

16/03/2011

PLENÁRIO

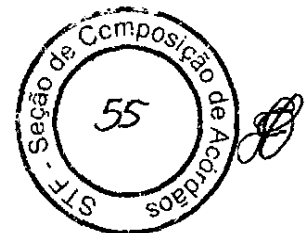
**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264
PERNAMBUCO**

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
REQTE.(s)	: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADV.(A/s)	: ISMAR TEIXEIRA CABRAL
REQDO.(A/s)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/s)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 11 DO DECRETO-LEI 9.760/1946, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.481/2007. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OCORRÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

I – Ofende as garantias do contraditório e da ampla defesa o convite aos interessados, por meio de edital, para subsidiar a Administração na demarcação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831, uma vez que o cumprimento do devido processo legal pressupõe a intimação pessoal.

II – Medida cautelar deferida, vencido o Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, deferir a cautelar, contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Ayres Britto, com voto

Supremo Tribunal Federal

ADI 4.264 MC / PE

proferido em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), com voto proferido em assentada anterior.

Brasília, 16 de março de 2011.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264
PERNAMBUCO**

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
REQTE.(S)	: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADV.(A/S)	: ISMAR TEIXEIRA CABRAL
REQDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, com vistas a obter declaração de inconstitucionalidade do art. 11 do Decreto-Lei 9.760/1946, na redação dada pelo art. 5º da Lei 11.481/2007.

Sustenta a requerente que

"a União, ao invés de aprimorar a instância administrativa criada pelo mencionado Decreto-Lei nº 9.760/1946 para dirimição de questões derivadas da demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos, pendentes da fixação imaginária de uma linha preamar média do longínquo ano de 1831 e envolta em permanente dúvida, até por conta do fenômeno dos avanços e recuos do mar numa extensão territorial do país, de quase 9000 (nove mil) quilômetros; pura e simplesmente resolveu suprimi-la, bem como dar por encerrado qualquer procedimento de contraditório e ampla defesa, a partir do momento em que, através do Art. 5 da Lei 11.481/2007, que emprestou nova redação ao referido art. 11 do Decreto-Lei 9.760 que se pretende por declaração dessa Corte Constitucional seja fulminado como inconstitucional, vez que retirou a citação pessoal dos interessados nas demarcações de terreno da marinha e seus acréscimos (...)".

ADI 4.264 MC / PE

Alega, nessa linha, que a modificação

“liquidou o direito de defesa dos interessados em preservar suas propriedades, vez que (sic) a notificação por edital, além de genérica, não trata as hipóteses e casos concreta e individualizadamente”.

Afirma, ademais, que a citação por edital anula ou restringe o direito de defesa, ofendendo o art. 5º do Texto Constitucional.

Argumenta, também, que a citação por edital seria excepcional, só admissível quando impraticável a citação pessoal.

Aduz presente, ainda, o *periculum in mora*, pois

“com a ausência de notificação pessoal, a SPU vem demarcando terrenos da Marinha sem garantir aos prejudicados o contraditório e a ampla defesa, além de afrontar ao princípio constitucional esculpido no art. 5º da CF e seus incisos XXI e LV, levando-os deliberadamente a revelia. Sendo que a homologação decorrente da demarcação coloca o proprietário na condição de mero ocupante, (ao invés de detentor do direito real pleno e irrevogável) título precário e sujeito ao pagamento de ‘taxa de ocupação’ que, se inadimplidas, pode resultar até mesmo na retomada do imóvel e sua transferência a terceiros de boa-fé” (fl. 26).

Adotado o rito previsto no art. 10 da Lei 9.868/1999, a Advocacia-Geral da União opinou pelo indeferimento da cautelar, em manifestação assim ementada:

“Constitucional. Demarcação de terrenos de marinha. Dispositivo legal que prevê convite por edital aos interessados para que ofereçam documentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcado. Alegação de que a convocação por edital ofenderia o contraditório, a ampla defesa e o direito de propriedade. Ausência de fumus boni juris. O convite previsto no artigo impugnado tem o

ADI 4.264 MC / PE

objetivo de convidar pessoas que possam auxiliar a Administração no desempenho de atribuição que lhe própria. O ato da demarcação que pode repercutir na esfera jurídica de terceiros, é praticado em fase procedimental posterior, não sendo objeto de regulação pela norma atacada. Inexistência de periculum in mora. Não restou demonstrada a ocorrência de violação às garantias constitucionais referidas em razão da aplicação do artigo hostilizado, que já está em vigor há mais de 2 (dois) anos. Manifestação pelo indeferimento da medida cautelar postulada” (fl. 211).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se, igualmente, pelo indeferimento da cautelar, em parecer que porta a seguinte ementa:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 11.418/2007, que dá nova redação ao art. 11 do Decreto-Lei 9.760/46. Pedido de medida liminar. Plausibilidade jurídica do pedido que não se evidencia. Fixação da linha do preamar de 1831. Terrenos de marinha. Consulta preliminar, de caráter público, que não tem propensão a criar, modificar ou restringir imediatamente direitos de virtuais interessados. Mera colheita de elementos fáticos e técnicos para futura decisão pública. Direito de defesa que se processa em passo posterior. Parecer pelo indeferimento do pedido de liminar” (fl. 224).

É o relatório.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264
PERNAMBUCO

VOTO

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator): Bem examinados os autos, entendo que a requerente não conseguiu demonstrar a plausibilidade jurídica do pedido de cautelar.

Esta ação direta visa a declarar inconstitucional o art. 11 do Decreto-Lei 9.760/1946, na redação dada pela Lei 11.481/2007.

Ora, a Constituição Federal dispõe que são bens da União, entre outros, “os terrenos de marinha e seus acrescidos”.¹

O Decreto-Lei 9.760/1946, que “dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências”, por sua vez, conceitua o que são terrenos de marinha e seus acrescidos nos arts. 2º e 3º, respectivamente, *in verbis*:

“Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

Art. 3º São terrenos acrescidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha”.

¹ Art. 20. São bens da União:

(...)

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos.

ADI 4.264 MC / PE

A demarcação dos terrenos de marinha, atribuição delegada ao Serviço de Patrimônio da União (SPU), divide-se em duas fases.

A primeira fase corresponde ao recolhimento de documentos e plantas, relativos ao ano de 1831 ou, quando não obtidos, à época que desse ano se aproxime. Nessa fase são convidados interessados para que ofereçam outros subsídios, a fim de embasar a decisão sobre a posição das linhas do preamar médio de 1831, que corresponde à segunda fase.

O Decreto-Lei 9.760/1946 estipulava no art. 11, que o chamamento dos interessados para colaborar com o SPU dar-se-ia por convite pessoal ou por edital, nos seguintes termos:

"Art. 11. Para a realização do trabalho, o S. P. U. convidará os interessados, certos e incertos, pessoalmente ou por edital, para que no prazo de 60 (sessenta) dias ofereçam a estudo, se assim lhes convier, plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcando".

Observa-se, desde logo, que o citado dispositivo não mencionou que os interessados seriam intimados, porém convidados, pessoalmente ou por edital.

A razão disso parece-me clara: não se trata de chamamento para exercer o contraditório ou a ampla defesa, mas tão somente para prestar auxílio à Administração na fase de determinação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831.

O citado art. 11 foi alterado pela Lei 11.481/2007, aqui impugnado, sob o argumento, em suma, de que a supressão da notificação pessoal viola o devido processo legal.

ADI 4.264 MC / PE

Eis a redação da norma atacada:

“Art. 11. Para a realização da demarcação, a SPU 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 demarcando”.

Verifica-se, pois, que, com a alteração promovida pela Lei 11.481/2007, o convite não mais será realizado pessoalmente, mas gora apenas por meio de edital.

Penso, no entanto, que tal alteração não ofende qualquer garantia constitucional, em especial a do devido processo legal.

A citação por edital, é verdade, não constitui regra, mas exceção, em nosso sistema processual, pois a concretização das garantias do contraditório e da ampla defesa pressupõem efetivo conhecimento da lide posta em juízo.²

Ocorre que, muitas vezes, a lei determina a citação por edital, seja por imperativo de celeridade processual, seja porque se desconhecem aqueles a serem chamados a integrar a relação processual.

A citação por edital, prevista em lei, desde que razoável, devidamente justificada, não pode ser tida como inconstitucional.

Foi o que decidiu esta Corte, por ocasião do julgamento do RE 552.958/RN, Rel. Min. Menezes Direito, cujo acórdão porta a seguinte ementa:

2 CPC. Art. 231. Far-se-á a citação por edital:

I - quando desconhecido ou incerto o réu;

II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar;

III - nos casos expressos em lei.

ADI 4.264 MC / PE

“Citação por edital. Inventário. Art. 999, § 1º, do Código de Processo Civil.

1. A citação por edital prevista no art. 999, § 1º, do Código de Processo Civil, não agride nenhum dispositivo da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento”.

Naquele extraordinário questionava-se o art. 999, § 1º, do CPC, que determina a citação por edital daqueles que não são domiciliados na comarca onde corre o inventário.

O Relator, Min. Menezes Direito, afastou a inconstitucionalidade com os seguintes argumentos:

“Não se pode identificar inconstitucionalidade na lei processual que considerando a natureza do processo adota rito especial para permitir que a distribuição da Justiça se faça no menor espaço de tempo possível. Se a regra processual indica que a citação seja feita por edital exatamente diante de circunstância apropriada, não se pode visualizar a presença de inconstitucionalidade”.

No caso sob exame, cumpre ressaltar, por oportuno, não se trata de citação ou intimação. Estamos, repito, diante de mero **convite** para subsidiar o SPU na determinação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831 (primeira fase do procedimento).

Assim, além de não se mostrar inconstitucional, afigura-se, inclusive, mais lógico que os eventuais interessados sejam convidados apenas por edital e não pessoalmente, mesmo porque o convite pessoal pressupõe o prévio conhecimento de quais seriam os convidados. Por isso, a supressão da intimação pessoal, mantendo-se apenas o convite por edital, mostra-se perfeitamente adequada e legítima na espécie.

ADI 4.264 MC / PE

Ademais, observo que o contraditório e a ampla defesa são assegurados na segunda fase do procedimento, após o SPU determinar a posição da linha do preamar, conforme se observa dos art. 13 e 14 do citado Decreto-Lei, *verbis*:

“Art. 13. De posse desses e outros documentos, que se esforçará por obter, e após a realização dos trabalhos topográficos que se fizerem necessários, o Chefe do órgão local do S. P. U. determinará a posição da linha em despacho de que, por edital com o prazo de 10 (dez) dias, dará ciência aos interessados para oferecimento de quaisquer impugnações.

Parágrafo único. Tomando conhecimento das impugnações porventura apresentadas, a autoridade a que se refere este artigo reexaminará o assunto, e, se confirmar a sua decisão, recorrerá ex-officio para o Diretor do S. P. U., sem prejuízo do recurso da parte interessada.

Art. 14. Da decisão proferida pelo Diretor do S. P. U. será dado conhecimento aos interessados, que, no prazo improrrogável de 20 (vinte) dias contados de sua ciência poderão interpor recurso para o C. T. U.”.

Por essas razões, não vislumbro, na apreciação desta cautelar, ofensa ao devido processo legal na alteração promovida pela Lei 11.481/2007, uma vez que ela não tem o condão de afetar direitos de qualquer interessado.

Nesse sentido foi a manifestação da Procuradoria-Geral da República, da qual destaco o seguinte trecho:

“(…) ao acionar o art. 11 do Decreto-Lei 9.760/1946, a Administração dá a oportunidade ao público de participar de uma etapa preparatória, em que não existe possibilidade de apontar interessados certos e diretos. Ali, sem se ter a previsão da linha demarcatória do preamar médio de 1831, a sociedade é chamada para

ADI 4.264 MC / PE

coletivamente contribuir com o esclarecimento objetivo de fatos e de eventos de relevância jurídica.

A norma, portanto, não tem vocação para preservar, modificar ou extinguir direitos individuais, mas apenas a declarada pretensão de colher de atores sociais dados relevantes para a tomada de uma decisão pública. Tudo muito mais próximo de uma audiência ou consulta pública, a exemplo do que trata a Lei 9.784/99, em seus arts. 31 a 34" (fls. 226-227).

Isso posto, pelo meu voto, indefiro o pedido de medida cautelar.

10/02/2011**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264
PERNAMBUCO**

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
REQTE.(s)	: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADV.(A/S)	: ISMAR TEIXEIRA CABRAL
REQDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência poderia só prestar um esclarecimento? No caso, todos os interessados são desconhecidos? Todos? Não há nenhum interessado conhecido?

A SENHORA GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA (SECRETÁRIA DE CONTENCIOSO) - Não. A Segunda Secretaria de Patrimônio da União não teria como ter uma precisão. Na verdade, não se saberia quais são precisamente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu só quero saber se há algum caso de algum interessado conhecido. Só.

A SENHORA GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA (SECRETÁRIA DE CONTENCIOSO) - Sim. Algum caso, sim, inclusive, Ministro-Presidente, em alguns casos que já foram inclusive objetos de ações outras judiciais, discutindo, nesse caso, quando há determinação de que se faça a citação pessoal, há todo um trabalho feito pela Secretaria de Patrimônio da União no sentido de ir ao local, de procurar saber e conhecer quem é aquele interessado até para cumprir uma determinação judicial. Nesse sentido, sim, mas com toda essa dificuldade até operacional para se ter essa precisão com relação aos interessados.

Muito obrigada.

10/02/2011**PLENÁRIO**

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264
PERNAMBUCO**

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu também, Presidente, acompanho o Ministro Relator. Também não vislumbrei nem a plausibilidade jurídica, conforme realçado por Sua Excelência, e, portanto, eu o acompanho às inteiras.

10/02/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264
PERNAMBUCO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, como sempre o Ministro Lewandowski nos aquinhoa com um voto precioso.

Agora, pessoalmente, conheço mais de perto a realidade dos terrenos de marinha, pelo menos em cidades, principalmente capitais, litorâneas do Brasil. E de longa data venho percebendo que os terrenos de marinha como que constituem um instituto obsoleto. E quando se fala, hoje em dia, em demarcação, na verdade, nós estamos falando de remarcação, porque a essa altura é muito difícil, sobretudo nessas cidades litorâneas, que haja um terreno de marinha ainda não demarcado. E a remarcação, que, de fato, é o que deve estar acontecendo, implica o chamamento de pessoas certas, com seus nomes inscritos no patrimônio da União, porque são foreiros que pagam o foro a cada ano. E também porque os negócios com imóveis se fazem com essa obrigação de pagar cinco por cento - é nacional a taxa, altíssima por sinal - do valor venal do imóvel objeto de transação ou de transferência de propriedade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Se Vossa Excelência me permite, interessados certos são não apenas os ocupantes de terreno de marinha, mas também os confinantes com terreno de marinha e titulares de propriedade privada. Esses também são atingidos pela linha de demarcação.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu chegaria lá, exatamente. Esses lindeiros, confinantes dos terrenos de marinha (e hoje é muito difícil saber, na verdade, o que seja terreno de marinha, quais os respectivos marcos definidores).

Eu acho o tema, em si mesmo, complexo, de difícil equacionamento.

ADI 4.264 MC / PE

À luz da urbanização crescente da sociedade brasileira, essa permanência dos terrenos de marinha tem significado um retardamento ao processo de desenvolvimento, um encarecimento na negociação dos imóveis, em suma, o tema é complexo. E como o serviço de patrimônio da União certamente tem os nomes dos foreiros, eu me inclinaria pela necessidade do chamamento pessoal dos interessados certos, pelo menos aqueles que têm seus nomes já inscritos no cadastro do serviço de patrimônio da União.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tal como previsto durante 61 anos, porque é modificação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Fazia a exata distinção.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Mais dez anos para fazer essas citações pessoais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Cogitava-se em interessados certos e incertos. Relativamente aos certos, previa-se a intimação pessoal.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Dir-se-ia: "Ah, mas é um pré-processo administrativo." Eu não sei se é mesmo um pré-processo administrativo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não é pré-processo, porque não é para preparar nada. A lei é expressa e diz "para realização da demarcação."

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Então, é um processo administrativo, e a Constituição assegura o contraditório e a ampla defesa.

ADI 4.264 MC / PE

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E mais: o eminente Relator se referiu à possibilidade de conhecimento na segunda fase. Só que o artigo 13, quanto à segunda fase, também manda notificar por edital, ou seja, não altera nada. Quem desconhece, continuará desconhecendo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E, depois, o bem já estará arrecadado.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É, perfeito. O bem já estará arrecadado. Eu acho que o contraditório e a ampla defesa, que a Constituição assegura, no processo administrativo, eles estão a exigir uma notificação de caráter pessoal.

10/02/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264
PERNAMBUCO****VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu também, Presidente, desde o começo estava um pouco perplexo com essa mudança. Por que se fez a mudança diante de um procedimento administrativo que já estava em vigor por tanto tempo?

Verifico que do texto resulta que convidará os interessados, certos e incertos. Quer dizer, certos são aqueles sabidos. E, aí, faculta-se que se faça por edital, para que ofereça estudos, se assim lhes convier, plantas e documentos etc.:

"Art. 12. 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 fôlha que nos Estados ou Territórios lhes publicar o expediente".

Veja que muito provavelmente isso restará sem conhecimento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Nessas áreas, geralmente existem, inclusive, pescadores que não possuem escolaridade maior, e, portanto, não acompanham a vida pública administrativa para perceber um edital afixado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E a consequência também será que nós teremos um procedimento administrativo que já levará, pelo menos numa primeira fase, à arrecadação desses imóveis. Ora, parece-me que as consequências são extremamente sérias no que diz respeito até à desconstituição daquilo que é considerado um ato jurídico perfeito.

ADI 4.264 MC / PE

Então, Presidente, estou pedindo vênua ao Ministro Relator e àqueles que o acompanharam, para acompanhar a manifestação do Ministro Ayres Britto, entendendo que aqui se faz necessário, sim, que haja essa notificação pessoal.

10/02/2011

TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264
PERNAMBUCO****VOTO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Senhor Presidente, peço vênua ao Ministro Carlos Britto e também ao Ministro Gilmar Mendes para divergir. Primeirô, porque não me parece de somenos a fixação da faixa litorânea dos terrenos de marinha. É uma questão de segurança nacional, sempre foi assim considerada e devê ser mantida. Essa é a primeira observação que faço.

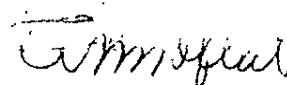
A segunda é que o procedimento se destina exatamente a estabelecer o local exato onde correria essa faixa, ou seja, a partir de dados obtidos por diversas formas, conseguir retroceder ao ano de 1831 e a sua linha de preamar. É uma terminologia complexa para nós, que não somos marinheiros, mas que certamente é perfeitamente viável de determinação pelos agrimensores.

Mas exatamente porque o procedimento se destina a fixar essa linha é que não é possível, não é viável, fazer a citação pessoal de todos os nela incluídos pelo bom motivo de que nós ainda não sabemos quem são eles, não sabemos se a linha vai passar aqui ou dez metros mais para lá. De modo que essa impossibilidade fática de determinar hoje quais serão todos os incluídos na linha de preamar é uma primeira objeção.

A segunda, que acredito que o Tribunal também não deve desprezar, é uma consideração de ordem prática. Dada a população que hoje habita todo o litoral brasileiro, realizar essas intimações pessoais vai tomar, no mínimo, mais uma década - isso com boas condições de trabalho e grupos de oficiais de justiça especialmente destinados a realizar essa tarefa.

Então, creio que o Tribunal está exigindo alguma coisa que é faticamente impossível de ser realizada, e, portanto, impedindo que se realize a demarcação.

Eu acompanho o Relator



10/02/2011**PLENÁRIO****MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264
PERNAMBUCO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, subscrevo a preocupação do Ministro Carlos Ayres Britto e digo que, no campo do direito de defesa, não se pode partir para a flexibilização. Houve uma norma que vigorou durante 61 anos, cogitando de interessados certos, portanto, conhecidos pela Administração Pública, e incertos, prevendo-se, na ordem de inserção dos vocábulos certos e incertos, o convite pessoal e por edital. Pessoal, logicamente, é a ordem natural das coisas, quanto aos certos. E, por edital, porque não se conhece as pessoas, quanto aos incertos. Durante esse período todo, tivemos cadastro, e, como ressaltado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, negociações, com o pagamento de percentagem, na próxima corretagem, ao setor público, mas a óptica prática acabou embaralhando as coisas, dando-se ao artigo 11 redação, a meu ver, imprópria. Suprimiu-se a referência a interessados certos e incertos – isso é sintomático – para, a seguir, cogitar-se unicamente da citação por edital.

Sabemos que nessas áreas há inúmeras pessoas de baixa escolaridade, conhecidas e que não acompanham – como já ressaltei – a publicação de editais. Portanto, entendo que correta era a previsão primeira, que, repito, vigorou durante 61 anos, prevendo-se a dualidade. Quanto aos interessados certos, o convite pessoal, e, quanto aos incertos, por edital.

Peço vênia, Presidente, para, mais uma vez, olhar com bons olhos para a segurança jurídica. Não posso olvidar que se tem, nessas áreas, situações constituídas com sabença pela Administração Pública quanto àqueles que são titulares dessas situações constituídas. Que se proceda, portanto, à intimação, ao convite pessoal desses interessados.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me

ADI 4.264 MC / PE

permite uma consideração? Até é compreensível, na linha do que já dito pela Ministra Ellen Gracie, que se busquem formas alternativas de se fazer essa notificação pessoal. Esse é um problema que hoje ocorre diante dessas decisões.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O postado com aviso de recebimento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É claro, ou mesmo uma comunicação via internet, ou alguma outra coisa.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Certamente, os pescadores da beira da praia não têm *internet*.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas outros terão. Os pescadores estão entre os incertos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite? Eu fui titular da comarca de São Sebastião. Normalmente, quem é ocupante de terreno de marinha com a devida autorização está cadastrado no Serviço de Patrimônio da União, é proprietário de faixa contínua com a área da marinha. Noutras palavras, ele tem propriedade privada que vai até certo ponto e, a partir dali em diante, ocupa terreno de marinha. A própria União sabe, pelo cadastramento de quem ocupa terreno de marinha, que provavelmente ele é proprietário de domínio privado. E o problema todo é saber onde está a linha que extrema a área da União da área privada, como será feita essa demarcação sem chamar o interessado e sem distinguir até onde vai a propriedade privada e até onde vai a da União.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ministro, há uma interpenetração de áreas: há uma área privada, há uma área típica de terreno de marinha, e há um *tertium genus*, a área de acréscimos de

ADI 4.264 MC / PE

terreno de marinha. E tudo isso demanda uma notificação ou convite de caráter pessoal, parece-me.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Tudo absolutamente incerto.

10/02/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264
PERNAMBUCO****VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu também vou pedir vênua ao eminente Relator e aos brilhantes votos que o acompanharam e vou seguir a divergência iniciada pelo Ministro Ayres Britto.

Qual é o objeto principal desse procedimento de demarcação? É extremar as áreas que estão em confusão, isto é, área que pertence à União e área que, na maioria dos casos - pode eventualmente, também, entestar ou confinar com área pública -, vamos dizer, em mais de 90% dos casos, entesta e confina com propriedades privadas. É exatamente essa confusão entre o que é domínio público e o que é propriedade privada que cria a necessidade de um procedimento que, com a linha de demarcação, defina a área de cada qual e os limites de cada qual. Isso significa, portanto, que eventual erro na locação da linha dessa demarcação pode significar desfalque de propriedade privada, isto é, pode-se invadir área de propriedade privada. Por isso é que os interessados são chamados para apresentar os documentos e títulos que tenham, com propósito de demonstrar que a eventual linha pretendida pela União, por exemplo, pode invadir terreno particular. Então, é necessário que eles sejam chamados a colaborar no procedimento de demarcação.

Quando fiz pergunta apenas para chamar a atenção, eu já o sabia, mas, enfim, quando perguntei à eminente Procuradora se todos os interessados eram desconhecidos, quis acentuar que a grande maioria dos interessados são conhecidos, não apenas porque estão cadastrados no Serviço de Patrimônio de União, mas também porque, sobretudo nos lugares mais frequentados, basta andar pela praia para ver casas construídas. É coisa óbvia, pois, que há interessados conhecidos, e tanto os há que a lei anterior já o previa. A lei anterior não partiu de lucubração

ADI 4.264 MC / PE

gratuita, quer dizer, que os interessados seriam todos desconhecidos. Não, ela tinha consciência da realidade de que há muitíssimos interessados conhecidos.

O artigo 11, na verdade, não cuida de fase preliminar, vamos dizer, anódina ou inconsequente. O artigo é textual e diz "para realização da demarcação (...)". A pergunta é: para que os interessados são chamados ou notificados a apresentar documentos? Exatamente para tentar evitar erro na demarcação que signifique sacrifício da propriedade privada, sem o devido processo legal.

Tampouco se pode, com o devido respeito, apelar para a hipótese do artigo 13, porque nele também os interessados são chamados por edital; a lei é expressa:

"Art.13. ... a posição da linha em despacho de que, por edital com o prazo de 10 (dez) dias, dará ciência aos interessados ...".

Noutras palavras, os interessados conhecidos jamais, neste procedimento, ficariam sabendo do procedimento de demarcação e não poderiam defender-se. E, além do mais, inviabiliza-se o que a própria lei mantida prevê: que há possibilidade de interposição de recurso prevista no parágrafo único do artigo 13 e no artigo 14. Como é que alguém que não foi chamado verdadeiramente, senão fictamente, pode recorrer? Não é possível recorrer. É isso que me parece: eventual erro - e basta mero perigo de erro - na linha de demarcação significa privação de propriedade particular, sem o devido processo legal.

Razão por que, mais uma vez, eu peço vênias ao eminente Relator e aos votos que o acompanharam, para também deferir a liminar.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264**

PROCED.: PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

ADV.(A/S): ISMAR TEIXEIRA CABRAL

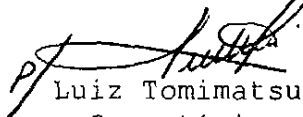
REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, indeferindo a medida cautelar, e os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Presidente, Ministro Cezar Peluso, deferindo-a, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do ministro a ser empossado brevemente. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falou, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária de Contencioso, e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Plenário, 10.02.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.


Luiz Tomimatsu
Secretário

16/03/2011

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264
PERNAMBUCO**

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
REQTE.(S)	: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADV.(A/S)	: ISMAR TEIXEIRA CABRAL
REQDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhor Presidente, pela ordem, apenas uma informação antes que o eminente Ministro se pronuncie: eu acabo de ser comunicado pela minha assessoria, pela *Intranet*, que a Advocacia-Geral da União fez contato com o meu gabinete para informar que será editada uma medida provisória, até o final da semana, excluindo a citação, por edital, de proprietários de terras da Marinha, que está prevista no Decreto-lei 9.760/46, ora em discussão.

Portanto, a AGU comunica que, sensibilizada pelos debates que nós travamos aqui, fará alteração, excluindo da legislação contestada exatamente o ponto nodal que está causando controvérsia no Plenário. Apenas essa informação.

Peço excusas por ter interrompido o eminentíssimo Ministro Luiz Fux.

16/03/2011

PLENÁRIO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264
PERNAMBUCO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal, ilustres advogados presentes, senhores estudantes que foram anunciados, a matéria é recente, porquanto esse julgamento foi suspenso na antevéspera praticamente da posse e, agora, estamos retomando para colher o voto para compor o **quorum**. De sorte que eu vou procurar - tendo em vista o volume da pauta de hoje e tendo em vista que farei a juntada posterior - sintetizar exatamente qual é o objeto dessa controvérsia que gravita em torno dessa ação de declaração de inconstitucionalidade.

Essa ação declaratória de inconstitucionalidade, Senhor Presidente e egrégios Membros do Plenário, foi capitaneada pela Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, alegando a inconstitucionalidade do artigo 11 do Decreto-lei nº 9.760/46, com a redação que lhe deu o artigo 5º da Lei nº 11.481/2007.

A inconstitucionalidade tem como **causa petendi** o seguinte: em primeiro lugar, que essa demarcação dos terrenos de Marinha faz-se sem oitiva pessoal, mas só com convite genérico, por edital dos interessados e, consequentemente, por essa modalidade de comunicação processual que implicaria na demarcação de terras de outrem, argúi-se, também, a inconstitucionalidade pela violação do devido processo legal; em primeiro lugar, pela comunicação editalícia geral e, em segundo lugar, pela própria demarcação sem a oitiva da parte interessada que certamente poderá vir a perder uma parcela da propriedade e também alterar o seu título. Deixará de ser proprietário para ser mero ocupante.

Na defesa, apenas para rememorar Vossas Excelências, houve uma arguição de que esse convite era apenas para auxiliar esses trabalhos de demarcação, muito embora eu tenha verificado que se trata realmente de

ADI 4.264 MC / PE

um procedimento administrativo e se aduziu que apenas era uma fase pré-processual.

Essa preocupação que foi trazida agora pelo Ministro Ricardo Lewandowski bem revela que a própria União observa que há, aí, uma certa mácula com relação às garantias processuais constitucionais na medida em que se propõe a enviar uma medida provisória em caráter urgente, talvez até no afã de que perdesse o objeto essa Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

Na essência, os primeiros votos foram todos no sentido de que essa fase, ainda que se trate de um procedimento administrativo, é uma fase pré-processual, e não interferiria na esfera jurídica daqueles titulares que se encontram em terreno supostamente de Marinha, depois dessa demarcação, a partir da preamar, conforme o artigo estabelece.

A divergência formou-se, tendo em vista que, em primeiro lugar, aduziram os votos divergentes que os imóveis são titulados e, portanto eles **são de conhecimento do Serviço de Patrimônio da União, que poderia convocar esses proprietários, que potencialmente poderiam perder essa faixa de terra.**

Em segundo lugar, essa consulta, esse convite genérico, na realidade, representa uma das etapas mais importantes desse procedimento e, por isso, exigiria o contraditório e a ampla defesa.

E, finalmente, também baseia-se a maioria na regra de experiência que dificilmente há a leitura desses editais, o que, efetivamente, levaria a um procedimento meramente unilateral.

Apenas para rememorar, o artigo 11, anterior a essa exposição, exigia que, para a realização do trabalho, o SPU - Serviço de Patrimônio da União - convidasse os interessados certos pessoalmente e os incertos por edital. Houve essa modificação legislativa, que é objeto agora desse controle concentrado de constitucionalidade, com uma alteração extremamente radical, porque o artigo 11 passa a dispor que:

"Art. 11. Para a realização da demarcação, a SPU convidará os interessados, por edital,... " - apenas por edital.

Esses dois dispositivos estabelecem essa inovação com relação aos terrenos de marinha que, evidentemente, é do conhecimento dos

ADI 4.264 MC / PE

eminentes Membros do Plenário, vêm definidos no Código de Águas e, posteriormente, nesta Lei, objeto da nossa aferição de constitucionalidade.

A realidade é que essa definição da metragem horizontal do preamar considerada em 1831 - e procurei me inteirar desses termos mais específicos, preamar vem de **plena mare**, de maré cheia -, exatamente essa questão geográfica leva sempre a severas dúvidas do que pertence, efetivamente, ao terreno de marinha. Por isso é importante essa demarcação para a União e também para aqueles que, eventualmente, possam vir a perder uma parcela da sua propriedade e também a serem considerados meros ocupantes.

Então, a interpretação compatível com a Constituição Federal, que foi aqui assentada pelos votos com os quais eu mais me afinei, foi exatamente de que esse convite para que ele seja engendrado e cumpra os consectários do devido processo legal, com seus subprincípios do contraditório e da ampla defesa, eles exigem que esse convite seja efetivamente pessoal, tanto mais que essa fase é importantíssima, vai contribuir para a demarcação da área, por isso ela não é uma mera audiência pública e, no meu modo de ver, com a devida vênia, também não é um pré-processo.

Por outro lado, há uma ponderação dos interesses em jogo; a saber: o problema da celeridade da demarcação, e isso levaria a uma demora da demarcação. Tenho para mim, nessa nova técnica do pós-positivismo da ponderação dos interesses em jogo, que entre a celeridade da demarcação e o devido processo legal há de preponderar este, evidentemente.

Houve uma analogia muito interessante com relação a um julgado precedente da egrégia Corte, sobre admitir-se a ausência de citação de herdeiros de residentes fora da comarca do processo de inventário, e não se conjurou esse dispositivo, acoimando-o de inconstitucional, porque, na realidade, a **ratio essendi** desse acórdão está no fato de que o óbito é conhecido. Diversamente, aqui se trata de um fato absolutamente desconhecido, não se sabe até que limite vai essa linha tomada a partir do preamar estabelecido em 1831.

ADI 4.264 MC / PE

Com esses esclarecimentos, Senhor Presidente, e mantendo aqui talvez uma fórmula que eu utilizei ontem na Primeira Turma e não houve nenhum problema, eu elaborei uma ementa autoexplicativa para leitura e - peço até vênica se os eminentes Colegas discordarem dessa técnica - comprometendo-me, se houver necessidade, esclarecer qualquer ponto, evidentemente, que possa parecer obscuro ou omissivo.

A ementa é um pouco extensa, mas praticamente vai equivaler a um voto lido.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264
PERNAMBUCO

Devido Processo Legal e Citação em Ação Demarcatória.

1- Ação Declaratória de Inconstitucionalidade do art. 11 do DL nº 9760; introduzido pela Lei nº 11.481/2007, que regula a demarcação dos terrenos de marinha, movida pela Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, tendo como *causae petendi* a tríplice alegação de: a) supressão da necessidade de citação pessoal dos interessados na demarcação de terrenos de marinha; b) inserção da notificação por edital substitutiva da convocação *in faciem* dos interessados certos; c) inobservância do devido processo legal administrativo em relação aos particulares sujeitos à demarcação.

2- Convite por edital previsto no dispositivo acoimado de inconstitucional, com o escopo de os interessados coadjuvarem a administração pública na referida demarcação, o que, sob esse fundamento, dispensaria o regular contraditório e a ampla defesa, posto fase ineficiente a interferir no domínio dos particulares.

3- A existência, no Serviço de Patrimônio da União, da titulação dos terrenos foreiros de marinha, o que na redação primitiva do dispositivo impunha o convite pessoal aos interessados certos e por éditos aos incertos; a relevância da etapa demarcatória prevista no referido art. 11 objeto do controle

ADI 4.264 MC / PE

concentrado de inconstitucionalidade (suposto pré-processo administrativo) e a regra de experiência de que os litigantes habituais ou tecnicamente hipossuficientes dificilmente acudirão aos editais, conduzem ao acolhimento da pretensão de conjuração da ordem normativa incompatível com as garantias processuais constitucionais, especificamente delineada no art. 5º, inciso LV da CRFB; *verbis*: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

4- Os terrenos de marinha são definidos em lei (Código de Águas; Dec. nº 24.643/34 e DL nº 9760/46) e a sua medição fundada no preamar médio de 1831; vale dizer na média de maré cheia do latim: *plena mare*; com o decorrer do tempo conduziu a dados imprecisos que ora implicam não só a atualização da demarcação, mas, também a participação efetiva do interessado em todas as etapas demarcatórias, como ocorria outrora.

5- O procedimento *in foco*, sem obediência ao devido processo administrativo, pode resultar, em inúmeros casos, na expropriação da propriedade privada e na alteração do título do *dominus* que passará a ser considerado mero ocupante, com os consectários legais da nova categorização jurídica de seu *ius in re*.

ADI 4.264 MC / PE

6- A Constituição Pós-Positivista de 1988, mercê das garantias constitucionais decorrentes da cláusula pétrea do *due process of Law*, tutela também o direito de propriedade como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consagrado desde tempos imemoriais, como um direito inerente ao homem, consoante consignado na doutrina clássica e filosófica do tema (Hannah Arendt, *In A Condição Humana*, 5ª Edição, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991. pp.71-72).

7- A Novel Constituição Brasileira, sob a inspiração da garantia do *due process of Law* e à luz de uma interpretação conforme a letra e o espírito da Carta Maior, somente concebe o “convite” a que se refere a lei *sub judice*, como comunicação formal, intimação mesmo, *et pour cause*, pessoal ou por éditos, consoante o interessado seja certo ou incerto, porquanto a regra legal não faz alusão nem a uma audiência pública nem a um simples pré-processo administrativo.

8- Deveras, na ponderação de valores sob crivo da razoabilidade, a celeridade da demarcação não pode se sobrepor ao devido processo legal nem aos seus consectários consubstanciados no efetivo contraditório e na ampla defesa, máxime em rito que preanuncia a perda da propriedade.

A Justiça, como valor axiológico do sistema, se exacerba nesse procedimento com a

ADI 4.264 MC / PE

convocação pessoal, e se minimiza com a indiferença em relação aos proprietários certos.

É que, como bem assentado no voto do Ministro Marco Aurélio, “no campo do direito de defesa não se pode partir para a flexibilização”.

9- A celeridade que influiu no precedente consubstanciado no RE 552.598-8-RN, julgado em 08 de outubro de 2008, no qual se dispensou a citação dos herdeiros residentes fora da comarca do óbito, no processo de inventário, ao invés de infirmar a presente proposição de voto, reforça-a, porquanto no caso, a morte do *de cujus* inventariado é de presumido conhecimento do herdeiro, ao passo que a demarcação sujeita a convite por edital presume-se desconhecida dos interessados.

10- O Direito ao devido processo legal, abarca o contraditório e a informação prévia que o propicia, como assentado no Mandado de Segurança nº 25787 da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cuja juridicidade da argumentação abeberada na fonte da lei Fundamental de Bonn sobre a Constituição Federal Brasileira merece destaque da seguinte transcrição; *verbis*: (...) a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que

ADI 4.264 MC / PE

obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte -Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, no 97). É da

ADI 4.264 MC / PE

obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BVerfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, nº 97). Dessa perspectiva não se afastou a Lei nº 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 2º desse diploma legal determina, expressamente, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório. O parágrafo único desse dispositivo estabelece que nos processos administrativos serão observados, dentre outros, os critérios de “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados” (inciso VIII) e de “garantia dos direitos à comunicação” (inciso X). (Grifamos).¹

11-A proceduralização dos atos administrativos, como tendência da pós-modernidade, induz ao novel modelo de uma “Administração Dialógica” que inclui os administrados na formação do ato estatal, ideário que assume relevo, quando as manifestações administrativas influem na esfera jurídica dos cidadãos, o que resta por consagrar, também, o valor fundamental da cidadania previsto como fundamento do Estado Brasileiro Democrático e de Direito

1 STF. MS nº 25.787/DF. Relator Min. Gilmar Mendes. Acórdão pendente de publicação. Notícia do julgamento publicada no Informativo nº 449 do STF.

ADI 4.264 MC / PE

no artigo 1 da CRFB; *verbis*. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: inciso II - a cidadania.

12- Em suma: I- O Procedimento administrativo brasileiro cuja gênese encontra-se no ideário da nação, a nossa Carta Constitucional pós-positivista de 1988 está umbilicalmente vinculado aos imperativos jurídico-constitucionais exsurgentes dos postulados da legalidade democrática.

II- O Estado Democrático de Direito, por seu turno, assenta, dentre os seus pilares, o Devido Processo Legal, do qual decorre o subprincípio do contraditório segundo o qual ambas as partes devem usufruir da oportunidade de serem ouvidas no processo judicial ou administrativo (*audiatur et altera pars*).

III- A Bilateralidade dos processos judicial e administrativo que encartam qualquer pretensão contraposta, como soi ocorrer no rito da demarcação, impõe a necessidade de convocação do réu certo, porquanto na visão percuciente de Eduardo Couture, *In Las Garantias Constitucionales Del Proceso Civil, In Estudios de Derecho Procesal Civil*, 1948, vol I, págs 47-51, o cânone consagrado sob o *nomen juris* de *due process of law* impõe averiguar se a lesão ao direito não se

ADI 4.264 MC / PE

encarta na esfera jurídica daquele que iniciou o processo ou daquele que deve ser instado a proteger o seu direito.

IV- O processo ou o procedimento que se desenvolvem sem defesa, colocando um interessado em posição injustificável de inferioridade, afronta a cláusula pétrea do devido processo legal, cuja essência remonta ao denominado *Bill of Rights* de 1215; a Carta de João Sem Terra aprimorada na versão saxônica de 1352 pela pena de Henrique III; que preconizava a impossibilidade de o cidadão perder a sua liberdade ou a sua propriedade sem a obediência do processo devido, cuja redação primária assim resta sintetizada: *No one be condemned without trial. Also that no man , of what estate or condition that he be , shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, not put to death, without being brouhgt to answer by Due Process of Law*

V- A doutrina mercê da divergência histórica, posto apontar a emenda à Constituição Americana introduzida em 1789 no Primeiro Congresso, posteriormente convertida na Quinta Emenda Americana; também verbera: *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service*

ADI 4.264 MC / PE

in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation. (Numa tradução livre: "Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou em sua integridade física; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização").

VII-A Constituição Federal Brasileira plasma de forma cristalina a evolução dessa garantia constitucional com berço nas Declarações Fundamentais dos Direitos do Homem ao dispor no inciso LIV; *verbis* que "Ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal".

IX- A Demarcação de terras ora *sub judice* é

ADI 4.264 MC / PE

potencialmente geradora de direitos *ex post facto* e, conseqüentemente passível de produzir efeitos constitutivos negativos em relação aos proprietários que, *ad eventum* podem vir a perder a posse ou propriedade de seus bens.

X- A consequência lógica derivada dos efeitos práticos do procedimento demarcatório é a necessidade de citação *in faciem* de réus certos em obediência ao devido processo legal na acepção literal da cláusula constitucional.

XI- Outrossim, é cediço que a convocação editalícia, porquanto ficta nos seus efeitos de convocação prática, deve ser utilizada como regra de exceção, hipótese que não se configura, quando o poder público pretende demarcar terrenos lindeiros à propriedade com titulação conhecida.

XII - A previsão legal que faz da exceção a regra em detrimento do *due process of Law* padece de inconstitucionalidade manifesta.

XIII - A plausibilidade de as demarcações incidirem no vício da não oitiva dos interessados, obrigando-os a *posteriori* a ingressarem com ações excludentes de suas propriedades das áreas de marinha, bem como os conseqüências de considerá-los meros ocupantes dos terrenos supostamente “inoficiosos”, mercê da violação explícita das garantias processuais constitucionais, preenchem os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

ADI 4.264 MC / PE

Com esses fundamentos, Egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal, acolho o pedido liminar de declaração de inconstitucionalidade do art. 11 do DL nº 9760, introduzido pela Lei nº 11.481/2007, que regula a demarcação dos terrenos de marinha.

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, Senhores Ministros, cuidam os autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada em face do art. 11 do Decreto-Lei nº 9.760/46 com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.481/2007.

A ação foi movida pela Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco com base nos seguintes fundamentos: a) a inconstitucionalidade da supressão legal da necessidade de citação pessoal dos interessados nas demarcações de terrenos de marinha; b) a inconstitucionalidade da generalidade da notificação por edital, sem a observância do direito de defesa dos interessados, e c) a insegurança jurídica gerada nos particulares que terão seus imóveis demarcados como terrenos de marinha, sem que tenha havido a prévia observância de um processo administrativo regular.

O Advogado-Geral da União manifestou-se nas fls. 211/221 no sentido da denegação da medida cautelar pleiteada na presente ação, por considerar que o convite por edital previsto no DL nº 9.760/46 não se refere a uma autêntica fase do processo de demarcação de terrenos de marinha destinada a garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa dos interessados. A referida norma teria como objetivo convidar pessoas que pudessem auxiliar a Administração no desempenho da ventilada demarcação.

ADI 4.264 MC / PE

O Exmº Ministro Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, votou pelo indeferimento da cautelar, sob o precípuo fundamento de que, já na sua redação original, o Decreto-Lei nº 9.760/46 não assegurava a intimação dos interessados, à medida que a redação do dispositivo apenas fazia alusão a um convite aos interessados. A nova previsão de que o convite passará a ser feito por meio de edital não violaria, de acordo com essa visão do eminente Ministro, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Ademais, Sua Excelência também destacou que o convite não representaria um chamamento para o exercício do contraditório e da ampla defesa, mas tão somente para prestar auxílio à Administração na fase de determinação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831.

O Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento da liminar, sob o principal argumento de que, na etapa do art. 11 do DL nº 9.760/46, não se estaria a preservar, modificar ou a extinguir direitos individuais dos proprietários da área a ser demarcada. Haveria, por outro lado, apenas uma pretensão de coleta de dados relevantes para a tomada de uma decisão pública.

Impedido para julgamento o Exmº Ministro Dias Toffoli.

Os votos divergentes da tese exposta pelo eminente Ministro Relator concentram-se nos seguintes argumentos: a) a União possui, através do Serviço de Patrimônio da União, os nomes da maioria dos proprietários de terrenos de marinha submetidos ao regime foreiro, o que tornaria obrigatório o chamamento pessoal dos interessados certos; b) o convite aos interessados previsto no dispositivo impugnado não corresponderia a uma fase de “pré-processo administrativo”, mas, ao contrário, representaria uma etapa relevante da demarcação dos terrenos de marinha a ser submetida ao contraditório e à ampla defesa, e c) muitos dos proprietários são pessoas que não possuem escolaridade e que,

ADI 4.264 MC / PE

portanto, não acompanham a vida pública para perceber a publicação de um edital.

Cumpre-me lembrar que a redação original do dispositivo questionado continha o seguinte teor:

Art. 11. Para a realização do trabalho, o S. P. U. convidará os interessados, certos e incertos, pessoalmente ou por edital, para que no prazo de 60 (sessenta) dias ofereçam a estudo, se assim lhes convier, plantas, documentos e outros esclarecimentos concernentes aos terrenos compreendidos no trecho demarcando.

Em maio de 2007, o dispositivo acima transcrito recebeu a redação abaixo que veio a ser impugnada perante esta Corte Suprema:

Art. 11. Para a realização da demarcação, a SPU 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 demarcando. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

Em breve escorço, a nova redação suprimiu a possibilidade de a Administração Pública formular um convite pessoal aos interessados na demarcação de terrenos de marinha, a fim de que eles possam, se assim lhes convier, oferecer a estudo plantas, documentos e outros esclarecimentos compreendidos no trecho demarcado. Agora, por força da alteração, o convite se dará exclusivamente por meio de edital.

Passo a votar.

Inicialmente, peço vênia para acompanhar a maioria que se formou no sentido do deferimento da liminar. Para tanto, chamo atenção para o fato histórico de que a demarcação de terrenos de marinha pode afetar

ADI 4.264 MC / PE

profundamente o direito fundamental de propriedade *et pour cause*, mister faz-se rememorar o teor da Cláusula 39 da Magna Carta do Rei João Sem Terra; incorporada às Constituições de todos os Estados Democráticos de Direito e que assim dispunha :

Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra. ²

Dos Terrenos de Marinha

Os terrenos de marinha são basicamente definidos em nosso ordenamento jurídico pelo Código de Águas, Decreto nº 24.643/34, e pelo DL nº 9.760/46.

Reza o art. 13 do Código de Águas o seguinte:

Constituem terrenos de marinha todos os que, banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, vão até 33 metros para a parte da terra, contados desde o ponto a que chega o preamar médio.

Este ponto refere-se ao estado do lugar no tempo da execução do art. 51, § 14, da lei de 15/11/1831.

Por seu turno, o art 2º do DL nº 9.760/46, preconiza que:

Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte

2 "No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land."

ADI 4.264 MC / PE

da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos dêste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

A escolha de nosso ordenamento jurídico pelo ano de 1831 para a aferição da linha imaginária do preamar médio, do latim *plena mare*, média da maré cheia, para a demarcação dos terrenos de marinha trouxe substanciais complicações. É que a União, titular dos terrenos de marinha, por força do disposto no art. 20, inciso VII, da Constituição da República, não tem, em seus arquivos e assentamentos, dados muito precisos sobre onde a referida linha fictícia se situava em todo o território nacional nos idos de 1831. Chega-se a utilizar a faixa de jundu, vegetação rasteira com raízes profundas usualmente encontrada ao final das praias, como referência para a linha do preamar médio de 1831. Nesse diapasão, a insegurança quanto ao exato local em que se situam os terrenos de marinha acaba por provocar a necessidade de sua demarcação, nos moldes do que previsto nos artigos 9º a 14 do DL nº 9.760/46, através de um regular processo administrativo que conte com a efetiva participação do administrado interessado.

Cumpre-me ressaltar que a identificação de uma propriedade imóvel como terreno de marinha pode, em um incontável número de casos, ter o condão de inesperadamente transformar uma propriedade aparentemente privada em domínio da União, em domínio público federal, insuscetível, portanto, de expropriação e de usucapião. Além disso, o antigo e suposto proprietário passa a ser mero ocupante do bem e se torna obrigado a remunerar a União pela sua ocupação. Por essa razão,

ADI 4.264 MC / PE

o Decreto-Lei nº 9.760/46 preocupou-se com a previsão de um processo administrativo em que os afetados pela demarcação teriam direito a se manifestar e a se defender.

Um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Estado brasileiro, por imperativo do que disposto em nossa Carta de 1988, deve observar alguns princípios fundamentais, tais como os estampados no artigo 1º da Constituição da República. Sem ter a pretensão de, neste voto, discorrer sobre quais princípios são indispensáveis em um Estado de Direito, resta incontroverso, que a cidadania deve ser garantida para que um Estado seja reconhecido como tal. E, nesse contexto, a cidadania plena exige a observância do devido processo legal, isto é, de um efetivo direito ao contraditório e à ampla defesa, especialmente quando se está diante de uma privação ao direito de propriedade. O direito fundamental à propriedade é, parafraseando o filósofo do Direito norte-americano Ronald Dworkin, um direito a ser levado a sério! (*In Taking rights seriously*, Cambridge : Harvard, University Press, 1977).

Numa percutiente análise a respeito da relevância da tutela do direito de propriedade para a preservação da cidadania, descreve a filósofa alemã HANNAH ARENDT que:

Originalmente, a propriedade significava nada mais nada menos que o indivíduo possuía seu lugar em determinada parte do mundo e portanto pertencia ao corpo político, isto é, chefiava uma das famílias que, no conjunto, constituíam a esfera pública. Essa parte do mundo que tinha donos privados era tão completamente idêntica à família à qual pertencia. A riqueza de um estrangeiro ou de um escravo não substituíam, de modo algum, essa propriedade, ao passo que a pobreza não fazia com que o chefe da família perdesse seu lugar no mundo e a cidadania dele decorrente. Nos tempos antigos, quem viesse a perder o seu lugar perdia automaticamente a cidadania, além

ADI 4.264 MC / PE

da proteção da lei.³

Demonstrada a relevância da tutela ao direito de propriedade para se garantir a cidadania, voltamos ao texto do dispositivo impugnado. A despeito de a redação original do art. 11 do DL nº 9.760/46 apenas fazer menção a convite aos interessados, a sua recepção pela Carta de 1988 só se torna viável se ela tiver o significado de intimação para o exercício do contraditório e da ampla defesa. Convite por edital é algo que, *concessa venia*, não produzirá o efeito de garantir eficazmente o direito ao contraditório e à ampla defesa. É fácil presumir que a maioria dos proprietários de imóveis situados na região do preamar médio do ano de 1831 não tomará conhecimento do convite, eis que não é hábito da população brasileira, e não me restrinjo aos menos instruídos, tomar conhecimento de editais oficiais. Sob essa ótica, não entrevejo a etapa noticiada no art. 11 do DL nº 9.760/46 como uma simples fase preparatória e irrelevante para os proprietários de imóveis da região a ser demarcada. Trata-se de um momento processual tão relevante, que os interessados poderão, até mesmo, contribuir para a formação da área a ser futuramente considerada dentro da linha do preamar médio de 1831. O dispositivo não faz alusão a uma mera audiência pública, ou a uma providência de um simples “pré-processo administrativo”; mas antes a uma regra legal que afeta os direitos de proprietários de imóveis, muitos deles conhecidos, o que interdita o afastamento da garantia da oitiva prévia dos interessados na demarcação mediante um processo administrativo que assegure o contraditório e a ampla defesa. Sob outro enfoque, não me parece que a justificativa da celeridade da demarcação possa ter o condão de afastar o direito constitucionalmente assegurado de um processo administrativo do qual a parte interessada tenha ciência efetiva. Nesse segmento, faço minhas as palavras do eminente Ministro Marco Aurélio em seu voto: “no campo do direito de defesa não se pode partir para a flexibilização”.

3 ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 5ª edição revista. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pp. 71-72.

ADI 4.264 MC / PE

Deveras, esta E. Corte Suprema, por seu plenário já decidiu, em processo da relatoria do saudoso Ministro Menezes Direito, que a citação por edital prevista no art. 999, §1º, do Código de Processo Civil não agride nenhum dispositivo da Constituição Federal (RE nº 552.598-8-RN. Julgamento de 08 de outubro de 2008). O referido dispositivo processual contém a seguinte redação:

§ 1º Citar-se-ão, conforme o disposto nos arts. 224 a 230, somente as pessoas domiciliadas na comarca por onde corre o inventário ou que aí foram encontradas; e por edital, com o prazo de 20 (vinte) a 60 (sessenta) dias, todas as demais, residentes, assim no Brasil como no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).

Acolheu-se, portanto, no precedente acima invocado, a tese da possibilidade de citação por edital das pessoas não residentes na comarca por onde um inventário *tramitae*, pretende-se, analogicamente empreender a mesma exegese expressa na máxima *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio* na demarcação *sub judice*. Sem embargo, a hipótese dos presentes autos é distinta daquela que foi julgada em 2008 pelo Plenário.

É que, quando da análise do RE nº 552.598-8-RN, considerou-se que a celeridade obtida por meio da citação por edital prevista no art. 999, §1º do CPC não ofenderia a Constituição da República, uma vez que os herdeiros têm presumido conhecimento da tramitação de um inventário que lhes diga respeito, ainda que residam em comarca distinta daquela em que o inventário corre. Situações em que os herdeiros não tomam conhecimento do óbito do autor da herança e da tramitação do inventário não são inexcogitáveis, mas são extremamente raras. Daí a viabilidade de emprego da citação por edital em matéria de ação de inventário. Diversamente no caso do convite por edital previsto no art. 11 do Decreto-Lei nº 9.760/46, a situação é completamente distinta. Nesta hipótese, os proprietários são pegos de surpresa. Não há qualquer presunção de que eles tenham conhecimento prévio acerca da

ADI 4.264 MC / PE

demarcação dos terrenos de marinha. São surpreendidos numa fase já adiantada do processo administrativo de demarcação e sem que tenham tido o direito de se manifestar desde o momento inaugural da intenção da União de identificar os terrenos de marinha.

Outrossim, mister destacar que tramitou, também, nesta Corte o Mandado de Segurança nº 25.787 da relatoria do Ministro Gilmar Mendes e que versava precipuamente acerca do direito ao contraditório e à ampla defesa em um processo administrativo instaurado para a apuração da declaração da caducidade de um contrato de concessão de transporte aéreo. Ao longo de seu voto, Sua Excelência o Ministro Gilmar Mendes destacou que:

(...) a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte -Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar

ADI 4.264 MC / PE

conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BVerfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 97). Dessa perspectiva não se afastou a Lei no 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 2º desse diploma legal determina, expressamente, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório. O parágrafo único desse dispositivo estabelece que nos processos administrativos serão observados, dentre outros, os critérios de “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados” (inciso VIII) e de “garantia dos direitos à comunicação” (inciso X). (Grifamos)⁴

Constata-se, portanto, que esta Corte tem exigido que a Administração Pública informe à parte contrária dos atos praticados em um processo administrativo. O direito à informação (*Recht auf Information*) é inerente ao devido processo legal, e isso vai exigir o convite pessoal, e não por edital, quando o interessado na demarcação do terreno de marinha for conhecido.

Não se trata de suscitar genericamente que a citação por edital prevista em diversos dispositivos de nosso ordenamento represente uma medida inconstitucional. O que se nos revela incompatível com a axiologia constitucional é a previsão legal de convite por edital como medida ordinária, como instrumento a ser empregado quando outros meios poderiam viabilizar o exercício do direito de ampla defesa. O

4 STF. MS nº 25.787/DF. Relator Min. Gilmar Mendes. Acórdão pendente de publicação. Notícia do julgamento publicada no Informativo nº 449 do STF.

ADI 4.264 MC / PE

dispositivo, com a sua nova redação de 2007, está eivado de inconstitucionalidade, à medida que possibilita o emprego do edital, ainda que os interessados possam ser facilmente identificados, previsão esta que afronta as garantias processuais constitucionais.

Destarte, não se cuida de privilegiar sutilezas vocabulares aludindo ao convite com o intuito de o diferenciar de citação e intimação. Na ótica da *opinio doctorum*, independentemente do vocábulo empregado pelo Decreto-Lei nº 9.760, a edição de ato estatal que afete a determinação da posição da linha fictícia do preamar é algo que depende do *due process of law*, e, portanto, da prévia observância do contraditório e da ampla defesa, sob pena de sacrifício inconstitucional ao direito de propriedade.

Sob outro prisma, a tendência pós-moderna de procedimentalização dos atos administrativos demanda do Estado que inclua o cidadão no processo decisório, vale dizer, impõe à autoridade estatal que legimate suas ações por meio da oitiva do administrado. Com a intervenção crescente das ações estatais na esfera privada, fruto do fracasso do Estado estritamente Liberal, aparece a necessidade crescente de um modelo de Administração Dialógica, uma Administração que decida por meio de interação com os administrados atingidos nas suas esferas jurídicas pelas medidas administrativas. E não há como se estabelecer um diálogo se uma das partes, a que será eventualmente prejudicada com a intervenção estatal, não tomar efetivamente ciência da intenção estatal de realizar a demarcação de uma área para os fins de identificar se ela é terreno de marinha. Tudo deve ser filtrado por um processo administrativo, que é relevante, inclusive, para evitar que os conflitos tenham, no dizer do Min. Benjamin Zymler, um caráter eminentemente pessoal. Segundo o referido Ministro:

A resolução dos conflitos mediante uma sequência lógica e predeterminada de atos que permita a participação do interessado impede o surgimento de contendas eminentemente pessoais. No processo debatem-se teses jurídicas. Tem o

ADI 4.264 MC / PE

processo a capacidade de fazer com que a disputa não seja entre o indivíduo “A” e o indivíduo “B”, mas entre as teses jurídicas apresentadas por “A” e por “B”.

A estrutura de embate trazida pelo processo, é inegável, contribui para a pacificação social. Com a procedimentalização, evita-se, também, que a Administração faça uso de processos decisórios diferentes para regular duas situações idênticas. Com isso, o processo faz com que a Administração amolde sua atuação aos contornos do Princípio da Igualdade — o qual, por ser incompatível com o tratamento desigual dos que se encontram em situação de igualdade, contribui para a manutenção da paz social.

Os recursos, previstos nas diferentes legislações que estabelecem procedimentos administrativos, são um bom exemplo de como o processo possibilita o arrefecimento dos ânimos. Primeiro porque diminuem a chance de erros da Administração, permitindo que um posicionamento prejudicial ao particular seja revertido. Ademais, tomando-se o ser humano médio, é fato que a possibilidade de acalmação frente duas decisões desfavoráveis — uma ratificando a outra — é maior do que a decorrente de uma única manifestação.⁵

Adotando o mesmo raciocínio, a professora Odete Medauar, chega a defender que o processo administrativo é responsável por melhorar o conteúdo das decisões estatais:

No processo administrativo os interessados são ouvidos, apresentam argumentos e provas, oferecem informações. Contribuem, portanto, para a determinação do fato ou da situação objeto do processo. Com isso se ampliam os pressupostos objetivos da decisão administrativa. (...) O processo administrativo, ensejando o afloramento de vários

5 ZYMLER, Benjamin. A ‘Procedimentalização’ do Direito Administrativo, p. 9. Disponível em http://www.tc.df.gov.br/MpjTcdf/palestras/palestra_zimler.pdf. Acesso em 11/03/2011.

ADI 4.264 MC / PE

interesses, posições jurídicas, argumentos, provas, dados técnicos, obriga à consideração dos interesses e direitos co-presentes em certa situação. Muitas vezes o desempenho incorreto da função provém do insuficiente conhecimento ou consideração dos dados da questão. (...) Mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo realiza-se a aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a idéia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o poder público. O processo administrativo instrumentaliza as exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do século XX e a demanda de democracia na atuação administrativa.⁶

Em arremate, acrescento que, sob o ângulo processual, há receio de dano irreparável hábil a justificar o deferimento da medida liminar pretendida na peça exordial. É que a União tem demarcado terrenos de marinha sem garantir aos interessados o direito de se defender, o que viola o art. 5º da Constituição da República e especialmente seus incisos XXI e LV. Isso tem transformado propriedade antes considerada privada em propriedade pública, sem que, ao menos, o proprietário tenha a possibilidade de adequadamente se defender.

Dessa forma, pelas razões acima expostas, acompanho a divergência e voto no sentido de deferir a providência cautelar requerida na peça vestibular da presente ação direta de inconstitucionalidade.

6 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 180-181.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.264

PROCED.: PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

ADV.(A/S): ISMAR TEIXEIRA CABRAL

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, indeferindo a medida cautelar, e os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Presidente, Ministro Cezar Peluso, deferindo-a, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do ministro a ser empossado brevemente. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falou, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária de Contencioso, e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Plenário, 10.02.2011.

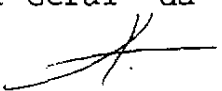
Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu a cautelar, contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Ayres Britto, com voto proferido em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 16.03.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello,



Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa,
Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto
Monteiro Gurgel Santos.


p/Luiz Tomimatsu
Secretário