensão de 33 metros. Por outro lado, há situações em que não existe praia em sentido próprio, pois o terreno é coberto de pedras que tornam inadequada a sua utilização pelos indivíduos.

Portanto, se uma área de praia marítima estiver enquadrada no âmbito de 33 metros contados da preamar média de 1831, prevalecerá o regime de uso comum do povo sobre aquele bem dominical. Mas isso não impede que a União promova a edificação de um prédio público nesse local, configurando-se um bem de uso especial⁹⁰.

Nos parece que Justen Filho tem razão. Ainda que grande parte da doutrina qualifique terrenos de marinha como bens dominicais, há de se ter em mente que, em determinadas situações, tal instituto adquira as características de bem de uso comum do povo ou mesmo bem de uso especial. Aliás, atente-se para o art. 11, *caput* do Código de Águas.⁹¹ O mencionado dispositivo aventa a possibilidade de terrenos de marinha serem qualificados como bens de uso comum.

Os terrenos de marinha, sendo bens públicos pertencentes à União, encontram-se sob a administração da S.P.U.⁹², órgão do Ministério de Planejamento,

90 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 1081

91 Art. 11. São públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular;

1º, os terrenos de marinha;

92 Secretaria do Patrimônio da União - por força do Decreto nº 96.911, de 3 de outubro de 1988. Antigo Serviço do Patrimônio da União. Anteriormente vinculada ao Ministério da Fazenda, integra atualmente a estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), tendo em vista a

Orçamento e Gestão. Cabe à S.P.U. manter controle sobre as marinhas para que não sejam irregularmente ocupadas. Observadas as exigências legais, pode o mencionado órgão aforá-las a interessados, mediante o pagamento de foro.⁹³ A determinação da posição das linhas de preamar médio de 1831, assim como a demarcação dos terrenos de marinha também cabem a este órgão, como determina o art. 9º do Decreto-Lei 9760/46⁹⁴. Ainda assim, passadas muitas décadas da promulgação do mencionado Decreto-Lei, a S.P.U. ainda não concluiu o processo de demarcação de todos os terrenos de marinha em território nacional. Como observa Diógenes Gasparini,

em razão da falta de demarcação, o Judiciário, os particulares e os órgãos públicos, inclusive a S.P.U., têm aceito outro critério, diferente do previsto no Decreto-Lei 9.760/46, para determinar a linha que separa as marinhas das terras particulares. Substituem os peritos a linha da preamar média de 1831 pela linha do jundu, caracterizada pelo início de uma vegetação (jundu), sempre existente além das praias e para o interior das terras que com elas confinam.

O critério, a nosso ver, embora resolva na prática os problemas decorrentes da falta de demarcação oficial da faixa de trinta e três metros, ressentem-se de legalidade. A aceitação, pelo Judiciário e pela S.P.U., não o torna legal. Por ele, não se atende ao prescrito no art. 2º do Decreto-Lei 9.760/46, que exige sejam os trinta e três metros contados da linha de preamar média de 1831, e desconhece-se, por conseguinte, que os requisitos legais para a sua determinação são os registrados no art. 10. Estes são os únicos válidos.⁹⁵

Concordamos com o renomado administrativista. Os atos de demarcação realizados pela S.P.U. que desrespeitem o comando expresso pelo Decreto-Lei 9760/46 – 33 metros medidos a partir da linha de preamar médio de 1831 – são ilegais e portanto devem ser declarados nulos. Ainda que haja eventualmente algumas decisões judiciais em prol de tal prática, trata-se de decisões *contra legem*, passíveis de revisão pelos Tribunais competentes.

Segundo Roberto Pugliese, terrenos de marinha não se confundem com terrenos da marinha. Aqueles são o instituto jurídico definido no art. 2º do Decreto-

alteração em lei ocorrida em 1999, que dispõe sobre a estrutura da Presidência da República e seus Ministérios. É constituída por 27 Gerências Regionais do Patrimônio da União - GRPU, além de uma chefia de Gabinete, um Departamento de Legislação Patrimonial e 6 Coordenações Gerais que compõem seu Órgão Central. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br>>. Acesso em 10 de outubro de 2011

93 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 941

94 Art. 9º É da competência do Serviço do Patrimônio da União (S.P.U.) a determinação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831 e da média das enchentes ordinárias

95 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 940.

Lei 9.760 de 1946; estes são terrenos em uso pelo Ministério da Marinha. “Um prédio urbano situado em Brasília, em uso por qualquer repartição do Ministério da Marinha, é um terreno de propriedade da União, porém da Marinha”.⁹⁶

Não se confundem também terrenos de marinha e terrenos reservados⁹⁷. Como bem observa Maria Sylvia Di Pietro⁹⁸, muito embora o Código de Águas também traga o conceito de terrenos de marinha em seu art. 13⁹⁹, fazendo referência às margens dos rios navegáveis, estes somente serão considerados terrenos de marinha caso sejam influenciados pelo fenômeno das marés como disciplinado no Decreto-Lei 9760 art. 2º parágrafo único. Ou seja, a oscilação periódica das águas, conforme uma amplitude vertical mínima de 5cm, é essencial para a caracterização das marinhas. Daí exsurge a grande necessidade de um estudo científico para

96 MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**. p.62

97 Os terrenos reservados surgiram com a Lei 1.507, de 26 de setembro de 1867. Seu artigo 39 disciplinava o seguinte: “fica reservada para servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem navegáveis, fora do alcance das marés, salvas as concessões legítimas feitas até a data da publicação da presente lei, a zona de sete braças contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior e o Governo autorizado para concedê-las em lotes razoáveis na forma das disposições sobre os terrenos da marinha”. A expressão “reservados” foi escolhida pois tais terrenos foram reservados para servidão pública. Segundo o art. 14 do Código de Águas, Decreto 24.643/34, “terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte da terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias”. O ponto médio é o relativo às enchentes ordinárias medidas em 1831, conforme critério fixado pelo Decreto 4.105 de 1868. O Código de Águas, em seu artigo 31, declarou que “pertencem aos Estados os terrenos reservados às margens das correntes e lagos navegáveis se, por algum título, não forem do domínio federal, municipal ou particular”. Uma parte dos terrenos reservados, chamados terrenos marginais, é de propriedade da União, segundo o artigo 1º, alíneas “b” e “c” do Decreto-Lei 9.760/46, que estabelece que incluem-se entre os bens imóveis da União “os terrenos marginais dos rios navegáveis, em Territórios Federais, se, por qualquer título legítimo, não pertencerem a particular” e “os terrenos marginais de rios e as ilhas nestes situadas na faixa da fronteira do território nacional e nas zonas onde se faça sentir a influência das marés”. O artigo 4º do Decreto-Lei define terrenos marginais como “os que banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 (quinze) metros, medidos horizontalmente para a parte da terra, contados desde a linha média das enchentes ordinárias”. Observa-se que o conceito é idêntico ao dado para terreno reservado no Código das Águas, sendo então ambas as expressões sinônimas. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 708.

Conforme o inciso III do art. 20 da Constituição Federal de 1988, essas faixas de terras são de propriedade da União se marginais aos “lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham” Esse dispositivo acabou com a grande divergência que existia entre os autores sobre o domínio público ou privado dessas faixas e consolidou o domínio público desses bens, como defendido pela maioria dos autores e decidido pela maioria dos julgados. Sendo assim, são da União os terrenos marginais aos rios navegáveis situados nos territórios e os localizados na faixa de fronteira. Os demais terrenos marginais pertencem, nos termos do art. 31 do Código de Águas, aos Estados Membros se a justo título não forem de domínio federal, municipal ou particular. GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 952-953

98 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 583

99 Art. 13. Constituem terrenos de marinha todos os que, banhados pelas águas do mar ou dos rio [sic] navegáveis,. [sic] Vão até 33 metros para a parte da terra, contados desde o ponto a que chega o preamar médio.

possibilitar demarcação coerente com o mandamento legal. Como mostraremos no segundo capítulo desta monografia, com grande frequência empreende-se o procedimento de demarcação sem que se leve em conta uma pesquisa mais aprofundada sobre as marés do ano de 1831.¹⁰⁰

Por fim, algumas palavras sobre o instituto dos terrenos acrescidos. Segundo o administrativista José dos Santos Carvalho Filho,

os terrenos acrescidos também pertencem à União Federal, mencionados [...] no art. 20, VII da CF. Registre-se, porém, que esse domínio depende de os acréscimos se terem agregado aos terrenos de marinha. Como estes se situam no domínio federal, federais serão também os terrenos a eles acrescidos¹⁰¹.

Ou seja, sendo o terreno acrescido um acrescido de marinha, pertencerá à União. Terrenos acrescidos nada mais são do que aqueles “formados pela terra trazida pelas águas fluviais (rios, lagos) ou marítimas”.¹⁰² São definidos pelo art. 3º do Decreto-Lei 9.760/46 como “os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagos, em seguimento aos terrenos de marinha”. Os terrenos acrescidos seguem a natureza dos terrenos de marinha ou dos terrenos reservados¹⁰³.

1.2.3 Uso dos terrenos de marinha pelo particular

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o uso de bens públicos pelo particular pode ser classificado segundo dois grandes critérios: o primeiro leva em conta a conformidade ou não da utilização com o destino principal a que o bem encontra-se afetado. Neste caso, o uso pode ser normal ou anormal;¹⁰⁴ o segundo

100O leitor mais cético pode-se perguntar se de fato é possível chegar-se a um conhecimento das marés ocorridas quase dois séculos atrás. A resposta, por mais surpreendente que seja, é afirmativa. A técnica é conhecida por “análise harmônica de marés”, e será alvo de estudo mais aprofundado no capítulo 2 desta monografia, mais especificamente na seção 2.4

101CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. 23. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1312

102GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 953.

103*ibidem*, p. 954

104A autora fornece como exemplo de uso normal a circulação por determinada rua. Caso porém esta mesma rua fosse utilizada para festejos, teríamos o caso de uso anormal.

critério baseia-se no conceito de exclusividade, combinado com o da necessidade ou não de consentimento expresso da administração. Segundo este outro modelo classificatório, o uso pode ser comum ou privativo.¹⁰⁵ Neste trabalho estaremos preocupados com o uso privado de bem público, que é aquele ao qual “a Administração pública confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade, sobre parcela de bem público”.¹⁰⁶ Relativamente aos instrumentos jurídicos de outorga do uso privativo ao particular, deve-se levar em conta a classificação do bem quanto a sua destinação: bem de uso comum do povo, bem de uso especial ou bem dominical. As duas primeiras modalidades encontram-se fora do comércio jurídico de direito privado,¹⁰⁷ podendo ser objeto de relações jurídicas regidas unicamente pelo direito público, quais sejam, autorização, permissão e concessão de uso. Quanto a bens dominicais, como anota Di Pietro¹⁰⁸, a situação é diversa. Estes encontram-se no âmbito do comércio jurídico de direito privado. Muito embora possam ser cedidos a particulares mediante os institutos de direito público acima mencionados, podem ser também objeto de contratos redigidos pelo código civil¹⁰⁹, como locação, arrendamento, comodato, concessão de direito real de uso e enfiteuse. Os institutos de direito público são empregados quando a utilização tem orientação primariamente pública, destinando-se a atividades de interesse geral. O exemplo disso é o que ocorre com a concessão de uso de águas para fins de abastecimento da população. Porém, caso a finalidade seja atender o interesse privado do particular, serão utilizados institutos de matiz privatista¹¹⁰. Nesta monografia estamos interessados principalmente nos institutos privados de outorga de uso de terrenos de marinha. Sendo as marinhas bens imóveis da União, a matéria encontra-se regulada no Decreto-Lei 9.760/46, naquilo que não foi modificado pela Lei 9.636/98.¹¹¹ De acordo

105DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 685

106*ibidem*, p. 688

107Ou melhor, de matiz privatista, pois como veremos, o regime da enfiteuse que recai sobre terrenos de marinha possui contornos específicos, distintos daqueles típicos regulados pelo Código Civil de 1916, o mesmo valendo para outros institutos de direito privado

108DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 690

109No caso em que a Administração se utiliza do direito privado, este sofre desvios, derrogações necessárias para adaptar o instituto às peculiaridades da administração. Às vezes esses desvios são tão grandes que desnaturam o instituto, dando-lhe conotação publicística, como ocorre com a locação de imóveis de bens da União, disciplinada pelo Decreto-Lei 9.760/46. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 696

110DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p.997

111A título de exemplo, a Lei 9.636/98 revogou os artigos 125 e 126 do Capítulo V do Decreto-Lei 9.760/98, referente à Cessão. Este instituto encontra-se agora regulado no art. 18 da referida Lei.

com o art. 64 do mencionado Decreto-Lei, a utilização dar-se-á mediante¹¹² locação, aforamento e cessão.¹¹³ Além destas três formas de utilização expressas no art. 64¹¹⁴ pode ocorrer o fenômeno da ocupação, também referido no Decreto-Lei 9.760/46, naquilo que não foi modificado pelo Decreto-Lei 1.561 de 18 de julho de 1977.¹¹⁵

A locação é regulada no Decreto-Lei 9.760/46 a partir de seu art. 86. Segundo o art. 87 “A locação de imóveis da União se fará mediante contrato, não ficando sujeita a disposições de outras leis concernentes à locação”. Sendo assim, como observa Diógenes Gasparini, não se trata realmente de locação, pois o instituto ali descrito não se sujeita às leis vigentes específicas para a locação.¹¹⁶ Esta “locação” reger-se-á pelos artigos 86 *usque* 90 do Decreto-Lei 9.670/46, os quais, segundo o autor, nitidamente expressam o regime da permissão de uso de bens públicos.¹¹⁷ Por outro lado, Maria Sylvia Di Pietro anota que embora haja pontos de conexão com a concessão de uso, esta se distingue da locação pela finalidade. Aquela tem por objeto o uso privativo de bem público com fins de utilidade pública. A locação, por outro lado, visa atender apenas os interesses privados do usuário. O interesse público é indireto, na medida em que explorando bens de seu patrimônio o poder público estará produzindo renda para os cofres públicos.¹¹⁸

A cessão de uso de bens imóveis da União, e portanto dos terrenos de marinha, encontra-se regulada pela Lei 9.636/98, a qual revogou os artigos 125 e 126 do Decreto-Lei 9.760/46 que disciplinavam a matéria. A cessão, segundo o art.18, será procedida por qualquer dos regimes de utilização previstos do Decreto-Lei 9.760/46, ou seja locação e aforamento portanto. Logo, Segundo Gasparini, “não sendo aforamento será locação.”¹¹⁹ Sendo locação, como já comentado acima, terá estrutura de permissão de uso. Porém, distinguir-se-á da locação, pois o bem será cedido, gratuitamente ou mediante condições, aos Estados, Municípios, entidades educacionais, culturais ou de assistência social, ou para pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento

112Art. 64. Os bens imóveis da União não utilizados em serviço público poderão, qualquer que seja a sua natureza, ser alugados, aforados ou cedidos

113Ver nota 111.

114Deve-se observar que o arrendamento também foi previsto no art. 64 em seu § 1º. Trata-se de modalidade de “locação” na qual o objetivo é a exploração de frutos ou prestação de serviços. Ou seja, quando se pretende tornar o imóvel produtivo.

115GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 942

116*Ibidem*, p. 942

117*Ibidem*, p.942

118DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 697

119GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 942

econômico de interesse nacional, consoante o art. 18 da Lei 9.636/98. Ainda segundo o § 1º do referido artigo, a cessão de uso pode ser formalizada mediante concessão de direito real de uso¹²⁰.

Segundo o art. 64 § 2º do Decreto-Lei 9.760/98, “o aforamento se dará quando coexistirem a conveniência de radicar-se o indivíduo ao solo e a de manter-se o vínculo da propriedade pública”. O aforamento ou enfiteuse não foi previsto pelo Código Civil de 2002,¹²¹ o que se explica pelos fortes vínculos com institutos medievais relacionados à apropriação de riquezas por parte da aristocracia¹²². Há vedação expressa no art. 2.038 do novel Código quanto à possibilidade de instituírem-se novas enfiteuses.¹²³ Porém, encontra-se em seu § 2º o reconhecimento de que a enfiteuse sobre terrenos de marinha reger-se-á por lei especial – o aforamento encontra-se regulado pela Lei 9.636/98 e pelo Decreto-Lei 9760/46, naquilo que não foi modificado por aquela. Na lição de Orlando Gomes portanto, o aforamento administrativo possui “particularidades que o singularizam [...] apresentando-se, por conseguinte, como especial modalidade da enfiteuse.”¹²⁴ Repetindo, sobre os terrenos de marinha recai o instituto do aforamento administrativo, não o da enfiteuse regulada pelo antigo Código Civil. Entre as particularidades daquele, arrola Gasparini¹²⁵ as seguintes: foro igual a 0,6% calculado sobre o valor do domínio pleno, o qual será anualmente atualizado¹²⁶; laudêmio de 5% sobre o valor do domínio pleno e benfeitorias¹²⁷; o resgate não é direito do foreiro, podendo a União aceitar ou indeferir o pedido; os direitos do enfiteuta não são transferíveis a terceiros de plano, exigindo-se a prévia licença da S.P.U.¹²⁸

120GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 943

121A enfiteuse era prevista no Código Civil de 1916, mais especificamente em seu art. 678, cuja redação era a seguinte: “Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou empraçamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável”

122JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 1065

123Conforme o Art. 2.038 do Código Civil de 2002, “fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior

124GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 316

125GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 944

126Conforme o art. 101 do Decreto-Lei 9.760/46, com redação dada pela Lei 7.450/85

127O art. 102 §1º do Decreto-Lei estipulava o valor do Laudêmio em 0,5% calculados sobre o domínio pleno do terreno e benfeitorias. Porém, tal artigo foi revogado pelo Decreto-Lei 2.398 de 1987. Não obstante, o art. 3º do novo Decreto-Lei estipula a mesma alíquota calculada sobre a mesma base de cálculo.

128 Art. 3º § 2º alínea “c” do Decreto-Lei 2.398 de 1987

O resgate dos terrenos da União dados em aforamento é permitido pelo Decreto-Lei 9.760/46, conforme a redação dada pela Lei 11.481/07. Tal é a dicção do inciso III do art. 103 do Decreto-Lei: “o aforamento extinguir-se-á pela remissão¹²⁹ do foro, nas zonas onde não mais subsistam os motivos determinantes da aplicação do regime enfiteútico”. O resgate pode ocorrer quando a União entender que não mais subsistem as razões que orientaram o empraçamento e facultar ao foreiro a remição. Logo, depois de notificado, pagará o foreiro a importância de 17% sobre o valor do domínio pleno do terreno.¹³⁰

O instituto da ocupação é regulado no capítulo VI do Decreto-Lei 9760/46 – com redação dada pela Lei 9.636/98 -, com exceção aos artigos revogados pela Lei 2.398/87. Leciona Gasparini que a Lei 9.636/98

autoriza o Poder Executivo, por intermédio da S.P.U., a identificar, demarcar, cadastrar, registrar as ocupações e promover a utilização ordenada dos bens imóveis da União. Impõe à administração federal a obrigatoriedade de rever todas as ocupações e proceder à regularização das em desacordo com a lei, mediante a adoção dos instrumentos de trespasse de uso [...] essa obrigatoriedade não assegura aos ocupantes qualquer direito à ocupação nem indenização por benfeitorias, salvo as hipóteses que especifica. Ademais, pode a inscrição ser cancelada a qualquer tempo, reintegrando-se a União na posse do bem. Aí, portanto, está, no estilo tradicional, a adoção da permissão de uso¹³¹.

O cadastramento das terras ocupadas depende de comprovação de efetivo aproveitamento do imóvel, sem o que é vedada a ocupação, nos termos da Lei 9.636/98, alterada pelo Decreto 3.725/01¹³² em seu art. 2º. Os ocupantes de terrenos da União sem título outorgado são obrigados ao pagamento de taxa anual calculada sobre o valor do domínio pleno do terreno anualmente atualizado. Será de 2% para as ocupações inscritas antes de 30.09.1988 e de 5% para as posteriores a esta

129A expressão “remissão” aqui é equivocada, sendo a correta “remição”. Remição tem sentido correlato ao dos verbos remir e redimir, os quais, por sua vez, vêm do latim *redimere*, que significa comprar de novo ou resgatar. É esse o significado que a Lei alude. Por outro lado, “remissão” está ligado ao verbo remitir, oriundo do latim *remittere*, cuja tradução é perdoar. Pode estar ligada também ao verbo remeter. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 243.A

130Conforme o § 2º do art. 103 do Decreto-Lei 9.760/46

131GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 943

132Art. 2º Considera-se para a finalidade de que trata o art. 6º da Lei no 9.636, de 1998: I - efetivo aproveitamento

data.¹³³

¹³³A matéria encontra-se regulada nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei 2.398/87, conforme a redação que lhes deu o Decreto-Lei 2.422/98

2 DEMARCAÇÃO E DISCRIMINAÇÃO DOS TERRENOS DE MARINHA

Neste segundo capítulo estudaremos o procedimento para determinação¹³⁴ dos terrenos de marinha, o qual é composto na verdade de dois processos: primeiramente, temos o processo administrativo de demarcação da linha de preamar média de 1831; num segundo momento, abre-se processo de discriminação de terrenos de marinha que, conforme comando legal, será administrativo ou judicial¹³⁵. O diploma normativo responsável em disciplinar as regras atinentes à determinação dos bens imóveis da União é o Decreto-Lei 9.760/46. Sendo os terrenos de marinha espécie destes bens imóveis, como exposto pelo inciso VII do artigo 20 da Constituição Federal, o citado diploma será de suma importância para a análise que aqui empreenderemos.

Começaremos com algumas observações terminológicas. Segundo o professor Hely Lopes Meirelles, “processo é o conjunto de atos coordenados para obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual.”¹³⁶ Sendo assim, o processo pode concretizar-se através de distintos procedimentos, dependendo, dentre outros fatores, da questão a ser decidida. Não é possível haver um processo sem um procedimento – o processo materializar-se-á na forma de determinado procedimento -, muito embora possa ocorrer um procedimento sem que tenhamos um processo. O ponto determinante para a existência de um processo é o ordenamento de atos dirigidos a dirimir uma controvérsia; do exposto, entende-se que um procedimento administrativo de licitação ou relativo a concurso público não será um processo em sentido estrito, justamente por faltar-lhe o caráter belicoso.¹³⁷

134Para uma melhor clareza conceitual, utilizaremos no que segue a expressão “processo de determinação” como gênero, composta pelas espécies “processo de demarcação” - *i.e.*, processo administrativo no qual se afere a linha do preamar médio de 1831 – e “processo de discriminação”, o qual comporta duas subespécies: o processo de discriminação administrativo e o processo de discriminação judicial. Neste segundo processo – processo de discriminação - é que os terrenos de marinha são devidamente dimensionados e separados de propriedades particulares. Ainda que se julgue não ser esta a melhor terminologia, a utilizamos por ser a escolhida pelo Decreto-Lei 9.760/46. Ou seja, o Decreto-Lei, ao referir-se à demarcação dos terrenos de marinha, disciplina, na verdade, a demarcação das linhas do preamar médio de 1831, e não propriamente a demarcação do terreno de marinha em si, que é realizado somente no processo de discriminação, como acima mencionado.

135VALLE, Natália Ribeiro do. **Terras de marinha**: taxa de ocupação: (devida ou indevida, como saber?). São Paulo: RG Editores, 2007. p. 113

136MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 628

137*Ibidem*, p. 628

Por outro lado, como observa Meirelles, toda autuação interna, no âmbito administrativo recebe a denominação de processo, tenha este natureza litigiosa ou não. Já está consagrado na prática administrativa a utilização da expressão “processo administrativo” em seu sentido lato, ou seja, naquele em que se indica tanto um procedimento sem cunho jurisdicional¹³⁸, como nos exemplos acima citados – processo de licitação, processo concursal – assim como nos casos nos quais o objetivo principal é solucionar um conflito. Uma vez feita essa ressalva, podemos utilizar “processo administrativo” em sua acepção mais ampla, evitando dessa forma divergências terminológicas entre teoria e prática, ao mesmo tempo em que prestamos deferência a um rigor conceitual mais elaborado, como exige toda boa ciência¹³⁹.

2.1 Processo Administrativo de demarcação dos terrenos de marinha

O Decreto-Lei 9.760/46, do seu artigo 9º ao 14, estabelece as diretrizes para a demarcação dos terrenos de marinha - que na verdade, como vimos acima, refere-se à demarcação das linhas do preamar médio de 1831, e não especificamente à demarcação dos terrenos de marinha no sentido de extremá-los de propriedades particulares lindeiras, como é feito no processo de discriminação¹⁴⁰. A competência para a realização de tal desiderato é outorgada à S.P.U. – Secretaria do Patrimônio da União¹⁴¹. A primeira medida administrativa a ser concretizada é a citação dos

138O conceito de “ato ou procedimento jurisdicional” no âmbito administrativo pode causar alguma perplexidade, de forma que alguns esclarecimentos são aqui necessários. O ato jurisdicional não pode ser confundido com ato judicial. A jurisdição é a atividade de dizer o direito, de prolatar uma decisão. As três faces do poder estatal – Judiciário, Legislativo, Executivo –, em suas respectivas competências, aplicando a lei para dirimir determinado conflito, exercem jurisdição. Por outro lado, apenas o Poder Judiciário possui o monopólio da Jurisdição judicial, aquela que contém o timbre da coisa julgada material, caracterizada pela imutabilidade das decisões. Quando se fala em coisa julgada administrativa, tem-se, na verdade, um efeito preclusivo interno. No âmbito administrativo, a questão não pode mais ser discutida, significando apenas que o contencioso administrativo encontra-se esgotado. Nada impede, porém, a rediscussão no âmbito do Poder Judiciário, o qual sempre terá a última palavra. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 625

139MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 104

140Ver discussão levantada na nota de rodapé 133

141No artigo 9º do Decreto-Lei 9760/46 encontramos ainda referência à antiga denominação do S.P.U.: Art. 9º “É da competência do Serviço do Patrimônio da União (S.P.U.) a determinação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831 e da média das enchentes ordinárias.” Ou

possíveis interessados, para que, desejando, manifestem-se apresentando plantas, croquis ou quaisquer outros documentos referentes aos terrenos situados no trecho em que será empreendido o trabalho de demarcação¹⁴². Efetuadas as citações válidas, os interessados terão o prazo de 60 dias para apresentação da documentação que julgarem pertinente¹⁴³. Uma vez juntados todos os documentos e trabalhos topográficos necessários, a Secretaria do Patrimônio da União, por seu chefe, em despacho, determinará a posição da linha da preamar média de 1831, a qual será publicada em edital com objetivo de dar ciência aos interessados para que se manifestem, impugnando decisões que considerarem equivocadas¹⁴⁴. O chefe da S.P.U., recebendo as impugnações, reexaminará seu despacho. Caso confirme a decisão original, conforme o parágrafo único do art. 13 do Decreto-Lei 9.760/46, recorrerá ex-offício para o Diretor da S.P.U., sem prejuízo do recurso da parte interessada. Da decisão do diretor da Secretaria do Patrimônio da União cabe recurso aos interessados no prazo improrrogável de 20 dias, contados de sua ciência¹⁴⁵.

2.2 Processo de discriminação dos terrenos de marinha

Tendo sido realizada a fase de demarcação da linha do preamar médio de 1831, procede-se ao processo de discriminação dos terrenos de marinha. Consoante determinação legal, este poderá ter cunho administrativo ou judicial.¹⁴⁶ Incumbe também ao S.P.U. promover, em nome da Fazenda Nacional, a discriminação administrativa das terras de marinha, a fim de descrevê-las, medi-las e extremá-las do domínio particular¹⁴⁷. No mesmo sentido, o art. 1º da Lei 9.636 de 15 de maio de 1998¹⁴⁸. A fase judicial deverá ser aberta sempre que não houver

seja, o Serviço do Patrimônio da União é agora denominado Secretaria do Patrimônio da União.

142VALLE, Natália Ribeiro do. **Terras de marinha**: taxa de ocupação: (devida ou indevida, como saber?). p. 112

143Conforme art. 11 do Decreto-Lei 9.760/46

144Conforme art. 13 do Decreto-Lei 9.760/46

145Conforme art. 14 do Decreto-Lei 9.760/46

146Decreto-Lei 9.760/46, arts. 19 a 21.

147Conforme art. 19 do Decreto-Lei 9.760/46

148Art. 1º: É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das

acordo dos interessados referente aos trabalhos realizados pela Secretaria do Patrimônio da União ou quando não puder surtir efeito contra eles.¹⁴⁹

2.2.1 Processo Administrativo

O processo administrativo de discriminação de terrenos de marinha é regulado nos arts. 22 a 31 do Decreto-Lei 9.760/46. Antes do início do processo, é realizado o estudo da área que será discriminada, sempre elaborado por pessoa habilitada profissionalmente que apresentará memorial descritivo contendo: as características e continências do perímetro; as propriedades, posses e confinantes existentes na localidade, com seus nomes e residências; as criações, benfeitorias e culturas lá encontradas; croquis; todas as demais informações necessárias.¹⁵⁰ Realizado o memorial, dar-se-á abertura ao processo administrativo de discriminação, convocando-se os interessados, incluindo, entre eles, as mulheres casadas, possuidores e confinantes. Esta convocação deve ser efetuada em prazo não inferior a 60 dias antes da data agendada para a realização dos trabalhos de discriminação. A convocação ou citação será feita aos proprietários, possuidores, confinantes, a todos os interessados em geral, inclusive as mulheres casadas, por editais, e, além disso, por carta àqueles cujos nomes constarem do memorial do engenheiro ou agrimensor.¹⁵¹ O Procurador da Fazenda, juntamente com o profissional habilitado responsável por redigir o memorial, escrivão designado e servidores do S.P.U, dará início aos trabalhos na data marcada, requerendo ao escrivão que faça a chamada dos interessados que apresentarão os documentos necessários ao desenvolvimento do procedimento. Será feito arrolamento de testemunhas e poderão ser indicados até dois peritos – estes serão eleitos pelos interessados e colaborarão com o trabalho do engenheiro da Secretaria do

ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada

149Conforme artigos 21 e 32 do Decreto-Lei 9.760/46

150Conforme art. 22 do Decreto-Lei 9.760/46

151Conforme art. 23 do Decreto-Lei 9.760/46

Patrimônio da União.¹⁵² Ao término desta primeira fase, ficam os interessados previamente convocados para a próxima, que ocorrerá entre 30 e 60 dias contados a partir daquela, com dia e hora designados.¹⁵³ A segunda diligência instalar-se-á com as formalidades da primeira, tendo por objeto a audiência dos interessados, o acordo que entre eles se firmar sobre a propriedade e posses que forem reconhecidas, o registro dos que são excluídos do processo, por não terem chegado a acordo ou serem revéis, e a designação do ponto de partida dos trabalhos topográficos. Tudo será assentado em autos circunstanciados, com assinatura dos interessados presentes.¹⁵⁴ Realizadas as mencionadas diligências, o engenheiro ou agrimensor acompanhado de tantos auxiliares quantos necessários, procederá aos trabalhos geodésicos e topográficos de levantamento da planta geral das terras, sua situação quanto à divisão administrativa e judiciária do Estado, Distrito ou Território, sua discriminação, medição e demarcação, separando as da Fazenda Nacional das dos particulares.¹⁵⁵ Os peritos nomeados e as partes que quiserem poderão acompanhar os trabalhos topográficos¹⁵⁶. Nos autos haverá termo para cada parte, assinado pelo responsável com a descrição precisa das linhas, marcos divisórios, culturas e especificações da planta geral¹⁵⁷. Uma vez concluídos os trabalhos, lavrar-se-ão atos solenes e circunstanciados, em que as partes reconhecem e aceitam os trabalhos realizados¹⁵⁸. Lavra-se termo em livro próprio, pela S.P.U., com força de escritura pública, incorporando a área que for de domínio da União ao seu patrimônio. Este termo é então registrado em Cartório de Registro de Imóveis da localidade do bem. Com o registro, dá-se a regularização junto aos órgãos municipais.¹⁵⁹

152Conforme art. 24 do Decreto-Lei 9.760/46

153Conforme o parágrafo 5º do art. 24 do Decreto-Lei 9.760/46

154Conforme art. 25 do Decreto-Lei 9.760/46

155Conforme art. 26 do Decreto-Lei 9.760/46

156Conforme o parágrafo 4º do art. 26 do Decreto-Lei 9.760/46

157Conforme art. 27 do Decreto-Lei 9.760/46

158Conforme art. 28 do Decreto-Lei 9.760/46

159VALLE, Natália Ribeiro do. **Terras de marinha**: taxa de ocupação: (devida ou indevida, como saber?). p. 116 e 117

2.2.2 Processo Judicial

O processo judicial de discriminação de terrenos de marinha é regulado nos arts. 32 a 63 do Decreto-Lei 9.760/46. Segundo o art. 32, o processo judicial é proposto contra aqueles que discordarem em qualquer termo da instância administrativa ou por qualquer motivo não entrarem em composição amigável, abrindo a União, por seu representante em Juízo, a instância judicial contenciosa. Como assinala Natália Ribeiro do Valle, pode-se “perceber a grande importância dada aos possuidores de títulos legítimos, uma vez que o processo administrativo, sem concordância destes, não poderá diminuir-lhes seus direitos, sendo necessário o processo judicial”¹⁶⁰. Consoante o art. 109 da Constituição de 1988, a competência para dirimir o litígio é da Justiça Federal.

A União, como autora do processo, requererá a citação dos proprietários, possuidores, confinantes e em geral de todos os interessados, para acompanharem o processo de discriminação até o final, exibindo seus títulos de propriedade ou prestando minuciosas informações sobre suas posses ou ocupações, ainda que sem títulos documentários¹⁶¹. Apresentadas as informações no tempo hábil de 30 dias, contados da juntada do mandado em cartório ou do termo final do edital, terá a União o prazo de 60 dias para se manifestar¹⁶². Esta manifestação será formalizada em minucioso memorial sobre os documentos, informações e pretensões, e requererá as áreas como de seu domínio. Será requerida produção de provas e perícia, sendo que o prazo poderá ser prorrogado por mais 60 dias. Realizadas tais diligências, publica-se edital dando ciência aos interessados acerca do edital, para que, se quiserem, manifestem-se em 30 dias.¹⁶³ Realizadas as manifestações, os autos serão conclusos, e o magistrado excluirá da ação as áreas reconhecidas pela União como sendo de domínio particular. Nomeará então o engenheiro da Secretaria do Patrimônio da União e dois peritos de sua confiança, assim como dois suplentes, para efetuarem a discriminação das áreas remanescentes. Os interessados podem

160VALLE, Natália Ribeiro do. **Terras de marinha**: taxa de ocupação: (devida ou indevida, como saber?). p. 117

161Conforme art. 34 do Decreto-Lei 9.760/46

162Conforme art. 39 do Decreto-Lei 9.760/46

163Conforme art. 42 do Decreto-Lei 9.760/46

indicar assistente técnico para acompanhar os trabalhos.¹⁶⁴ Deste “despacho”, como consta do art. 44 do Decreto-Lei 9.760, caberá contestação no prazo de 20 dias, a contar de sua publicação. Não havendo contestação, o Juiz julgará de plano a ação como procedente.¹⁶⁵ Havendo contestação, o procedimento será o de rito ordinário. Uma vez findo o prazo para produção de provas, procede-se à audiência de instrução e julgamento, como reza o Código de Processo Civil. Proferida a sentença e dela intimados os interessados, iniciar-se-á o levantamento e demarcação do perímetro declarado pertencente à União, extremado-o das áreas declaradas particulares, contestes e incontestes. Para tal feito, requererá a Fazenda Nacional, ou qualquer dos interessados, designação de dia, hora e lugar para começo das operações técnicas da discriminação, notificadas as partes presentes ou representadas, o engenheiro ou agrimensor e os peritos.¹⁶⁶ Na data marcada, o engenheiro ou agrimensor, acompanhado de seus auxiliares procederá aos trabalhos geodésicos e topográficos de levantamento da planta geral das terras, sua situação quanto à divisão administrativa e judiciária do Estado, Distrito ou Território, sua discriminação, medição e demarcação, separando-as das terras particulares.¹⁶⁷ Esta planta será instruída nos autos com o memorial e relatório minucioso contendo a descrição de toda a área de domínio público. Havendo necessidade, o juiz marcará prazo prorrogável para o término destes trabalhos¹⁶⁸. A planta, que será autenticada pelo Juiz, engenheiro ou agrimensor e peritos, deverá ser tão minuciosa quanto possível.¹⁶⁹ Havendo dúvidas relativamente aos trabalhos de demarcação, deverão estas sempre ser submetidas à análise do juiz, que as resolverá ouvindo os peritos, se necessário. Finalizados os trabalhos, abre o juiz prazo de 30 dias para que as partes possam se manifestar. Realizadas as manifestações, são os autos conclusos ao magistrado, que homologará a discriminação realizada, declarando as terras de domínio público e as de domínio particular.¹⁷⁰ Contra esta sentença caberá recurso com efeito devolutivo.¹⁷¹ As áreas disputadas pelos que houverem recorrido da sentença serão discriminadas com as demais – *i.d*, que não foram impugnadas –

164Conforme art. 43 do Decreto-Lei 9.760/46

165Conforme art. 45 do Decreto-Lei 9.760/46

166Conforme art. 48 do Decreto-Lei 9.760/46

167Conforme art. 49 do Decreto-Lei 9.760/46

168Conforme art. 50 do Decreto-Lei 9.760/46

169Conforme art. 51 do Decreto-Lei 9.760/46

170Conforme art. 57 do Decreto-Lei 9.760/46

171Conforme parágrafo único do art. 51 do Decreto-Lei 9.760/46

e os recorrentes terão direito de continuar a intervir nos atos discriminatórios.¹⁷²

2.3 Problemática: colisão com os Princípios Fundamentais regentes das relações de Administração Pública

Como vimos nas seções acima, os processos de demarcação e discriminação dos terrenos de marinha são de competência da S.P.U. – Secretaria do Patrimônio da União -, antigo Serviço do Patrimônio da União. Esta competência é ditada pelos arts. 9º e 19 do Decreto-Lei 9760/46. Suscitaremos aqui, brevemente, algumas questões que nos parecem agredir princípios fundamentais regentes das relações de Administração Pública, no âmbito dos processos supra mencionados. Por fim, na seção 2.5, traremos exemplos oriundos da jurisprudência que corroboram tal tese.

2.3.1 Colisão com o Princípio do Devido Processo Legal

Começaremos pela análise do art. 11 do Decreto-Lei 9.760/46. Observe-se a redação dada a este dispositivo pela Lei 11.481 de 31 de maio de 2007:

Art. 11. Para a realização da demarcação, a S.P.U. convidará os interessados, por edital, para que no prazo de 60 (sessenta) dias ofereçam a estudo plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcando¹⁷³.

Em sua forma original, o art. 11 previa, aos interessados, ciência pessoal ou por edital. A nova redação prevê apenas conhecimento via edital. Segundo Melo e Pugliese,

o Poder Público, por ser público, deve agir com transparência jurídica, a fim de que os administrados tenham conhecimento do que está sendo realizado pela Administração pública. Isso permitirá aos

¹⁷²Conforme art. 60 do Decreto-Lei 9.760/46

¹⁷³Art. 11 do Decreto-Lei 9.670/46

interessados seu direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como ao devido processo legal, consagrados pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inc. LV. Ademais, interessados pelo que se passa no interior da burocracia pública não se limitam apenas aos que têm diretos interesses, mas amplia-se a toda a sociedade que, em última análise, trata-se de titular dos interesses públicos¹⁷⁴.

Conforme o art. 12 *caput* do Decreto-Lei 9.760/46, o edital será afixado na repartição arrecadadora da Fazenda Nacional na localidade, e publicado por 3 (três) vezes, com intervalos não superiores a 10 (dez) dias, no Diário Oficial, se se tratar de terrenos situados no Distrito Federal, ou na folha que nos Estados ou Territórios lhes publicar o expediente. O parágrafo único do mesmo artigo prevê ainda a publicação em jornal de grande circulação local, porém, ainda que haja esta previsão, nos parece que não andou bem o legislador ao modificar o artigo 11 original do Decreto-Lei 9.670/46, provendo, unicamente através deste meio – edital-, conhecimento aos interessados. Tal preceito não parece atender ao dever de transparência da Administração Pública frente aos seus administrados, tão bem esposado pelos dois autores na citação supramencionada. Como assinala também o professor Hely Lopes Meirelles,

o princípio da garantia da defesa, entre nós, está assegurado no inc. LV do art. 5º da CF, justamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), que tem origem no *due process of law* do Direito anglo-norte-americano.

Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação [grifo nosso] do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos de instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis [...] processo administrativo sem oportunidade de defesa é nulo [grifo nosso] conforme têm reiteradamente decidido nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou, mais especificamente, da garantia de defesa [...] é um princípio universal nos Estados de Direito, que não admite postergação nem restrições na sua aplicação¹⁷⁵

Como observado pelo mestre, a devida cientificação do processo é de suma importância para a realização dos princípios constitucionais em tela, ficando esvaziados frente a uma citação deficitária e irregular. Tal é o que parece ocorrer

174MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**.p.174
175MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 633 e 634

quando se prevê aos interessados o conhecimento do processo unicamente pela via do edital, ainda quando publicado em jornais de grande circulação, como determina o diploma legislativo. Assevera Cândido Rangel Dinamarco que a citação por edital é “extremamente excepcional, porque constitui um meio muito precário e pouco confiável quanto aos resultados a obter”¹⁷⁶. Segue o renomado processualista consignando que

por ser excepcional, a citação por edital é rigorosamente limitada em sua admissibilidade, só se legitimando quando o citando estiver em local ignorado, quando o lugar em que se encontra for inacessível ou quando ele próprio não puder ser identificado pelo autor. Os casos em que se autoriza a citação editalícia a pessoas não identificadas são redobradamente extraordinários, porque implicam também a omissão do próprio nome e qualificação do demandado na petição inicial, o que é em princípio exigido em lei.¹⁷⁷

Muito embora as palavras do professor Dinamarco sejam aqui especificamente dirigidas ao processo civil, razão não há para que não possam ser transportadas para o processo administrativo. Muito pelo contrário. A Lei 9.784/99, responsável por regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, disciplina expressamente em seu art. 2º obediência, entre outros, aos princípios da ampla defesa e contraditório. O inc. II do art. 3º do referido diploma legislativo assegura ainda o direito do administrado de “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”. Ora, claro está que a mera citação via edital não respeita os comandos expressos pela Lei Federal do Processo Administrativo, também insculpidos na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LV, quais sejam, assecuração do contraditório e ampla defesa. No mesmo sentido, Melo e Pugliese, ressaltando que a interpretação do art. 11 do Decreto-Lei 9760/46, conforme a redação dada pela Lei 11.481/07,

deve-se dar consoante as normas constitucionais, porque não se permite que através de edital sejam convocados interessados, conhecidos e com endereço certo, para a determinação da posição

176DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. III. p. 438

177Ibidem, p. 438

das linhas do preamar médio, pois é sabido que, após a demarcação, a propriedade passa ao domínio público e os titulares de direitos reais ou possessórios passam repentinamente à condição de ocupantes irregulares, sendo instados a regularizar sua situação e a pagar pensão pela utilização do bem que, assinale-se, já não lhes pertence mais.

Assim, no que diz respeito à forma do chamamento, os interessados certos serão convocados pessoalmente, e os incertos, ou que não tenham endereço sabido, através de edital. Esse também foi o entendimento do Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região ao julgar que tendo o interessado, titular de domínio sobre parte do trecho objeto de demarcação, residência certa, no próprio local, tem direito à notificação pessoal, devendo a Administração Pública reservar a notificação editalícia aos interessados incertos ou com endereço desconhecido. [...] A partir do momento em que o interessado é privado de receber informações sobre um procedimento administrativo que lhe causará a imposição de deveres e ônus, configura-se prejuízo evidente. [...] Utilizar esse tipo de procedimento [edital] para com aquele que tem residência certa é, no mínimo, uma forma legal de omitir informações a respeito de um procedimento administrativo que irá repercutir no exercício de direitos à propriedade, ao devido processo legal e à ampla defesa, que são assegurados constitucionalmente e que irão privar o interessado de acompanhar esse procedimento e de questionar decisões da Administração Pública. Sem exagero, trata-se de medida extrajudicial que caracteriza a má-fé do notificante, merecendo que se lhe imponha as penas decorrentes, previstas no CPC, que normatizam a litigância de má-fé.¹⁷⁸

Como se observa, a situação é grave. O processo de determinação de terrenos de marinha tem repercussão direta no núcleo do direito fundamental à propriedade, reconhecido no inciso XXII do art. 5º da Constituição Federal. Na verdade, a ingerência do Estado na esfera jurídica privada é aqui ainda mais intensa que no processo de desapropriação: neste, há garantia de justa e prévia indenização, como reza o inciso XXIV do art. 5º da Constituição Federal; naquele, cuja natureza é essencialmente declaratória, tal garantia é inexistente. O bem imóvel, outrora considerado como alodial, é simplesmente declarado como sendo propriedade da União e o antigo proprietário é urgido a regularizar sua situação. O professor Juarez Freitas, na já celebrada obra “O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais”, afirma que o

“devido processo”, tomado na justa conta, afina-se com a prescrita transformação paradigmática, isto é, promove qualificada mudança

178MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**. p. 178, 179, 180 e 181

de estilo do controle sistemático das escolhas administrativas (inclusive na determinação de noções indeterminadas), em lugar de postura unilateralista (não raro, prepotente e arbitrária, por ação ou omissão). Em outras palavras, sensivelmente aplicado às relações administrativas, o princípio do “devido processo”, homenageando princípios tais como eficiência e eficácia, é garantia-matriz associada à segurança jurídica, de suma importância à concretização do direito fundamental à boa administração pública, no sentido de que ninguém poderá ser afetado em seus interesses legítimos [grifo nosso] sem que, antes, devam ser ponderadas as suas razões, isto é, como pleno e medular exercício da racionalidade do tipo dialógico¹⁷⁹.

A mudança de redação do art. 11 do Decreto-Lei 9.760/46, levada a cabo pelo legislador através da Lei 11.481/07, segundo nosso entendimento, vai contra a sadia “transformação paradigmática” mencionada pelo professor Juarez Freitas. A ciência do processo aos interessados certos, realizada unicamente por via editalícia, realmente configura-se em atitude prepotente capaz de lesar direitos. Em outra passagem de “O Controle dos Atos Administrativos”, sublinha-se que

a dimensão substancial do devido processo (em liame com o princípio da proporcionalidade) passa a ser assimilada por todo controlador sistemático, de modo que, no processo administrativo, os meios só serão juridicamente adequados se se realizar a meta pública almejada (adequação meio-fim), com o emprego de instrumentos menos restritivos ou limitadores da eficácia dos direitos fundamentais, uma vez que se deve sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos¹⁸⁰.

A nova dicção do Art. 11 do Decreto-Lei 9.670/46 também não parece afinada com o princípio da proporcionalidade. É a citação por edital realmente adequada para os casos de interessados cujos domicílios são conhecidos? Ou seja, é a citação por edital de fato uma orientação afinada com propósito de trazer ao interessado o conhecimento do processo que poderá afetar-lhe direitos? Como vimos acima, nas palavras do professor Dinamarco, a citação por edital é “extremamente excepcional, porque constitui um meio muito precário e pouco confiável quanto aos resultados a obter”¹⁸¹. Sendo assim, a resposta a esta primeira questão parece ser negativa. Não passando pelo teste da adequação, não

179FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.102

180**Ibidem**, p.103

181DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 438

precisamos nem mesmo perquirir os planos da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁸²

Conforme explicamos no começo do capítulo 2, o procedimento para determinação dos terrenos de marinha é composto na verdade de dois processos: primeiramente, temos o processo administrativo de demarcação da linha do preamar médio de 1831; num segundo momento, abre-se processo de discriminação de terrenos de marinha que, conforme comando legal, será administrativo ou judicial. Sendo assim, poder-se-ia arguir que a citação ficta realizada no âmbito do processo de demarcação das linhas do preamar médio de 1831 poderia ser alvo de impugnação dentro do processo de discriminação. Ainda que se pudesse defender tal tese, observa-se que tal posicionamento da Administração atentaria ao princípio da economicidade. Eivado de nulidade por afrontar o direito ao contraditório e ampla defesa do interessado, o custoso processo de demarcação das linhas do preamar médio de 1831 seria declarado nulo *ab initio*. Todos os trabalhos teriam que recomeçar do marco zero. Como leciona o professor Juarez Freitas,

o princípio da economicidade (art. 70 da CF) determina a otimização da ação pública, no sentido de fazer o mais com o menor custo possível, sendo vedado todo e qualquer desperdício. Ou seja: o administrador público está obrigado a trabalhar com os menores custos, sem sacrifício da qualidade final, tendo como parâmetro a busca da menos onerosa atuação. Nessa linha, não aparece, no controle à luz da economicidade, qualquer elemento intrusivo do espaço da discricionariedade administrativa, porque é certo que qualquer discricionariedade válida somente o será se guardar vinculação fiel aos imperativos de sensatez econômica, incompatível

¹⁸²Como é sabido, o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim. O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas da investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados. Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, por outro modo: as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108,114,116

com qualquer desperdício (tão comum como condenável).¹⁸³

No mesmo sentido, Melo e Pugliese, ao observarem que

a Administração Pública por descuido, por equívoco ou até por entender desnecessário, não tem cumprido os ditames de ordem pública, prejudicando num primeiro momento os ocupantes desses imóveis, mas, a longo prazo, a própria União, já que o procedimento adotado, sendo nulo, não atingirá o objetivo proposto e resultará em grandes prejuízos de ordem política, social e principalmente econômica.¹⁸⁴

Como demonstrado acima, não importando o ângulo através do qual se analise a inovação trazida pela lei 11.481/07 ao modificar o art. 11 do Decreto-Lei 9.760/46, chega-se sempre a resultados negativos. Apenas o bom senso do administrador, extraindo a melhor inteligência do novo dispositivo, poderá contribuir para a observância do direito fundamental à boa administração pública. Realmente, o caminho escolhido pelo legislador não parece ter sido o mais adequado. Como veremos na seção 2.5, a constitucionalidade do dispositivo legal é questionada na ADI 4264.

2.3.2 Colisão com o Princípio da Legalidade

O Decreto-Lei 9.760/46, em seu artigo 2º, fornece o fundamento legal para demarcação do ponto de referência a partir do qual os terrenos de marinha serão mensurados: trata-se da linha do preamar médio de 1831. A regra é clara e explícita, havendo também permissão subsidiária para que a determinação seja feita “à vista de documentos e plantas de autenticidade irrecusável, relativos àquele ano, ou, quando não obtidos, a época que do mesmo se aproxime”¹⁸⁵. Segundo Melo e Pugliese,

não se trata de uma opção oferecida pelo legislador de utilizar ou não a linha de preamar média de 1831 como ponto de partida, mas sim

183FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. p. 125

184MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**.p.182

185Artigo 10 do Decreto-Lei 9.760/46

uma forma de se valer de outros meios que facilitem o processo de demarcação dos terrenos de marinha. Esse não tem sido, no entanto, o entendimento da Administração pública, que através da Instrução Normativa 02, de 12 de Março de 2001, no artigo 2º, parágrafo 2º(sic)¹⁸⁶, determinou que a *Linha de Preamar Média de 1831 – LPM será determinada pela SPU a partir de plantas e documentos de autenticidade irrecusável, relativos ao ano de 1831, ou, quando não obtidos, à época que do mesmo mais se aproxime, e de observações de marés*. Em outras palavras, o parâmetro estabelecido pelo Decreto-Lei nº 9.760/46 passou a ter importância secundária distante do determinado pela referida Marginalia.¹⁸⁷

Na opinião dos autores, tal regramento contraria o ordenamento jurídico. A Administração, ao segui-lo, estaria agindo de modo ilegal.¹⁸⁸ Outro problema referente à Instrução Normativa 02 encontra-se em seu art. 2º § 2º, cuja redação transcrevemos:

Na determinação da cota básica¹⁸⁹ relativa à preamar média de 1831, deverão ser consideradas a média aritmética das máximas marés mensais (marés de sizígia¹⁹⁰) [grifo nosso] daquele ano, ou do que mais dele se aproximar, utilizando-se os dados da estação maregráfica mais próxima constante das tábuas de marés, publicadas pela Diretoria de Hidrografia e Navegação do Comando da Marinha (DHN)¹⁹¹

Também este dispositivo encontra-se em colisão com o disciplinado pelo

186Os autores referem-se aqui, na verdade, ao parágrafo 1º, não ao 2º. Segundo a redação do parágrafo 1º do art. 2º da Instrução Normativa n. 2 de 12 de março de 2001, temos que: “§ 1º A Linha de Preamar Média de 1831 - LPM será determinada pela SPU a partir de plantas e documentos de autenticidade irrecusável, relativos ao ano de 1831, ou, quando não obtidos, à época que do mesmo mais se aproxime, e de observações de marés.” Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Legislacao/Instrucao_Normativa/010312_IN_2.pdf>. Acesso em 8 de outubro de 2011

187MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**. p.138

188**ibidem**, p. 140

189Segundo item 3.6 da ON GEADE (Orientação Normativa da Gerência de área de Cadastramento e Demarcação) nº 2 de 12 de março de 2001, cota básica é “o valor numérico que expressa a média aritmética das máximas marés mensais, reduzido ao mesmo referencial altimétrico da base cartográfica utilizada. A Orientação Normativa número 02 encontra-se disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Legislacao/orientacao_normativa/ON_GEADE_02_terrenos_marinha.pdf>. Acesso em 8 de outubro de 2011

190Sizígia, do grego suzugía, indica “conjunção, união”. Quando a Lua encontra-se entre a Terra e o Sol, diz-se estar em sizígia inferior – a Lua está invisível(Lua nova). A sizígia superior ocorre quando a Terra encontra-se entre o Sol e a Lua – Lua cheia. Enciclopédia Mirador Internacional. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações, 1983. vol. 13. p. 7005

191INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 2, DE 12 DE MARÇO DE 2001. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Legislacao/Instrucao_Normativa/010312_IN_2.pdf>. Acesso em 8 de outubro de 2011

Decreto-Lei 9.760/46. Enquanto este determina apuração do preamar médio – *i.e.*, média aritmética de todos (máximos, mínimos e intermediários) os preamares mensurados durante determinado intervalo temporal –, aquele comanda que tal média seja efetuada somente sobre as marés de sizígia, reconhecendo, ao mesmo tempo, que estas qualificam-se como as “máximas marés mensais”. O *caput* deste artigo reza que a linha de preamar média é “determinada pela interseção do plano horizontal que contém os pontos definidos pela cota básica ¹⁹²[grifo nosso], representativa do nível médio das preamares do ano de 1831”.¹⁹³ Ora, claro está que se tal média for realizada não sobre todas as marés possíveis¹⁹⁴, mas apenas sobre as marés máximas – de sizígia portanto –, a posição encontrada será naturalmente mais próxima da costa do que seria no primeiro caso. Sendo assim, o risco de invasão de terrenos alodiais é manifesto.

Outro problema é a prática, muitas vezes empregada pela S.P.U., de adotar a linha onde começa a vegetação natural – a denominada linha de jundu – como a correspondente à linha do preamar médio do ano de 1831, pecando por falta de fundamento científico¹⁹⁵, como assinala o professor Obéde Pereira Lima¹⁹⁶. No mesmo sentido, Diógenes Gasparini, ao afirmar que

em razão da falta de demarcação, o Judiciário, os particulares e os órgãos públicos, inclusive a S.P.U., têm aceito outro critério, diferente do previsto no Decreto-Lei 9.760/46, para determinar a linha que separa(sic)¹⁹⁷ as marinhas das terras particulares. Substituem os

192 Como acima explanado, segundo item 3.6 da ON GEADE (Orientação Normativa da Gerência de área de Cadastramento e Demarcação) nº 2 de 12 de março de 2001, cota básica é “o valor numérico que expressa a média aritmética das máximas marés mensais, reduzido ao mesmo referencial altimétrico da base cartográfica utilizada. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Legislacao/orientacao_normativa/ON_GEADE_02_terrenos_marinha.pdf>. Acesso em 8 de outubro de 2011

193 INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 2, DE 12 DE MARÇO DE 2001. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Legislacao/Instrucao_Normativa/010312_IN_2.pdf>. Acesso em 8 de outubro de 2011

194 A amplitude [das marés] varia de dia para dia, desde um máximo, que se dá nas proximidades da fase de Lua nova ou Lua cheia – marés de águas vivas ou de sizíguas – a um valor mínimo nas proximidades da fase da Lua crescente ou minguante – marés de águas mortas ou de quadraturas. LIMA, Obéde Pereira. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos**. p. 80

195 LIMA, Obéde Pereira. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos**. p. 44

196 Oficial Superior da Marinha do Brasil – Capitão de Fragata –, engenheiro cartógrafo, doutor em engenharia civil pela UFSC, autor da tese “Localização geodésica da linha de preamar média de 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos”

197 As linhas do preamar médio de 1831 indicam o marco inicial de contagem dos 33 metros que comporão o terreno de marinha. Logo, não são as linhas que separam os terrenos alodiais das marinhas. As linhas que separam os terrenos privados dos terrenos de marinha estão portanto a

peritos a linha da preamar média de 1831 pela linha de jundu, caracterizada pelo início de uma vegetação (jundu), sempre existente além das praias e para o interior das terras que com elas confinam.

O critério, a nosso ver, embora resolva na prática os problemas decorrentes da falta de demarcação oficial da faixa dos trinta e três metros, ressentido-se de legalidade. A aceitação, pelo Judiciário e pela S.P.U., não o torna legal. Por ele, não se atende ao prescrito no art. 2º do Decreto-Lei n. 9.760/46, que exige sejam os trinta e três metros contados da linha de preamar média de 1831 [...] ¹⁹⁸

Neste momento, o leitor mais crítico poder-se-ia perguntar: sim, é verdade que o comando exarado pelo Decreto-Lei é claro. Como porém determinar as linhas do preamar médio de 1831, linhas que existiram há mais de 150 anos? Trata-se de procedimento factível ou mera quimera legislativa, impossível de ser realizada na prática? Na seção 2.4 desta monografia faremos uma brevíssima explicação de como a retrovisão das linhas do preamar para o ano de 1831 - ou para qualquer ano passado ou futuro - pode ser empreendida cientificamente através de uma técnica conhecida como “análise harmônica” de marés, ou “análise de Fourier”. No entanto, para o argumento a ser defendido aqui, tal explanação faz-se desnecessária. Ainda que tal retrovisão não fosse possível, não se justifica a troca da linha encontrada mediante a média das linhas de preamar – ainda que atuais – pela linha caracterizada pela vegetação – linha de jundu – ou pela linha encontrada mediante a média das linhas de preamar máximas – sizíguas. A adoção destas duas últimas linhas desloca os terrenos de marinha na direção da costa, havendo grande probabilidade de invasão de terrenos privados, como já mencionamos. A agressão ao direito de propriedade é patente. Segundo o conhecido administrativista alemão Hartmut Maurer,

a intervenção em direitos de liberdade e propriedade deve, sem exceção, apoiar-se em fundamentação legal, resultando não só da orientação tradicional da reserva legal geral sobre a intervenção da administração, mas também dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, os quais protegem amplamente a liberdade e propriedade do cidadão, podendo ser limitados apenas com supedâneo em lei ou base legal (tradução nossa) ¹⁹⁹.

33 metros (pelo menos) das linhas do preamar! De qualquer forma, entende-se o sentido que o autor quis dar à descrição.

198GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. p. 940

199Eingriffe in Freiheit und Eigentum müssen durchweg auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden können. Das ergibt sich nicht nur aus der Traditionellen Ausrichtung des Allgemeinen Gesetzesvorbehalts auf die Eingriffsverwaltung, sondern auch aus den grundgesetzlich festgelegten Grundrechten, die Freiheit und Eigentum des Bürgers umfassend schützen und nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden können. MAURER, Hartmut.

Nos parece haver aqui clara agressão ao princípio da legalidade, pois os procedimentos acima descritos são levados a cabo à revelia do disciplinado pelo Decreto-Lei 9760/46, fazendo uso de parâmetros para aferição das linhas do preamar médio de 1831 que não concordam com o diploma legislativo. Ainda na lição de Maurer:

o princípio da legalidade vincula a administração às normas do legislador e a submete simultaneamente ao controle da jurisdição administrativa, a qual tem de examinar a observância das leis pela administração no âmbito de sua competência. Contém dois componentes, o princípio da primazia da lei e o da reserva legal. [...] Este princípio [princípio da primazia da lei] expressa a vinculação da administração às leis existentes e afirma que ela não deve tomar medidas contrárias a estas. O princípio da primazia vale ilimitada e incondicionalmente para toda a seara administrativa. (tradução nossa)²⁰⁰.

Esta vinculação, como exposto, por vezes não é respeitada. O princípio da legalidade encontra-se expresso na Constituição Federal de 1988 nos arts. 5º inciso II²⁰¹, 37²⁰² e 84 inciso IV²⁰³. A insistência do constituinte originário para com este princípio possui raízes históricas. Celso Antônio Bandeira de Mello comenta que

pode parecer, até mesmo, estranho que a lei Maior haja se ocupado com tão insistente reiteração em sublinhar a inteireza do princípio da legalidade. Fê-lo, entretanto, a sabendas, por advertida contra a tendência do Poder Executivo de sobrepor-se às leis. É que o Executivo, no Brasil, abomina a legalidade e tem o costumeiro hábito de afrontá-la, sem ser nisto coartado, como devido. Daí a insistência constitucional, possivelmente na expectativa de que suas dicções tão claras e repetidas *ad nauseam* encorajem o Judiciário a reprimir os

Allgemeines Verwaltungsrecht. 11. Aufl. München: Beck, 1997. p. 109

200Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bindet die Verwaltung an die Regelung des Gesetzgebers und unterwirft sie damit zugleich der Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die die Beachtung der Gesetze durch die Verwaltung im Rahmen ihrer Zuständigkeit zu prüfen hat. Er enthält zwei Komponenten, nämlich einmal den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes und zum anderen den des Vorbehalts des Gesetzes. [...] Dieser Grundsatz [Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes] bringt die Bindung der Verwaltung an die Bestehenden Gesetze zum Ausdruck und besagt, daß die Verwaltung keine Maßnahmen treffen darf, die einem Gesetz widersprechen würden. Das Vorrangprinzip gilt uneingeschränkt und unbedingt für den gesamten Bereich der Verwaltung. MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht.** p. 104

201Art. 5º II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei

202Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

203Art. 84 IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução

desmandos do Executivo.²⁰⁴

O princípio da legalidade desempenha função decisiva no Estado Democrático de Direito, pois possibilita a manutenção da tripartição dos poderes, impedindo que haja concentração desmesurada de força num “mesmo homem ou corpo de principais”.²⁰⁵ Trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar²⁰⁶. Por isso é importante que aquele que faz as leis não as execute nem julgue; que o que julga não faça as leis nem as execute; e que aquele que as executa não faça as leis nem as julgue. O princípio da legalidade permite que o cidadão encontre-se protegido de demasias do executivo, negando a este o poder de “estabelecer as regras que impliquem limitações à liberdade e propriedade das pessoas. Com efeito, foi justamente para deter o poder do monarca, cujo sucessor é o Executivo, que se concebeu este mecanismo, difundido no mundo civilizado”.²⁰⁷

Muito embora as leis – em sentido formal – e atos administrativos normativos, a exemplo de regulamentos e outras espécies, partilharem semelhanças como a propriedade de serem atos gerais e abstratos, diferenciam-se substancialmente em relação às garantias democráticas capazes de oferecer. Em primeiro lugar, a lei provém do Parlamento, órgão colegiado. Trata-se de instituição na qual os mais diversos anseios da sociedade podem ser expostos e debatidos. Lá encontram-se representadas as várias tendências ideológicas: é verdadeiro espelho de correntes sociais. Ainda que os distintos pontos de vista não possam, por vezes, serem simultaneamente contemplados, o simples fato de haver articulação e composições é elemento extremamente salutar para o espírito democrático. Como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello,

com isto, as leis ganham, ainda que em medidas variáveis, um grau de proximidade em relação à média do pensamento social predominante muito maior do que o que ocorreria caso fossem a simples expressão unitária de uma vontade individual [...] Se fosse possível, mediante simples regulamentos²⁰⁸ expedidos por

204MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 334

205*Ibidem*, p. 330

206MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. 2 ed. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166

207MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 330

208Bandeira de Mello refere-se nesta passagem especificamente a regulamentos. Observa-se, porém, que todo o argumento também é válido para outros atos administrativos de caráter

presidente, governador ou prefeitos, instituir deveres de fazer ou não fazer, ficariam os cidadãos à mercê, senão da vontade pessoal do ungido no cargo, pelo menos, da perspectiva unitária, monolítica, da corrente do pensamento de que estes se fizessem porta-vozes. Mas não só isto, entretanto. Há mais.

O próprio processo de elaboração das leis, em contraste com o dos regulamentos, confere às primeiras um grau de controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativa muitas vezes superior ao dos segundos, ensejando, pois, aos administrados um teor de garantia e proteção incomparavelmente maiores.

É que as leis se submetem a um trâmite graças ao qual é possível o conhecimento público das disposições que estejam em caminho de ser implantadas. Com isto, evidentemente, há uma fiscalização social, seja por meio da imprensa, de órgãos de classe, ou de quaisquer setores interessados, o que sem dúvida, dificulta ou embarga eventuais direcionamentos incompatíveis com o interesse público geral, ensejando a irrupção de tempestivas alterações e emendas para obstar, corrigir ou minimizar decisões. [...] Demais disto, proporciona, ante o necessário trâmite pelas Comissões e o reexame pela Casa Legislativa revisora, aperfeiçoar tecnicamente a normatização projetada, embargando a possibilidade de erros grosseiros, ilogismos ou inconveniências mais flagrantes. Finalmente, propicia um quadro normativo mais estável, a bem da segurança e certeza jurídicas, sem as quais é impossível um planejamento razoável da atividade econômica das pessoas e empresas e até dos projetos individuais de cada qual. E, até mesmo para garantir o desfrute de todas as vantagens mencionadas, o constituinte brasileiro teve o cuidado de regular minuciosamente o processo legislativo, obstando a que, por disposições infraconstitucionais, se pudesse estabelecer um rito menos prudente na elaboração das leis.

Já os regulamentos carecem de todos estes atributos e, pelo contrário, propiciam as mazelas que resultariam da falta deles, motivo pelo qual, se são perfeitamente prestantes e úteis para a simples delimitação mais minudente das providências necessárias ao cumprimento dos dispositivos legais, seriam gravemente danosos – o que é sobremodo claro em país com as características políticas do Brasil – se pudessem, por si mesmos, instaurar direitos e deveres, impondo obrigações de fazer ou não fazer.²⁰⁹

Do exposto, verifica-se que ainda que se trate de ato administrativo normativo, com caráter geral e abstrato, os comandos presentes no art. 2º,

normativo. Aliás, o que restringe o regulamento, a *fortiori* restringirá outros atos de hierarquia inferior, como o próprio autor menciona em outra passagem: “Tudo quanto se disse a respeito do regulamento e de seus limites aplica-se, ainda com maior razão, a instruções, portarias, resoluções, regimentos ou quaisquer outros atos gerais do Executivo. É que, na pirâmide jurídica, alojam-se em nível inferior ao próprio regulamento. Enquanto este é ato do Chefe do Poder Executivo, os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseqüente, investidas de poderes menores. Tratando-se de atos subalternos e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via deles o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 353

209MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 352 e 353

parágrafos 1º e 2º da Instrução Normativa 02, de 12 de Março de 2001, não se justificam sob nenhum aspecto. Os métodos de determinação das linhas do preamar médio de 1831 ali disciplinados carecem de fundamento científico, colidindo com o Decreto-Lei 9.760/46. A prática da utilização da linha de jundu incorre nos mesmos erros. E mais, como lembra Maurer, ato administrativo que desrespeite o princípio da legalidade é ato antijurídico²¹⁰. No mesmo sentido, a lapidar lição do professor Juarez Freitas,

210Der Verwaltung ist rechtmäßig, wenn er allen Anforderungen entspricht, die die Rechtsordnung an ihn stellt. Er ist rechtswidrig oder fehlerhaft (die beiden Ausdrücke werden synonym gebraucht), wenn er auch nur in einer Beziehung mit dem geltenden Recht nicht im Einklang steht. Die Rechtswidrigkeit ist gleichsam das negative Spiegelbild der Rechtmäßigkeit. Zu beachten ist, daß die Rechtswidrigkeit nicht nur auf der falschen Auslegung oder Anwendung der Maßgeblichen Rechtsnormen, sondern auch auf der unzulänglichen Ermittlung oder fehlerhaften Bewertung der entscheidungserheblichen Tatsachen beruhen kann. Denn auch dann, wenn die Behörde von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgeht, gelangt sie zu einem rechtswidrigen Ergebnis. Diese „tatsächliche Seite“ spielt in der Praxis eine erhebliche Rolle, sie ist oft das Hauptproblem. [...] Der Verwaltungsakt entspricht den rechtlichen Anforderungen und ist daher rechtmäßig, wenn im Konkreten Fall die Behörde zum Handeln durch Verwaltungsakt befugt war (Zulässigkeit des Verwaltungsakts); wenn die maßgeblichen Zuständigkeit -, Verfahrens – und Formvorschriften beachtet wurden(formelle Rechtmäßigkeit); wenn der Verwaltungsakt inhaltlich mit dem geltenden Recht vereinbar ist (materielle Rechtmäßigkeit). MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. p. 224.

O ato administrativo é jurídico quando corresponde a todas as exigências que o ordenamento jurídico lhe impõe. É antijurídico ou viciado (ambas expressões são utilizadas como sinônimas) quando ainda em apenas uma única relação não esteja de acordo com o direito vigente. A antijuridicidade é, por assim dizer, a imagem refletida negativa da juridicidade.

Deve-se observar que a antijuridicidade pode-se basear não só na falsa interpretação e aplicação das normas jurídicas determinantes como também na investigação inadequada ou avaliação errônea dos fatos materiais. Chega-se a um resultado antijurídico também quando a autoridade parte de um fato incorreto. Esta “feição fática” desempenha na prática um papel relevante, sendo frequentemente o problema principal.

O ato administrativo corresponde às exigências legais sendo portanto jurídico quando: no caso concreto, a autoridade estava autorizada a agir por ato administrativo (admissibilidade do ato administrativo); quando as prescrições de competência, procedimento e forma forem observadas (juridicidade formal); quando o conteúdo do ato administrativo é compatível com o direito vigente (juridicidade material) (tradução nossa) [Die materielle Rechtmäßigkeit] bezieht sich auf den Inhalt des Verwaltungsakt und verlangt, daß die in dem Verwaltungsakt zum Ausdruck kommende Regelung den rechtlichen Anforderungen entspricht.

a) Übereinstimmung mit den bestehenden Gesetzen und Rechtsgrundsätzen. Es versteht sich von selbst, daß ein Verwaltungsakt – zumal als „Rechtskonkretisierungskakt“ - mit den Rechtsnormen, deren Vollzug er dient, vereinbar sein muß. Darüber hinaus, muß er mit allen einschlägigen Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätzen, einschließlich denen der Verfassung, im Einklang stehen (Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes)

b) Ermächtigungsgrundlage. Der Verwaltungsakt muß sich ferner auf eine gesetzliche Grundlage stützen lassen, soweit der Grundsatz des Vorbehaltes des des Gesetzes reicht. Eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage fehlt auch dann, wenn die Rechtsnorm,

Deve operar a legalidade, antes de mais, como firme anteparo contra os subjetivismos arbitrários de todos os tipos (toda arbitrariedade, por ação ou omissão, mostra-se autocontraditória e antijurídica). Enfatize-se: a legalidade é princípio entre princípios, mas indescartável para observar o direito fundamental à boa administração pública.^{211 212}

Recapitulando o que vimos nesta seção, e baseando-nos nos argumentos apresentados, observamos que a prática de demarcação das linhas do preamar médio de 1831, utilizando-se a linha de jundu ou as médias das linhas de maré de sizígia, não se coadunam com o disposto no Decreto-Lei 9.760/46. Como veremos na próxima seção, a demarcação deve ainda considerar o progressivo aumento dos oceanos como atestado pelo IPCC. Além disso, para fiel cumprimento de aferição de maré, entendido o termo em seu sentido estrito, deve-se levar em conta apenas a periodicidade da interação do componente gravitacional do sistema Terra-Lua-Sol, *i.e.*, para determinação científica da retrovisão do preamar médio de 1831 há de ser realizada análise de Fourier sobre o movimento oscilatório da altura do mar. Estes conceitos são explanados a seguir.

auf der der Verwaltungsakt beruht, wegen gegen höherrangiges Recht rechtswidrig oder verfassungswidrig und deshalb nichtig ist. MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. p. 223

[A juridicidade material] diz respeito ao conteúdo do ato administrativo e exige que a regulação expressa no ato administrativo corresponda às exigências jurídicas.

a)Concordância com as leis e princípios de direito existentes. Entende-se por si só que um ato administrativo – especialmente como “ato de concretização do direito” - deve ser compatível com as normas jurídicas a cuja efetivação ele serve. Além disso, deve estar de acordo com todas as normas e princípios de direito relevantes, inclusive aqueles presentes na constituição (princípio da primazia da lei)

b)Fundamento da autorização. O ato administrativo deve, além disso, apoiar-se em fundamento legal, até onde alcança o princípio da reserva legal. Falta também um fundamento de autorização legal quando a norma jurídica sobre a qual se baseia o ato administrativo é antijurídica ou inconstitucional, devido infração à norma de hierarquia superior, sendo nula. (tradução nossa)

211FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. p. 74

212Ao mesmo tempo, assevera o professor Juarez Freitas que “não se deve fazer, pois, leitura distorcida do princípio da legalidade, que inviabiliza a resistência motivada (com procedimentos próprios) contra inconstitucionalidades manifestas. A ideia de obediência, por mais reflexiva que pareça, às vezes está em conúbio com o servilismo. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. p 81

2.4 Método científico para determinação das linhas do preamar médio de 1831

Como reza o Decreto-Lei 9.760/46, a linha utilizada para demarcação de terrenos de marinha deve ser a do preamar médio de 1831. Esta data possui conotação histórica, estando associada à primeira observação de marés realizada no porto do Rio de Janeiro no decorrer de todo o ano de 1831 - de 00:00 hora do dia 01/01 às 24:00 horas de 31/12 foram realizadas no porto dessa cidade as primeiras observações medidas do nível do mar no Brasil e, talvez, na América do Sul.²¹³ Claro está que tal comando legal causa determinado grau de perplexidade no intérprete mais cético. Afinal, como é possível ter acesso às linhas de maré que ocorreram há mais de 150 anos? Trata-se de mera quimera legislativa, dissociada de qualquer acesso epistemológico concreto? Como é frequente nas ciências naturais, problemas que para nossos antepassados eram considerados intratáveis - com o avanço dos conhecimentos nas áreas da física, matemática e informática - tornam-se passíveis de soluções. O progresso científico tem alcançado façanhas além dos sonhos mais ousados dos filósofos²¹⁴. Por mais surpreendente que seja, há também técnica adequada para a elucidação do problema das linhas do preamar médio de 1831. Faremos aqui um breve relato de como isso é possível.

Em primeiro lugar, deve-se ter claro o conceito de maré. Há tanto um uso popular da palavra - lato -, significando qualquer mudança do nível do mar; e outro mais estrito: variações periódicas deste nível. Embora qualquer definição de marés seja um pouco arbitrária, ela tem que enfatizar esta natureza periódica e regular do movimento, seja ele do nível da superfície do mar, das correntes, da pressão atmosférica ou de movimentos tectônicos. Por outro lado, a definição científica de maré é aquela que indica como fator determinante para a variação

213LIMA, Obéde Pereira. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acréscidos.** p.25

214Em “Unweaving The Rainbow”, Richard Dawkins, o renomado biólogo evolucionista britânico da Universidade de Oxford, relata uma curiosa gafe envolvendo o célebre Auguste Comte. O filósofo, em seu “Curso de Filosofia Positiva”, de 1855, afirmara que jamais seria possível ao ser humano ter acesso, por método algum, à composição química e estrutura mineral das estrelas. O conhecimento positivo sobre tais astros estaria para sempre limitado à sua geometria e fenômenos mecânicos. Porém, com as técnicas espectroscópicas desenvolvidas pelo grande físico alemão Joseph von Fraunhofer, através da simples decomposição da luz emitida pelas estrelas, suas composições químicas foram rapidamente desvendadas. DAWKINS, Richard. **Unweaving the Rainbow: Science, Delusion and the Appetite for Wonder.** New York: Mariner Books, 2000. p. 102

periódica a interação gravitacional entre a Terra, o Sol e, principalmente, a Lua.²¹⁵

Segundo Lima, maré se configura como

a variação periódica do nível do mar sob a influência de forças astronômicas, de modo que apresenta um máximo aproximadamente a cada 12 horas e 25 minutos – tempo este que corresponde à metade de um dia lunar, e que os mínimos, por sua vez se sucedem a intervalos semelhantes de cerca de 6 horas e 12 minutos após cada preamar. Neste caso diz-se que a maré é semidiurna²¹⁶. Os máximos são chamados de preamares (PM) e os mínimos de baixa-mares (BM)²¹⁷.

Do exposto, fica claro que o engenheiro, ao realizar as medições das linhas do preamar, deve levar em conta apenas a influência gravitacional periódica. Porém, como fazer para filtrar outras eventuais interações periódicas que influem no nível do mar? A técnica a ser utilizada é conhecida por “Análise de Fourier”, em homenagem ao seu descobridor, o grande matemático francês do século XVIII, Joseph Fourier. Basicamente, Fourier descobriu que qualquer função periódica, independente de seu formato, podendo inclusive conter um número finito de descontinuidades, pode ser representada por uma série de funções sinusoidais²¹⁸. As técnicas por ele desenvolvidas permitem encontrar a amplitude de cada uma destas componentes²¹⁹. Lembramos aqui que o objetivo do perito, ao realizar a análise da altura do mar, é justamente achar a amplitude da componente gravitacional, pois por definição – vide supra – é ela que estabelece o conceito de maré em sentido estrito. Além da componente gravitacional, há outras várias interações responsáveis pela alteração periódica do nível do mar. Entre as variações sazonais, há quatro principais: diminuição da pressão atmosférica, aumento da quantidade de calor dos oceanos, diminuição de salinidade, aumento na componente dos ventos dirigidas para terras e nas correntes litorâneas²²⁰. Outras variações importantes de curta duração são:

215LIMA, Obéde Pereira. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos**. p. 72

216Ou seja, duas preamares por dia.

217LIMA, Obéde Pereira. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos**. p. 73

218De um ponto de vista matemático, uma “série” significa uma soma de infinitos termos. Na série de Fourier, a função periódica é então expressa através de uma soma infinita de funções sinusoidais, i.e, trigonométricas. HSU, Hwei P. **Análise de Fourier**. Tradução de Paulo Ivo Queiroz. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1972. p. 4

219HSU, Hwei P. **Análise de Fourier**. p. 4

220LIMA, Obéde Pereira. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos**. p. 62

modificações climáticas, ajustamentos isostáticos, efeitos tectônicos locais, variações de pressão atmosférica, modificação na circulação oceânica e deformação do geóide por efeitos gravitacionais.²²¹ Através da análise de Fourier, todas estas componentes podem ser isoladas da componente gravitacional sobre os mares. Desta forma, chega-se com precisão à medida exata da linha do preamar médio. Trata-se de técnica extremamente poderosa.²²² Por fim, deve-se também considerar o aumento gradual – não periódico – do nível do mar ao longo dos últimos dois séculos. Na página de número 61, trazemos um gráfico obtido no sítio do IPCC – Intergovernmental Panel on Climate Change²²³ – que mostra a dramática subida do

221LIMA, Obéde Pereira. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acréscidos**. p. 62

222Richard Dawkins, em “Unweaving The Rainbow”, dá-nos um curioso exemplo no qual a análise de Fourier poderia ser utilizada: I recently saw, on a road in the Kruger National Park in South Africa, a wiggly wet line which followed the course of the road and apparently traced out some kind of complicated repeat pattern. My host and expert guide told me that it was a trail of urine from a male elephant in musth. When a bull elephant enters this curious state (perhaps the elephantine equivalent of an Australian on 'walkabout') he dribbles out urine more or less continuously, apparently for scent-marking purposes. The side-to-side waving of the urine trail on the road was presumably produced by the long penis acting as a pendulum (it would be a sine wave if the penis were a perfect, Newtonian pendulum, which it is not) interacting with the more complicated periodicity of the lumbering four-footed gait of the whole animal. I took photographs with the vague intention of later performing a Fourier analysis. A tracing of the photographed urine line could be laid over squared paper and its coordinates digitized for feeding into a computer. The computer could then perform a modern version of Fourier's calculations and extract the component sine waves. There are easier (though not necessarily safer) ways to measure the length of an elephant's penis, but it would have been fun to do, and Baron Fourier himself would surely have been delighted at such an unexpected use of his mathematics. There is no reason why a urine trail might not fossilize, as footprints and wormcasts do, in which case we could in principle use Fourier analysis to measure the penis length of an extinct mastodon or woolly mammoth, from the indirect evidence of its urine trail in musth.

Eu vi recentemente, em uma estrada no Parque Nacional Kruger na África do Sul, uma serpenteada linha molhada que seguia o curso da estrada e que, aparentemente, era traçada com uma espécie de padrão repetido complicado. Meu anfitrião e guia especializado disse-me que era um rastro de urina de um elefante macho no cio. Quando um elefante macho entra nesse estado curioso (talvez o equivalente elefantino de um australiano em "walkabout"), ele urina mais ou menos continuamente, aparentemente para fins de demarcação por odor. A marca de urina que ia de lado a lado na estrada foi presumivelmente produzida pelo longo pênis atuando como um pêndulo (seria uma onda senoidal, caso o pênis fosse um pêndulo newtoniano perfeito, o que não é o caso) interagindo com a periodicidade mais complicada do pesado andar do quadrúpede. Tirei fotos com a vaga intenção de posteriormente realizar uma análise de Fourier. Um traçado da linha de urina fotografada poderia ser colocada sobre papel quadriculado e as suas coordenadas digitalizadas para a alimentação em um computador. O computador poderia, então, executar uma versão moderna dos cálculos de Fourier e extrair as ondas senoidais componentes. Existem maneiras mais fáceis (embora não necessariamente mais seguras) de medir o comprimento do pênis de um elefante, mas teria sido divertido de fazer, e o Barão Fourier certamente teria ficado encantado com um uso tão inesperado de sua matemática. Não há nenhuma razão para que um rastro de urina não possa fossilizar-se, como pegadas e minhocas o fazem, caso em que poderíamos, em princípio, utilizar a análise de Fourier para medir o comprimento do pênis de um mastodonte ou mamute extintos, a partir da evidência indireta de sua trilha de urina no cio. (tradução nossa) . DAWKINS, Richard. **Unweaving the Rainbow: Science, Delusion and the Appetite for Wonder**. p. 151 e 152

223Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas

nível dos mares a partir do século XIX, com projeção até 2.100. É fato notório, conhecido da comunidade científica internacional, que o nível dos oceanos tem aumentado²²⁴.

²²⁴There is strong evidence that global sea level gradually rose in the 20th century and is currently rising at an increased rate, after a period of little change between AD 0 and AD 1900. Sea level is projected to rise at an even greater rate in this century. The two major causes of global sea level rise are thermal expansion of the oceans (water expands as it warms) and the loss of land-based ice due to increased melting. Global sea level rose by about 120 m during the several millennia that followed the end of the last ice age (approximately 21,000 years ago), and stabilised between 3,000 and 2,000 years ago. Sea level indicators suggest that global sea level did not change significantly from then until the late 19th century. The instrumental record of modern sea level change shows evidence for onset of sea level rise during the 19th century. Estimates for the 20th century show that global average sea level rose at a rate of about 1.7 mm yr⁻¹. Satellite observations available since the early 1990s provide more accurate sea level data with nearly global coverage. This decade-long satellite altimetry data set shows that since 1993, sea level has been rising at a rate of around 3 mm yr⁻¹, significantly higher than the average during the previous half century. Coastal tide gauge measurements confirm this observation, and indicate that similar rates have occurred in some earlier decades. Global sea level is projected to rise during the 21st century at a greater rate than during 1961 to 2003. Under the IPCC Special Report on Emission Scenarios (SRES) A1B scenario by the mid-2090s, for instance, global sea level reaches 0.22 to 0.44 m above 1990 levels, and is rising at about 4 mm yr⁻¹.

Há fortes evidências de que o nível do mar aumentou gradualmente no século XX, e atualmente está a aumentar a um ritmo crescente, após um período de poucas mudanças entre os anos 0 e 1.900 depois de Cristo. O nível do mar deverá aumentar a um ritmo ainda maior neste século. As duas principais causas de aumento global do nível do mar são a expansão térmica dos oceanos (a água se expande quando se aquece) e a perda de gelo terrestre devido ao aumento do derretimento. O nível global do mar subiu cerca de 120 m durante vários milênios que se seguiram ao fim da última era glacial (aproximadamente 21 mil anos atrás), e se estabilizou entre 3.000 e 2.000 anos atrás. Indicadores do nível do mar sugerem que o nível global do mar não se alterou significativamente desde então, até o final do século XIX. O registro instrumental de mudança moderna do nível do mar mostra evidência para o início da ascensão do nível do mar durante o século 19. Estimativas para o século 20 mostram que o nível médio global do mar cresceu a uma taxa de cerca de 1,7 mm por ano. Observações de satélite disponíveis desde o início dos anos 1.990 fornecem dados mais precisos sobre o nível do mar com uma cobertura quase global. Este corpo de dados de altimetria por satélite, realizada já há 10 anos, mostra que desde 1993 o nível do mar tem aumentado a uma taxa de cerca de 3 mm por ano, significativamente maior do que a média obtida durante a metade do século anterior. O nível global do mar deverá aumentar durante o século XXI a uma taxa maior do que durante 1961 a 2003. De acordo com o Relatório Especial do IPCC sobre Cenários de Emissões (SRES) - cenário A1B - em meados da década de 2.090, por exemplo, o nível do mar atingirá 0,22 a 0,44 metros acima dos níveis de 1990, aumentando em cerca de 4 mm por ano. (tradução nossa). Disponível em <http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg1/en/faq-5-1.html>. Acesso em 7 de outubro de 2011.

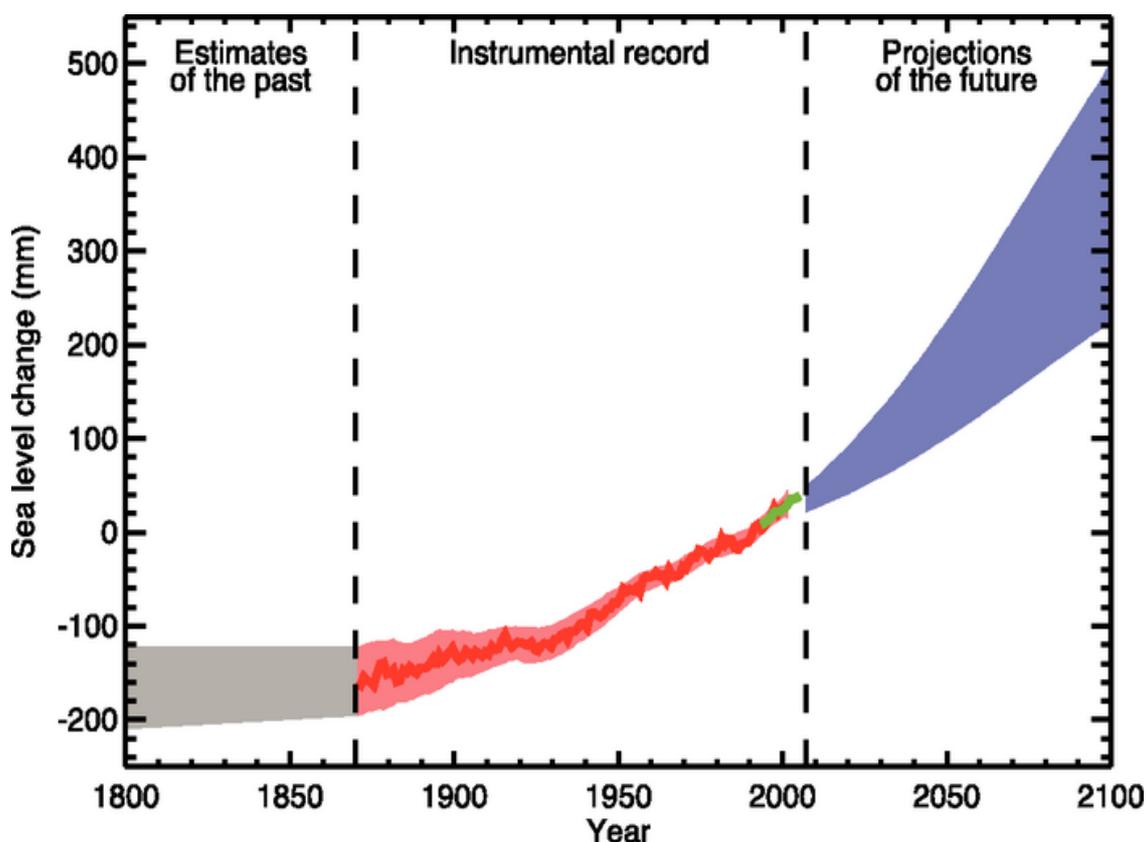


Figura I- Aumento do Nível Global dos Oceanos. Fonte: IPCC. Disponível em <http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg1/en/faq-5-1-figure-1.html>. Acesso em 7 de outubro de 2011

Segundo Lima, no Brasil também foram realizadas diversas medições que comprovam o aumento do nível dos oceanos. Esse aumento varia de lugar para lugar. Entre outras, o estudioso cita aferições realizadas em Imbituba, Salvador e Recife. A tendência de aumento calculado por século para cada um desses lugares é de, respectivamente: 55mm, 160mm e 370mm.²²⁵ Segundo o autor, para localidades onde este estudo ainda não foi realizado “deve-se adotar um valor conhecido da estação maregráfica mais próxima que disponha de tal informação”²²⁶. De posse de informações sobre as componentes oscilatórias do nível da altura do mar e da componente não-oscilatória causada pelo aumento global de volume dos oceanos, pode o perito aferir, por retrovisão, a linha do preamar médio de 1831. Na citação abaixo, o professor Lima relata o procedimento científico por ele levado a cabo para aferir a linha do preamar médio de 1831 da Praia da Enseada em São Francisco do Sul, em Santa Catarina:

²²⁵LIMA, Obéde Pereira. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos**. p. 66

²²⁶*Ibidem*, p. 70

A análise harmônica dos dados de marés é efetuada no domínio da frequência. Os resultados, expressos em amplitudes H (cm) e atrasos de fase G, K e GW (graus/h) são, de fato, muito precisos, como tem mostrado uma longa experiência há quase três décadas (Franco, 1988). O programa de análise harmônica de marés, muito flexível, permite analisar qualquer número de dados (até 13200). Franco (2000), depois de um cuidadoso estudo da aplicação do FFT (Fast Fourier Transform) a dados interpolados com diferenças segundas, baseado em Chauvenet (1891), a partir da curva observada concluiu que o algoritmo de Cooley-Tukey poderia ser empregado, sem prejuízo da precisão nas análises de Fourier. Com isso, a análise harmônica de uma série de 16384 alturas horárias, separando 176 componentes, até 12 ciclos por dia, pode ser efetuada rapidamente. [...] Esta metodologia foi testada pela sua aplicação em uma área de estudo na Praia da Enseada, em São Francisco do Sul, no Estado de Santa Catarina, onde a LPM/1831 foi localizada com uma exatidão e precisão planimétrica da ordem aproximada de ± 1 metro. [...] O modelo científico desenvolvido mostrou-se eficaz na solução do problema até então existente. A utilização deste modelo científico possibilita a localização geodésica da LPM/1831 real e a demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos pela SPU, através dos serviços contratados junto às Empresas que realizam levantamentos hidrográficos, geodésicos/topográficos e cartográficos cadastrais. Possibilita, ainda, aos Magistrados do Poder Judiciário, condições para prolatarem as suas sentenças com base nas informações resultantes de perícias técnicas específicas, nas questões de recursos por esta via impetrados por proprietários de parcelas alodiais que se sintam prejudicados.²²⁷

Ficou ainda evidenciado que pelos resultados obtidos e seguidos da análise acima descrita, foi constatada uma diferença da ordem de cem (100) metros a mais para o lado da terra na localização da LPM/1831 – linha do preamar médio de 1831 - pelos critérios estabelecidos pela S.P.U., atingindo toda a avenida beiramar e mais a metade de todas as quadras na direção longitudinal, de imóveis fronteiros com esta avenida. Em outras palavras, a linha do preamar médio de 1831, na praia da enseada de São Francisco do Sul, há muito encontra-se submersa.²²⁸

O fiel cumprimento do comando normativo expresso no art. 2º do Decreto-Lei 9.760/46 deve ser realizado segundo o método científico explanado nesta seção.

²²⁷LIMA, Obéde Pereira de; LIMA, Roberval Felipe Pereira de. **Localização geodésica da linha da preamar média de 1831 - LPM/1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos.** p. 6, 8 e 10. Disponível em <http://www.cartografia.org.br/xxi_cbc/024-G05.pdf>. Acesso em 8 de outubro de 2011.

²²⁸LIMA, Obéde Pereira de. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos.** p. XVIII

Como reiteradamente afirmamos no decorrer deste trabalho, o direito de propriedade, direito fundamental reconhecido pela Constituição Federal em seu art. 5º *Caput* e inciso XXII, não pode ficar à mercê da aferição equivocada da linha do preamar médio de 1831 – *i.e*, aferição que não leve em conta os argumentos aqui levantados, carecendo de rigor científico. Com o acelerado aumento dos níveis dos oceanos, tal situação, se não remediada, tenderá apenas a piorar. As linhas do preamar (atuais) serão cada vez mais deslocadas em relação à costa e, inevitavelmente, os terrenos de marinha discriminados invadirão terrenos alodiais.

2.5 Análise Jurisprudencial

Nesta última seção apresentaremos alguns arestos que condenam a reiterada prática da S.P.U., relativamente à exclusiva citação via edital, realizada aos interessados de residência conhecida. Há muito tempo reconhece a jurisprudência que tal prática viola o princípio do contraditório, impedindo muitas vezes que aqueles que venham a ser atingidos pelas decisões envolvendo procedimentos de demarcação de terrenos de marinha, sequer tenham consciência de sua tramitação. Ou seja, reconhece-se que tal prática lesiona o exercício do contraditório *ab initio*, viciando o processo administrativo integralmente. O Egrégio Tribunal Regional Federal da 4º Região, decidiu que

tendo o interessado, titular de domínio sobre parte do trecho objeto de demarcação, residência certa, no próprio local, tem direito à notificação pessoal, devendo a Administração Pública reservar a notificação editalícia aos interessados incertos ou com endereço desconhecido²²⁹.

No mesmo sentido o Egrégio Tribunal Regional Federal da 2º Região, ao afirmar que a convocação dos interessados, por edital, de forma genérica, fere o princípio constitucional do devido processo legal, não assegurando, como deveria, o direito ao contraditório e à ampla defesa.²³⁰ Há decisões que consideram que mesmo

²²⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2001.04.01.034042-0. Órgão Julgador: 3ª TURMA. Relator: Juíza Federal TAÍS SCHILLING FERRAZ. Julgado em 25 junho de 2002.

²³⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

no caso de ocupações irregulares é indispensável que seja expedido ato específico, declarando irregular sua situação e dando-lhes ciência, oficialmente, desta decisão, afirmando que só assim se cumpre a exigência do devido processo legal e garante-se o direito ao contraditório e ampla defesa.²³¹

Ainda segundo o STJ:

por não ter sido notificado pessoalmente o recorrido para a participação no procedimento de demarcação das terras de marinha, feriu-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, tendo residência certa, é necessária a notificação pessoal do proprietário do imóvel objeto de procedimento demarcatório para inscrição nas terras de marinha pela Secretaria de Patrimônio da União, sendo incabível a intimação por edital.

Pode a União realizar cobrança de taxa de ocupação de terrenos de marinha, porém, após a conclusão de procedimento demarcatório regular, observando-se a imprescindibilidade da notificação pessoal [grifo nosso] do proprietário com residência certa para a validade do procedimento administrativo da SPU, o que não ocorreu *in casu*.²³²

Pacífica é a posição do STJ quanto a esta questão:

O entendimento do STJ é de que, por força da garantia do contraditório e da ampla defesa, a citação dos interessados no procedimento demarcatório de terrenos de marinha, sempre que identificados pela União e certo o domicílio, deverá realizar-se pessoalmente. Somente no caso de existirem interessados incertos, poderá a União valer-se da citação por edital.²³³

Encontra-se no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4264, com pedido de liminar, ajuizada pela Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco. Nesta ADI analisa-se a constitucionalidade do art. 11 do Decreto-Lei 9.760 conforme redação dada pela Lei

– 30141. Órgão Julgador: 2ª TURMA. Relator: Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO. Julgado em 21 de maio de 2001

231BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. APELAÇÃO CIVEL - 121468. Processo: 96.02.34216-1. Órgão Julgador: 2ª TURMA. Relator: Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO. Julgado em 14 de março de 2001.

232BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. REsp 1205573 / SC 2010/0146659-0. Órgão Julgador: 2ª TURMA. Relator: MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES. Julgado em 7 de outubro de 2010.

233BRASIL. Tribunal Superior de Justiça. AgRg no Ag 1390726 / SC. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0223061-8. Órgão Julgador: 1ª TURMA. Relator: MIN. BENEDITO GONÇALVES. Julgado em 23 agosto de 2011.

11.418/07²³⁴. Em 16 de março de 2011, por maioria, deferiu o Tribunal a cautelar, contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. A tendência evidenciada na cautelar leva a crer que será reconhecida a inconstitucionalidade do art. 11. Aguardamos a decisão definitiva dos ministros.

Relativamente à utilização de parâmetros equivocados para aferição do posicionamento da linha do preamar médio de 1831, já teve o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4^o Região oportunidade de pronunciar-se. Verificou-se

que equivocada elevação da cota básica da preamar provocou a modificação do ponto da preamar média, que é deslocado mais para o interior do continente, projetando, desta forma, os terrenos de marinha em igual proporção. O marco inicial dos 33 metros da faixa de marinha avançou para dentro do continente, fazendo com que os terrenos, indevidamente, sobrepusessem o domínio privado²³⁵.

O Superior Tribunal de Justiça não tem conhecido impugnações relativas à mensuração do posicionamento da linha do preamar médio de 1831, por considerar que há envolvimento de matéria fática. Invoca-se o enunciado de número 7 da súmula de jurisprudência dominante do STJ^{236, 237}. É questionável o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça relativamente ao tema. Muitas vezes a distinção entre matéria fática e matéria de direito torna-se acinzentada. Se a S.P.U. utiliza como parâmetro para demarcação da linha do preamar médio de 1831 a linha do jundu ou a média de marés de sizígia temos um problema envolvendo matéria fática ou de direito? Na medida em que a S.P.U. utiliza parâmetros de demarcação não conformes ao parâmetro legal – Decreto-Lei 9.760/46 – não há violação de direito simplesmente? Afinal, não se questiona nesses casos a mensuração em si -matéria fática – mas o próprio parâmetro legal utilizado para levar a cabo tal medição – matéria de direito. “O mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos e estes, por sua vez, são o resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático

²³⁴Como vimos na seção 2.3.1, a lei 11.418/07 modificou a redação do art. 11 do Decreto-Lei 9.760/46. Conforme sua dicção atual é prevista apenas a citação editalícia. Na redação originária havia também previsão de citação pessoal.

²³⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4^a Região. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5025098-41.2010.404.7100. Órgão Julgador: 3^a TURMA. Relator: Desembargador CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ. Julgado em 28 de setembro de 2011

²³⁶A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

²³⁷Nesse sentido ver, entre outros: REsp 1019820 / RS RECURSO ESPECIAL 2007/0309102-1. REsp 466500 / RS RECURSO ESPECIAL 2002/0110388-8.

quando concretizado no mundo dos fatos"²³⁸. Segundo o processualista Fredie Didier,

considera-se questão de fato toda aquela relacionada aos pressupostos fáticos da incidência; toda questão relacionada à existência e às características do suporte fático concreto [...] Será questão de direito toda aquela relacionada com a aplicação da hipótese de incidência no suporte fático; toda questão relacionada à tarefa de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma²³⁹.

Se a administração, ao realizar o procedimento de determinação, utiliza-se da linha de jundu, ou dos outros marcos acima citados, há incidência da norma descrita no art. 2º do Decreto-Lei 9.760/46? Podem estes fatos ser àquela subsumidos? Pode haver a irradiação de eficácia da mencionada norma (qual seja, existência de terrenos de marinha e todas as ramificações daí decorrentes)? Não se tem aqui questão de direito, ou seja, problema relacionado à tarefa de subsunção como acima descrito por Didier? Reconhecemos que o problema é tormentoso.

O Supremo Tribunal Federal²⁴⁰ tem-se posicionado no mesmo sentido que o STJ, invocando o enunciado 279 de sua súmula de jurisprudência dominante.²⁴¹

Da pesquisa jurisprudencial realizada restou claro, através de elevado número de julgados, que a prática da citação editalícia para interessados de domicílio conhecido é execrada pelos Tribunais. Aliás, não se esperava outro posicionamento do Poder Judiciário: a questão é bastante clara e a agressão ao princípio do devido processo é manifesta. Relativamente aos problemas envolvendo os critérios de demarcação da linha do preamar médio de 1831, pudemos observar que já há certa tendência em questionar os parâmetros utilizados pela S.P.U. Esperamos que tal tendência aumente no futuro, à medida que provas periciais de gabarito, que levem em conta um método científico sério para determinar as linhas do preamar médio de 1831, como o apresentado nesta monografia, fiquem à disposição dos magistrados.

238MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. p. 20

239DIDIER JR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Execução**. Salvador: JusPodium, 2009. vol. I

240BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 550347 AgR / RS. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 23 de março de 2011

241Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

CONCLUSÃO

A importância dos terrenos de marinha para o direito pátrio é manifesta, dada a gigantesca dimensão da costa brasileira: milhões de moradores residentes próximos a áreas sujeitas às ações das marés têm seus direitos de posse e propriedade influenciados pela legislação regente do instituto, que encontra no Decreto-Lei 9.760/46 seu expoente máximo.

Os terrenos de marinha possuem longa herança histórica, tendo origens nas próprias Lezírias do direito português. Sua criação dá-se com a Ordem Régia de 1818, a primeira a disciplinar a quantificação espacial da largura de faixa de terra a partir da denominada “borda do mar”, muito embora a denominação “terrenos de marinha” tenha surgido apenas em 1832, no art. 4º da Instrução editada pelo Ministério da Fazenda em 14 de novembro desse ano. Este importante diploma também alterou o marco inicial de delimitação espacial designada pela Ordem Régia de 1818: passou-se a considerar a linha do preamar médio de 1831, critério utilizado hodiernamente, conforme a dicção do art. 2º do Decreto-Lei 9.760/46.

Inicialmente, os terrenos de marinha possuíam papel fundamental afetado à defesa da costa brasileira. Eram considerados bens realengos e, sendo assim, não faziam parte das doações de sesmarias. Com o tempo, a questão patrimonial, relativa à obtenção de renda pela Coroa e, posteriormente, pela União, através da cobrança de foros, laudêmios e taxas de ocupação, tornou-se o foco principal.

Iniciamos esta monografia com um breve estudo sobre a classificação dos bens públicos. Constatamos que terrenos de marinha são bens públicos dominicais que, em certas situações, não obstante, podem ter sua disciplina regida pelos princípios informadores dos bens públicos de uso comum e mesmo dos bens públicos de uso especial. Como bens dominicais, gozam de imprescritibilidade e impenhorabilidade, não estando sujeitos também a qualquer tipo de oneração, podendo ser alienados, preenchidos os requisitos legais (art. 17 inciso I da lei 8.666/93 e art. 23 da Lei 9.636/98).

O principal diploma normativo a reger as marinhas é o Decreto-Lei 9.760/46. Em seu art. 2º encontramos sua definição positivada: são aquelas áreas em uma profundidade de trinta e três metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra,

da posição da linha do preamar médio de 1831, considerando-se ainda como influência da maré toda oscilação (vertical) periódica mínima de 5 centímetros do nível das águas.

A determinação das linhas do preamar médio de 1831 é de competência da Secretaria do Patrimônio da União (S.P.U.), órgão vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Como expusemos no capítulo segundo deste trabalho, determinadas questões envolvendo o processo de demarcação das marinhas merecem certa dose de atenção, pois segundo nosso entendimento, com supedâneo na doutrina e jurisprudência, princípios fundamentais regentes das relações de Administração Pública não estão sendo observados. Em primeiro lugar, questionamos a validade da citação editalícia nos processos envolvendo interessados de residência conhecida. Como discutimos, tal prática não se encontra afinada com os princípios do devido processo legal, contraditório e proporcionalidade. Não se trata de meio adequado a dar ciência de processo que pode levar a mais intensa perturbação do núcleo do direito de propriedade daquele que é titular de domínio sobre parte do trecho objeto da demarcação. Como bem salientado pela jurisprudência, a notificação via edital deve ficar restrita aos interessados incertos ou com endereço desconhecido. Em segundo lugar, questionamos os métodos empregados pela S.P.U. relativos à aferição da linha do preamar médio de 1831. Verificou-se que, por vezes, este marco é substituído por outros: linha do jundu e linha média das marés de sizígia, em total desacordo com o comando expresso pelo art. 2º do Decreto-Lei 9.760/46, caracterizando ruptura do princípio da legalidade.

Por fim, esclarecemos como a determinação das linhas do preamar médio de 1831 pode ser realizada com grande grau de precisão, através de recursos técnicos provenientes das ciências matemáticas, físicas e computacionais. Vimos que as marés são fenômenos oscilatórios do nível do mar oriundos da interação gravitacional entre o planeta Terra, a Lua e o Sol. O componente gravitacional pode ser extraído da oscilação mais complexa dos oceanos – causada por diversos fatores, como explicado na seção 2.4 – através da análise de seus componentes harmônicos (análise de Fourier), facilmente implementável em computadores modernos. Além disso, restou claro que qualquer tentativa de determinação de preamares do passado deve levar em conta o progressivo aumento dos níveis dos

oceanos, fenômeno reconhecido pela comunidade científica internacional, em especial pelo IPCC – Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas.

Apenas procedimentos demarcatórios baseados em sólidas bases científicas poderão garantir que as linhas do preamar médio de 1831 serão corretamente mensuradas. Não havendo esse cuidado, grande é a probabilidade de esbulho, pelo Poder Público, relativamente aos terrenos alodiais próximos aos oceanos. O direito de propriedade é direito fundamental reconhecido pela Constituição Federal. Como tal, deve ser preservado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 setembro de 2011.

BRASIL. **Decreto n ° 3.725**, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta a Lei no 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 setembro de 2011.

BRASIL. **Decreto n ° 24.643**, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 setembro de 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 setembro de 2011

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.561**, de 13 de julho de 1977. Dispõe sobre a ocupação de terrenos da União e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 setembro de 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 9.760**, de 5 de setembro de 1946. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 setembro de 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.398**, de 21 dezembro de 1987. Dispõe sobre foros, laudêmios e taxas de ocupação relativas a imóveis de propriedade da União, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 setembro de 2011

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 setembro de 2011

BRASIL. **Lei nº 7.661**, de 16 de maio de 1988. Institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 setembro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 junho de 1993, Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 setembro de 2011

BRASIL. **Lei nº 9636**, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nos 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 setembro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 setembro de 2011

BRASIL. **Lei nº 11.481**, de 31 maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis nos 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis nos 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 setembro de 2011

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 30141. Órgão Julgador: 2ª TURMA. Relator: Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO. Julgado em 21 de maio de 2001. Disponível em: <http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dllf=templates&fn=default.htm&vid=base_jur:v_juris>. Acesso em 15 de novembro de 2011

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**. APELAÇÃO CIVEL - 121468. Processo: 96.02.34216-1. Órgão Julgador: 2ª TURMA. Relator: Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO. Julgado em 14 de março de 2001. Disponível em: <http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dllf=templates&fn=default.htm&vid=base_jur:v_juris>. Acesso em 15 de novembro de 2011

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2001.04.01.034042-0. Órgão Julgador: 3ª TURMA. Relator: Juíza Federal TAÍS SCHILLING FERRAZ. Julgado em 25 junho de 2002. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.phpselforma=NU&txtValor=200104010340420&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>>. Acesso em 15 de novembro de 2011

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5025098-41.2010.404.7100. Órgão Julgador: 3ª TURMA. Relator: Desembargador CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ. Julgado em 28 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em 15 de novembro de 2011

BRASIL. **Tribunal Superior de Justiça**. REsp 1205573 / SC 2010/0146659-0. Órgão Julgador: 2ª TURMA. Relator: MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES. Julgado em 7 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsptipo_visualizacao=null&processo=201001466590&b=ACOR>. Acesso em 15 de novembro de 2011

BRASIL. **Tribunal Superior de Justiça**. REsp 1205573 / SC 2010/0146659-0. Órgão Julgador: 2ª TURMA. Relator: MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES. Julgado em 7 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsptipo_visualizacao=null&processo=201001466590&b=ACOR>. Acesso em 15 de novembro de 2011

BRASIL. **Tribunal Superior de Justiça**. AgRg no Ag 1390726 / SC. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0223061-8. Órgão Julgador: 1ª TURMA. Relator: MIN. BENEDITO GONÇALVES. Julgado em 23 agosto de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsptipo_visualizacao=null&processo=201002230618&b=ACOR>. Acesso em 15 de novembro de 2011

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 550347 AgR / RS. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 23 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 15 de novembro de 2011

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. 23. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1960. vol. III.

DAWKINS, Richard. **Unweaving the Rainbow**: Science, Delusion and the Appetite for Wonder. New York: Mariner Books, 2000

DIDIER JR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Execução**. Salvador: JusPodium, 2009. vol. I

_____. **Curso de Direito Processual Civil. Execução**. Salvador: JusPodium, 2009. vol. V.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. III

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009

Enciclopédia Mirador Internacional. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações, 1983. vol. 5

Enciclopédia Mirador Internacional. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações, 1983. vol. 13

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Elaboração e Formatação**. Explicação das Normas da ABNT. 14. ed. amp. e atual. Porto Alegre: [S.n.], 2006

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed .rev. São Paulo: Saraiva, 2009

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009

GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. **Dicionário Jurídico Noronha: Inglês-Português, Português-Inglês**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Observador Legal, 2006

HOUAISS, Antônio. **Houaiss Eletrônico**. São Paulo: Objetiva, 2009. CD ROM

HSU, Hwei P. **Análise de Fourier**. Tradução de Paulo Ivo Queiroz. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1972

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

LIMA, Obéde Pereira de. **Localização Geodésica da linha de preamar média de 1831 – LPM 1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos**. Florianópolis: UFSC, 2002. Tese (Doutorado em Engenharia Civil). Faculdade de Engenharia Civil, Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. Disponível em <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PECV0194.pdf>>. Acesso em 4 de outubro de 2011.

LIMA, Obéde Pereira de; LIMA, Roberval Felipe Pereira de. **Localização geodésica da linha da preamar média de 1831 - LPM/1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos**. Disponível em <http://www.cartografia.org.br/xxi_cbc/024-G05.pdf>. Acesso em 8 de outubro de 2011

LIMA, Ruy Cirne. **Pequena História do Brasil: Sesmarias e Terras Devolutas**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954

MACHADO, Luiz. **Pequeno Dicionário Jurídico Alemão - Português**. Rio de Janeiro: CLC, 1981

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. 11. Aufl. München: Beck, 1997

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 2006

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007

MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário Jurídico Português-Inglês, Inglês-Português**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006

MELO, Lia dos Reis; PUGLIESE, Roberto J. **Dos Terrenos de Marinha e seus Acrescidos**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. 2 ed. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

SANTOS, Rosita de Sousa. **Terras de marinha**. Rio de Janeiro: Forense, 1985

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005

VALLE, Natália Ribeiro do. **Terras de marinha: taxa de ocupação: (devida ou indevida, como saber?)**. São Paulo: RG Editores, 2007.