



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RAFAEL VASCONCELOS OHL**

**A TITULARIDADE SOBRE AS ILHAS APÓS A EMENDA  
CONSTITUCIONAL n. 46/2005**

Salvador  
2018

**RAFAEL VASCONCELOS OHL**

**A TITULARIDADE SOBRE AS ILHAS APÓS A EMENDA  
CONSTITUCIONAL n. 46 DE 2005**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal da  
Bahia, como requisito parcial para a obtenção do  
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Tatiana Emilia Dias Gomes

Salvador  
2018

**RAFAEL VASCONCELOS OHL**

**A TITULARIDADE SOBRE AS ILHAS APÓS A EMENDA  
CONSTITUCIONAL n. 46 DE 2005**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 5 de fevereiro de 2018.

**BANCA EXAMINADORA**

Professora Orientadora: Tatiana Emilia Dias Gomes \_\_\_\_\_  
Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal  
Fluminense – UFF,  
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Pedro Teixeira Diamantino \_\_\_\_\_  
Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB,  
Universidade Estadual de Feira de Santana - UEFS

Homero Chiaraba Gouveia \_\_\_\_\_  
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA  
Universidade Federal da Bahia

## RESUMO

A titularidade das ilhas costeiras foi alterada, em parte, pela Emenda Constitucional n.º 46 de 2005. Antes dessa emenda, as ilhas costeiras, via de regra, pertenciam à União. Após, a regra mudou. Compreender o real alcance dessa norma implica em interpretá-la, sobretudo, o sentido que foi atribuído ao termo “sede de município”. Esse trabalho se dedica ao estudo da Proposta de Emenda à Constituição n.º 575-B de 1988, que culminou na aprovação da Emenda Constitucional n.º 46 de 2005. Esse trabalho aplica a técnica de interpretação proposta por Karl Larenz para entender o sentido proposto pela emenda. Como hipótese, propõe-se que o sentido atribuído ao termo sede de município deve ser compreendido em sua significação mais ampla, sobretudo considerando o caso dos municípios arquipélagos, a exemplo do Município de Cairu. Com relação aos objetivos específicos, analisamos qual sentido deve ser atribuído a essa expressão. O interesse por esse objeto de pesquisa, do ponto de vista pessoal, justifica-se pelo fato do pesquisador ser originário de uma ilha; do ponto de vista acadêmico, não há elaboração teórica suficiente sobre o assunto; e do ponto de vista social, justifica-se devido à ocorrência de diversas situações conflituosas relativas à titularidade das ilhas.

**Palavras-chave:** titularidade; ilhas costeiras; emenda constitucional n.º 46/2005; sede de município; União.

## ABSTRACT

The domain of the coastal islands was changed by Constitutional Amendment number 46 of 2005. Before the constitutional amendment, coastal islands, as a rule, belonged to the Union, after which the rule changed, becoming an exception. Understanding the real scope of this norm implies to interpret it correctly, especially the meaning that was attributed to the term "seat of municipality". This work aims to be the detailed study of the draft Proposed Amendment to Constitution n. 575-B of 1988, which culminated in the approval of Constitutional Amendment no. 46 of 2005, and applies the methodology of interpretation proposed by Karl Larenz, to know if the term seat of municipality was adopted in its strict sense, so that only the island that contains the city that concentrates the government and administration and bears the name of the municipality (strict concept) has been excluded from the Union domain, or whether the term has been used in its broadest sense covering districts, sub-districts, towns, villages and urban centers, excluding islands that contain a which is understood as the interpretation most aligned with the systematic, historical and teleological elements of the amendment. Considering the possibility that such an extended interpretation of the term "seat of municipality" could be beyond the literal meaning of the term, which would no longer constitute interpretation, the hypothesis of the development of the law by analogy is tested on the ground that teleology of the law must overestimate in literal sense. Finally, the paper tests of interpretative hypothesis constructed by the amendment to the rare case of the archipelago municipalities, choosing for a case study the Municipality of Cairu, which has all its territory covered in the Tinharé archipelago that houses the town of Morro de São Paulo, one of the most popular tourist destinations in Bahia and Brazil.

**Key words:** domain; islands; constitutional amendment; methodology; hermeneutic.

# Sumário

<b>1) INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>1.1 Objeto de pesquisa</b> .....	<b>1</b>
<b>1.2 Problema de pesquisa e hipótese</b> .....	<b>2</b>
<b>1.3 Objetivo geral e objetivos específicos</b> .....	<b>3</b>
<b>1.4 Justificativa</b> .....	<b>4</b>
<b>1.5 Referencial teórico</b> .....	<b>5</b>
<b>1.6 Metodologia</b> .....	<b>7</b>
<b>1.7 Descrição resumida dos capítulos da monografia</b> .....	<b>7</b>
<b>2) CAPÍTULO 1</b> .....	<b>9</b>
<b>2.1 MARCO TEÓRICO</b> .....	<b>9</b>
<b>2.1.1 O que é o direito?</b> .....	<b>9</b>
<b>2.1.2 Teoria hermenêutica. Metodologia de interpretação das leis</b> .....	<b>10</b>
<b>2.2 METODOLOGIA</b> .....	<b>14</b>
<b>3) CAPÍTULO 2</b> .....	<b>17</b>
<b>3.1.EVOLUÇÃO NORMATIVA DA DOMINIALIDADE DAS ILHAS COSTEIRAS</b> .....	<b>17</b>
<b>3.1.1 Evolução normativa da propriedade privada e dominialidade das terras no Brasil</b> ...	<b>17</b>
<b>3.1.2 Terras devolutas: conceito e dominialidade nas constituições republicanas</b> .....	<b>24</b>
<b>3.1.3. Evolução normativa titularidade das ilhas nas constituições</b> .....	<b>27</b>
<b>3.1.4 Tratamento normativo da dominialidade das ilhas costeiras na Constituição Federal de 1988</b> .....	<b>30</b>
<b>3.1.5 Conflitos surgidos com a transferência do domínio das ilhas costeiras para União pela Constituição Federal de 1988</b> .....	<b>31</b>
<b>4) CAPÍTULO 3</b> .....	<b>34</b>
<b>4.1. A EMENDA CONSTITUCIONAL N 46 DE 2005</b> .....	<b>34</b>
<b>4.1.1 Da proposta de emenda à constituição n. 575-B de 1988 à promulgação da Emenda Constitucional n 46 de 2005</b> .....	<b>34</b>
<b>4.1.2 Método de interpretação da Emenda Constitucional n. 46 de 2005</b> .....	<b>37</b>
<b>4.1.2.1 Intepretação literal do conceito “sede de município”</b> .....	<b>37</b>
<b>4.1.2.2 O contexto significativo da lei</b> .....	<b>42</b>
<b>4.1.2.3. Interpretação teleológica: intenção reguladora, fins e ideias normativas do legislador histórico</b> .....	<b>43</b>
<b>4.1.3 Método de integração de lacunas patentes por analogia da Emenda Constitucional n. 46 de 2005 e extensão teleologica</b> .....	<b>45</b>
<b>4.1.4 Discussão e conflitos entorno dos bens excluídos do domínio da união pela Emenda constitucional n 46 de 2005</b> .....	<b>46</b>
<b>5) CAPÍTULO 4</b> .....	<b>52</b>
<b>5.1. MUNICÍPIO ARQUIPÉLAGO DE CAIRU; ARQUIPELAGO DE TINHARE; POVOADO DE MORRO DE SÃO PAULO</b> .....	<b>52</b>
<b>5.1.1 histórico da ocupação da ilha de Tinharé e a origem do povoado de morro de são Paulo</b> .....	<b>52</b>
<b>5.1.2 O problema da titularidade da União sobre as ilhas do município arquipélago de Cairu/ba não solucionados pelo interpretação literal da Emenda Constitucional n. 46 de 2005</b> .....	<b>54</b>
<b>6) CONCLUSÃO</b> .....	<b>56</b>
<b>7) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>57</b>



# **1. INTRODUÇÃO**

## **1.1 Objeto de pesquisa**

Este trabalho de conclusão de curso tem como objeto de pesquisa a titularidade das ilhas costeiras após a Emenda Constitucional n.º 46 de 2005 que exclui do domínio da União as ilhas que contenham sede de município. Trata-se da interpretação da emenda e do estudo sobre a titularidade das ilhas dos municípios arquipélagos.

A emenda constitucional que trata sobre a redução do domínio da União nas ilhas que contenham sede de município foi elaborada considerando, principalmente, o problema da titularidade dos bens públicos das capitais de estados-membros que são ilhas costeiras e dos municípios localizados em ilhas costeiras, conforme se observa da leitura da exposição de motivos elaborado pelo relator da emenda, o Deputado Federal Eni Voltolini. Antes da emenda constitucional, esses municípios não possuíam titularidade sobre seu território, eles pertenciam à União. Assim, a ilha de Santa Catarina, ilha sede do município de Florianópolis e capital do Estado de Santa Catarina; a ilha de Vitória, ilha sede do município de Vitória e capital do Estado do Espírito Santo e a Ilha de Upaon-Açu, ilha sede do município de São Luís e capital Estado do Maranhão, bem como as demais ilhas que abrigam territórios de municípios, como ocorre, por exemplo, com a ilha de Itaparica no Estado da Bahia, que abarca os municípios de Itaparica e Vera Cruz, pertenciam à União. Essa titularidade das ilhas atribuída aos bens da União gerava problemas para os municípios existentes nessas ilhas e para seus habitantes, que serão apresentados em uma seção no capítulo 2.

A Emenda Constitucional n.º 46 de 2005 modificou expressamente a dominialidade sobre esses bens, excluindo as referidas ilhas do patrimônio da União, exceto nas áreas afetadas ao serviço público e à unidade ambiental federal. Porém, com base apenas na interpretação restrita do texto da emenda constitucional, boa parte dos bens público das ilhas dos municípios arquipélagos, caso de raríssima ocorrência no Brasil, permaneceram, aparentemente, sob o domínio da União. Assim, o município de Cairu, localizado no estado da Bahia, cujo território abarca todo o arquipélago de Tinharé, adquiriria apenas a titularidade da ilha de Cairu, ilha sede do município. As demais ilhas, dentre elas a ilha de Boipeba e a ilha de Tinharé, no qual estão situados, respectivamente, dentre outros, o povoado de Boipeba e de Morro de São Paulo, remanesceriam sob a titularidade da União. Com isso, os problemas que a emenda pretendeu dar solução permaneceriam.



## **1.2 Problema de pesquisa e hipótese**

O problema de pesquisa consiste na seguinte pergunta: qual o sentido atribuído ao termo sede de município pela Emenda Constitucional n.º 46/2005, especialmente no caso dos municípios arquipélagos?

O órgão responsável pela gestão do patrimônio da União, a Secretaria de Patrimônio da União (SPU), atribui uma interpretação literal restritiva do termo “sede de município” dado pela Emenda Constitucional n. 46 de 2005. Essa interpretação é no sentido de que apenas as ilhas que contenham a cidade ou núcleo urbano em que se concentra o poder político do município foram excluídas do domínio da União, o que, de plano, não coaduna com os demais elementos interpretativos que devem ser levados em consideração quando se aplica uma técnica de interpretação com o mínimo de rigor científico.

Essa interpretação levada a cabo pelos órgãos oficiais de governo inviabilizou que fossem solucionados os problemas decorrentes da propriedade da União sobre as ilhas costeiras que a emenda constitucional intencionou solucionar, o que facilmente se percebe da leitura da exposição dos motivos da lei, qual seja: fortalecer a autonomia municipal, erigido a ente federativo autônomo pela Constituição de 1988, conferindo-lhes o domínio sobre as ilhas costeiras abarcadas em seus territórios; e dar igualdade de tratamento aos habitantes das ilhas em relação aos habitantes do continente.

Esse trabalho parte da hipótese que uma interpretação literal abrangente levada a cabo sobre Emenda Constitucional n.º 46 de 2005 não permite restrição ao sentido literal do termo “sede de município”, para concluir que apenas as ilhas que contenham a cidade ou núcleo urbano que concentra o poder político e administrativo do município foram excluídas do domínio da União. Em sentido contrário, uma interpretação abrangente aplicada à norma constitucional impõe uma interpretação ampla do termo “sede de município”, para abarcar também dentre as ilhas excluídas do domínio da União, aquelas que contenham distritos, subdistritos, vilas, vilarejos e núcleos urbanos que servem de base, apoio e suporte ao governo e administração do município.

Ainda considerando a possibilidade de que tal interpretação extensiva do sentido atribuído à expressão “sede de município” extrapole o sentido literal possível do termo, o que deixaria de constituir interpretação, essa pesquisa formula a hipótese de que, por

desenvolvimento do direito por analogia, sob o fundamento de que a teleologia da lei deve prevalecer sob o seu sentido literal, as ilhas que contenham distritos, subdistritos, povoados, vilarejos ou núcleos urbanos que sirvam apoio, base e suporte ao governo e administração do município, também dever ser excluídos do domínio da União, ainda que se situem em ilha diversa de sede do município. Como hipótese alternativa, propõe-se, caso leve ao entendimento que houve extrapolação do sentido literal possível, ainda assim deve ser excluído do domínio da União as ilhas que contenham distritos, subdistritos, povoados e vilarejos que serviam de apoio, base à administração e governo do ente municipal sob o fundamento de que a teleologia da norma deve prevalecer sobre o sentido literal.

### **1.3 Objetivo geral e objetivos específicos**

O objetivo geral dessa pesquisa consiste em compreender e interpretar o tratamento jurídico dado pela Emenda Constitucional n. 46 de 2005 às ilhas dos municípios que não são sede desse ente federativo, no sentido restrito atribuído ao termo pelos órgãos oficiais, com abordagem tópica aos problemas dos municípios arquipélagos, não solucionados em decorrência da interpretação restrita atribuída ao termo “sede de município”.

Os objetivos específicos são: (a) traçar a trajetória normativa das terras devolutas para saber a partir de quando foi possível distinguir terras públicas de terras privadas; (b) delinear a trajetória normativa da titularidade das ilhas na perspectiva dos entes federativos; (c) analisar a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição n. 575-B de 1988, que culminou na aprovação da Emenda Constitucional n. 46 de 2005, examinar a exposição dos motivos da Emenda Constitucional n.º 46 de 2005; (d) apresentar os fundamentos jurídicos utilizados no Recurso Extraordinário n.636.199/ES que decidiu que os terrenos de marinha das ilhas sede de municípios não formam excluídos do domínio da União. Além disso, objetiva-se (f) aplicar a teoria de desenvolvimento do direito por analogia para fazer prevalecer a teleologia da Emenda Constitucional sob o sentido literal atribuído ao texto pelos órgãos oficiais; (f) aplicar topicamente a hipótese de interpretação da emenda proposta ao caso concreto do município arquipélago de Cairu/ba.

### **1.4 Justificativa**

A relevância pessoal desse trabalho consiste no fato de que o pesquisador habitou, da infância à adolescência, no município arquipélago de Cairu, precisamente no povoado de Morro

de São Paulo. Vindo da ilha de Tinharé para a Capital do Estado da Bahia para estudar Direito na Universidade Federal da Bahia, ao tomar conhecimento sobre o sentido jurídico de propriedade, ficou intrigado com o fato de que a maioria dos habitantes do arquipélago de Tinharé não são proprietários dos imóveis que possuem, inclusive ele próprio, pois esses imóveis, na sua maioria não possuem matrícula no cartório de registro de imóveis da região.

Intrigado com tal fato, passou a investigar a possibilidade de matricular seu imóvel no cartório de registro de imóveis da região, lavrar escritura pública de compra e venda e averbá-la na matrícula do imóvel; bem como investigou a possibilidade de fazer o mesmo com os demais imóveis dos habitantes do seu povoado de origem.

Para isso, contatou um advogado da região que asseverou ser impossível lavrar escritura pública de compra e venda de seu imóvel e menos ainda matricular seu imóvel no cartório de registro de imóveis da região, aduzindo ainda que o único título possível para tal imóvel era lavrar escritura pública de cessão de posse.

Inconformado com tais informações prestadas por esse advogado, o pesquisador passou a estudar a teoria da propriedade particular no Brasil e o regime jurídico da dominialidade das ilhas costeiras. Esse estudo foi gerando uma série de inquietações ao pesquisador, sendo a maior de todas a constatação de que, a maioria dos moradores do arquipélago de Tinharé, *a priori*, possivelmente são ocupantes irregulares de bens imóveis da União ou do Estado da Bahia e que, portanto, poderiam ser sumariamente desocupados de suas moradias sem direito à indenização pela terra nua.

Sendo assim, o pesquisador julgou de extrema relevância pessoal compreender o regime jurídico da propriedade dos bens imóveis da sua ilha de origem e investigar as possibilidades de regularizar a situação de injusta insegurança a que estão submetidos os moradores do Povoado do Morro de São Paulo e os demais habitantes do arquipélago de Tinharé como um todo.

Da leitura de justificativa da relevância pessoal desse pesquisa fica também evidente a relevância social em se compreender o regime jurídico da propriedade das ilhas costeiras, pelo simples fato de que são milhares os habitantes dessas ilhas se encontram na mesma situação e estão submetidos à injusta insegurança jurídica diante da possibilidade.

Da perspectiva da Ciência do Direito, pouco se escreveu sobre o alcance normativo da Emenda Constitucional n.º 46/2005. As interpretações realizadas pelos poucos interpretes do Direito evidenciam a inconsistência científica com que o tema é tratado, que ora opta pelo método literal, ora, pelo método histórico, portanto, é de extrema relevância científica compreender o real alcance da citada emenda constitucional, para com isso contribuir com a teoria da propriedade privada aplicada às ilhas costeiras.

Além disso, relevantíssimo para a Ciência do Direito é o exercício de pôr em prática uma interpretação que abarque todos os elementos interpretativos, sem que se faça, como comumente ocorre, uma escolha arbitrária de qual elemento interpretativo melhor convém ao operador, ignorando os demais. Sem dúvidas de que o texto deve ser levado a sério, contudo o texto de lei não se confunde com a norma que dele se extrai. Uma interpretação adequada deve considerar todos os elementos interpretativos sob pena de descaracterizar o Direito enquanto ciência, transformando-o em mero voluntarismo.

### **1.5 Referencial teórico**

O referencial teórico será detidamente abordado em um capítulo específico. Inicialmente, esse trabalho parte da perspectiva de que o Direito é ciência voltada para o saber prático, com o escopo de decidir conflitos jurídicos. Essa ciência opera através de três modelos: o modelo analítico, o modelo hermenêutico e o modelo empírico, que operam de forma conjunta, cada um deles influenciando um aos outros<sup>1</sup>.

Consciente de que o significado de um texto abarca mais de uma interpretação possível e varia de acordo com certas circunstâncias, como o contexto do discurso em que está inserido, a colocação da frase e a entonação de uma palavra. Fato esse ao qual não escapam os textos jurídicos que, muito embora, possuam conceitos e termos com significados fixos em alguma medida, não escapam à interpretação e variam segundo as circunstâncias. Basta lembrar que muitos conceitos jurídicos não estão definidos em lei, e mesmo quando estão, na maioria das vezes, são definições incompletas ou equívocas. Com frequência, uma mesma expressão é

---

<sup>1</sup>FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica decisão, dominação. 2 ed. São Paulo, editora Atlas, 1994

<sup>1</sup>FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A ciência do direito. 2 ed. São Paulo, editora Atlas, 2012.

usada em diferentes sentidos por várias leis, ou até mesmo em uma mesma lei um mesmo termo pode ter significados diversos. Diante desse fato, interpretar consiste no desentranhamento, difusão e exposição do sentido de um determinado texto que, de certo modo, está oculto.

A função do intérprete, nesse sentido, é fazer falar o texto, sem criar ou esconder o que ele revela. Contudo, a realidade revela que toda atividade interpretativa é também uma atividade criativa, e que todo intérprete carrega, inexoravelmente, uma pré-compreensão do sentido daquilo que interpreta, sendo impossível desvencilhar-se dela por completo. Muito embora se intencione unicamente revelar o sentido verdadeiro quando se interpreta um texto jurídico, essa interpretação é também uma criação do intérprete. Ainda assim, esse trabalho rechaça a afirmativa de que interpretar é uma arte e de que não pode ser erigida em bases científicas. Interpretar não pode ser uma arte quando se considera que o Direito é uma ciência.

A atividade do intérprete apenas se assemelha à atividade do artista, na medida em que, a interpretação jurídica e das ciências do espírito, de um modo geral, não se reduz a um pensamento linear que avança em uma só direção, ao contrário, se desenvolve através de um esclarecimento recíproco que requer permanentemente a mobilização das forças criadoras do espírito.

Desse modo, a interpretação que pretende ser jurídica pode ser verificável, submetida a um juízo de correção de rigor científico, desde que essa atividade seja conduzida metodologicamente, possibilitando aferir, em grande medida, a correção do enunciado produto da interpretação. O marco teórico reside na assertiva de que uma técnica adequada da interpretação permite, em larga medida, submeter o enunciado, produto da interpretação, a uma verificação, a um juízo de correção científico.

Esse trabalho, assentado em tais premissas, segue a metodologia de interpretação das leis desenvolvida por Karl Larenz, na obra *Metodologia da Ciência do Direito*<sup>2</sup>, que será explicada detidamente no capítulo 1. Além desse referencial teórico, para melhor compreender o objeto de estudo, qual seja a titularidade das ilhas costeiras, notadamente, o sentido atribuído ao termo “sede de município”, a pesquisa, ao longo de seus capítulos, tratou de debater a tese da origem pública da propriedade privada no Brasil, com enfoque na tese sobre a evolução do

---

<sup>2</sup>LARENZ, Karl: *Metodologia da Ciência do Direito*. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014

conceito de terras devolutas e os critérios para distinguir a propriedade pública da propriedade privada imóvel; a evolução normativa sobre a dominialidade das ilhas marítimas, e por último, tratou de fazer uma abordagem tópico-problemática da interpretação da Emenda Constitucional n. 46 de 2005 ao caso concreto do município arquipélago de Cairu/ba.

## **1.6 Metodologia**

A metodologia adotada para esse trabalho é do tipo hipotético-dedutivo, o que não quer dizer que esse trabalho não se volte à decidibilidade de conflitos reais. Será realizado uma abordagem tópico-problemática da aplicação da emenda constitucional n. 46 de 2005 ao caso do município arquipélago de Cairu/ Ba.

## **1.7 Descrição resumida dos capítulos da monografia**

O primeiro capítulo trata de firmar o entendimento adotado sobre o direito enquanto saber científico, posto que é de fundamental importância deixar claro que o pesquisador entende acerca da pergunta fundamental sobre o que o Direito é, tendo em vista que uma das primeiras perguntas que se faz ao ingresso em um curso de Direito é exatamente essa. Justa a expectativa de que, ao final do curso, aquele que redige uma monografia de conclusão de curso, possa se posicionar minimamente sobre o que pensa acerca dessa pergunta fundamental. Ainda nesse capítulo, tratou-se de apresentar as premissas metodológicas e a metodologia da interpretação jurídica que será desenvolvida em torno da Emenda Constitucional n.º 46 de 2005.

O segundo capítulo foi dedicado a tratar da origem da propriedade privada no Brasil e a da distinção entre propriedade pública e propriedade privada, bem como tratou da trajetória normativa da titularidade das ilhas entre os entes federativos. Elenca os principais problemas enfrentados pelos habitantes das ilhas e os municípios em decorrência do domínio da União sobre elas.

O terceiro capítulo versa sobre a Emenda Constitucional n.º 46 de 2005, desde os aspectos de sua produção, i. e., da Proposta de emenda à Constituição n.º 575-B de 1988 à sua promulgação; à sua interpretação orientada à luz de todos os elementos interpretativos que devem ser levados conjuntamente pelo intérprete; abordou aspectos controversos acerca da interpretação da emenda no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 636.199/ ES; e aplicou a teoria de desenvolvimento do direito por analogia à tese de que o sentido literal restrito atribuído ao termo “sede de município” não deve prevalecer à teleologia da norma.

O quarto e último capítulo testou as hipóteses de interpretação da Emenda Constitucional ao caso concreto do município arquipélago de Cairu, fazendo uma retrospectiva do uso e ocupação do solo dessa localidade e os problemas enfrentados em decorrência da titularidade da União sobre suas ilhas.

## **2) CAPÍTULO 1**

### **2.1 MARCO TEÓRICO**

#### **2.1.1 O que é o direito?**

A abordagem realizada nessa trabalho parte da perspectiva defendida por Tercio Sampaio Ferraz Jr<sup>3</sup> de que Direito é uma ciência voltada para o saber prático, cuja finalidade não se reduz apenas à especulação teórica e, sim, à decidibilidade dos conflitos jurídicos. De acordo com esse referencial teórico, a ciência do direito opera através de três modelos: o modelo analítico (teoria da norma jurídica), o modelo hermenêutico (teoria da interpretação jurídica) e o modelo empírico (teoria da decisão jurídica). Esses modelos operam de forma conjunta, cada um deles influenciando uns aos outros e são aplicáveis de forma sequenciada: primeiro o modelo analítico, depois o modelo hermenêutico e por fim o modelo empírico. A aplicação desses três modelos torna o conflitos jurídicos passíveis de decisão de rigor científico. Em síntese, o Direito é um saber prático, a um só tempo normativo e argumentativo.

O modelo analítico busca delimitar as possibilidades de decisão para um conflito. No modelo analítico, a relação entre um conflito hipotético e as decisões é uma relação de adequação. A finalidade desse modelo é enumerar qual são as decisões possíveis para um problema hipotético.

O modelo hermenêutico procura a decisão mais adequada do ponto de vista do sentido da norma e o objeto disciplinado normado. Esse modelo tem a finalidade de selecionar qual será a norma mais ajustada para regulamentar a relação entre uma norma e o conflito a ser decidido através do uso de técnicas dogmáticas de interpretação. Esse modelo tem o escopo de controlar o ato de interpretação da autoridade.

O modelo empírico tem a tarefa de tornar a decisão jurídica que foi tomada resistente de possíveis refutações de modo a visar conferir correção à decisão jurídica tomada. Trata-se de uma teoria da argumentação jurídica.

---

<sup>3</sup>FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica decisão, dominação. 2 ed. São Paulo, editora Atlas, 1994.

<sup>3</sup>FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A ciência do direito. 2 ed. São Paulo, editora Atlas, 2012.



A partir desse entendimento sobre o que é o Direito, essa pesquisa debaterá ao longo de seus capítulos as teses sobre a origem pública da propriedade privada no Brasil, com enfoque nas teses sobre a evolução do conceito de terras devolutas e os critérios para distingui-las da propriedade privada imóvel e dos demais bens públicos; a evolução normativa sobre a dominialidade das ilhas marítimas entre os entes federativos e a teoria hermenêutica desenvolvida Karl Larenz.

## **2. 1.2 Teoria hermenêutica. Metodologia de interpretação das leis**

A metodologia da interpretação das leis de rigor científico exige que os elementos clássicos de interpretação da lei propostos por Savigny, a saber o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático não podem ser interpretados isoladamente, à livre vontade do intérprete, mas devem atuar sempre conjuntamente, sendo frequente a necessidade de ponderação entre esses elementos e imperativa necessidade de expô-los um a um.<sup>4</sup>

O antagonismo sobre o escopo da lei entre a “vontade do legislador” e o “sentido normativo da lei”, que gerou, e ainda gera, muita discussão entre os teóricos do Direito, pode ser superado com o posicionamento conciliador de Larenz, para o qual em cada uma dessas teorias existe uma certa razão, de modo que o intérprete que pretender compreender plenamente uma lei deve estar atento a ambos os escopos.

Segundo o autor, a razão das teorias subjetivas que têm o escopo de conhecer a “vontade do legislador” consiste no fato de que “a lei é feita por homens e para homens, é expressão de uma vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade”, portanto legítima a interpretação da intenção reguladora da lei por meio das valorações do legislador histórico durante seu processo de elaboração dessa lei. Contudo, pondera o autor que isso não é tudo, pelo que assiste razão também às teorias objetivas que têm o escopo de conhecer “o sentido normativo da lei” na medida em que “a lei interveem em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio”. Sobre o tema, LARENZ conclui que

---

<sup>4</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 450

O escopo da interpretação só pode ser, nesses termos, o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer do sentido normativo da lei. Mas o sentido normativo da lei que há de ser considerado juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo à intenção de regulação e as ideias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo nenhum, independente delas.

Deve-se deixar bem claro que os diferentes elementos de interpretação não estão à disposição da vontade do intérprete, sendo-lhe vedado escolher o que melhor lhe aprouver, ignorando os demais elementos. A propósito dos elementos da interpretação de Savigny, consigne-se que a metodologia de interpretação das leis de Karl Larenz vai além dos quatro elementos clássicos. São eles assim denominados pelo autor: sentido literal da lei, contexto significativo da lei, intenção reguladora, fins e ideias normativas do legislador histórico (teleologia no sentido de vontade do legislador), critério teleológico objetivo (sentido normativo da lei).

Comumente se fala em interpretação estrita e ampla, sem contudo deixar claro o que se quer dizer com esses termos. English identificou quatro significados diferentes para esses termos.<sup>5</sup> Certo é que, dentro do significado literal possível de um termo, denomina-se estrito aquele que restringe o âmbito de aplicação da norma. A interpretação estrita de termos que são usados na linguagem corrente é aquela que se identifica com o âmbito nuclear do termo, é aquela “que é intencionado em primeiro lugar ao usar esse termo,”<sup>6</sup> por sua vez, a interpretação extensiva é “aquele significado, que, em maior ou menor extensão, compreende também fenômenos da franja [moldura] marginal, que no uso linguístico geral só algumas vezes se tem também em conta. O transcender da franja marginal, concebida de modo tão amplo quanto possível, já não seria interpretação<sup>7</sup>” A interpretação que deve prevalecer é aquela melhor alinhada à teleologia da norma.

---

<sup>5</sup>Einfuh in das juristische denken, *apud* LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 500

<sup>6</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 501

<sup>7</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 501 <sup>7</sup>Einfuh in das juristische denken, *apud* LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 500

<sup>7</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 501

Questiona-se a possibilidade de emprego da metodologia de interpretação da leis à Constituição. A respeito do tema, Bonavides esclarece que “não vamos tão longe aqui ao ponto de postular uma técnica interpretativa especial para as leis constitucionais, nem preconizar meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do direito, cuja unidade básica não podemos ignorar nem perder de vista[...]”<sup>8</sup>. Segundo Larenz,

[...] não vejo fundamento bastante para não se aplicarem, pelo menos em princípio, os princípios interpretativos gerais também à interpretação da Constituição, pois que a Constituição é, enquanto lei - tal como todas as outras (redigidas na maior parte em linguagem corrente) - uma obra de linguagem, que, como tal, carece de interpretação, tal como as proposições nela contidas têm o caráter de normas; o seu efeito vinculativo não é certamente menor, mas mais vigoroso do que as demais leis.<sup>9</sup>

Ainda, além do clássico método de interpretação jurídica, buscou-se apoio no método concretista de inspiração tópica desenvolvido por Friedrich Muller, próprio à interpretação constitucional. Segundo o autor, o centro da interpretação constitucional refere-se a uma estrutura de normatividade, a norma não se identifica com o texto da norma, sendo ele “apenas a ponta do *iceberg*, No seio da montanha de gelo, na parte mais baixa, recôndita, profunda, porém invisível, é que se deve procurar a essência da normalidade, feita dos fatos e relações de natureza estatal e social”<sup>10</sup>. Em outras palavras, não é o texto da norma que regula o caso concreto, e sim o corpo legislativo, o órgão de governo, o administrador, o juiz, o aparelho judiciário, pela busca enunciação e fundamentação, isto é, “não é possível isolar a norma da ‘realidade’, antes é a realidade em seus respectivos dados afetada pela disposição da norma o elemento material construtivo da própria norma.”<sup>11</sup>

O “domínio da norma”, expressão cunhada por Muller, tem na realidade normada sua estrutura fundamental, não constituindo ela uma “forma vertida autoritariamente na realidade, mas uma consequência ordenadora e disciplinadora a partir da estrutura material do próprio

---

<sup>7</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 501

<sup>8</sup>BONAVIDES, Paulo: Curso de Direito Constitucional Editora Malheiros 28 ed. São Paulo 2013 p 476

<sup>9</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p.513 a 514

<sup>10</sup>BONAVIDES, Paulo: Curso de Direito Constitucional Editora Malheiros 28 ed. São Paulo 2013 p 520

<sup>11</sup>BONAVIDES, Paulo: Curso de Direito Constitucional Editora Malheiros 28 ed. São Paulo 2013 p 521

setor social regulado.” Como consequência disso, “as estruturas materiais previamente dadas do domínio da norma [...] são critérios teleológicos-objetivos, pois que sua atendibilidade em ordem à interpretação resulta de que a lei em causa – o que em caso de dúvida deve ser admitido – intenta uma regulação *materialmente adequada*.” Na hipótese do legislador não ter dado conta de todas as particularidades do objeto regulado, não sendo possível, pois, de se dar resposta isenta de dúvidas, com base apenas na interpretação da vontade do legislador, para se saber se uma interpretação está materialmente adequada, só é possível “[...]se se tomar em consideração na sua especificidade e na sua estrutura especial a coisa de cuja regulação se trata na norma a interpretar”. Segundo Larenz,

Dentre os critérios de interpretação teleológicos- objetivos, que decorrem dos fins objetivos do direito, mais rigorosamente: da ideia de justiça, cabe uma importância decisiva ao princípio de igualdade de tratamento do que é (segundo as valorações gerais do ordenamento jurídico) igual (ou do que é idêntico). A diferente valoração de previsões valorativamente análogas aparece como uma contradição de valoração, que não é compaginável com a ideia de justiça, no sentido de igual medida, evitar tais contradições de valoração é, portanto, uma exigência tanto para o legislador como para o interprete.<sup>12</sup>

## 2.2 METODOLOGIA

Inicialmente foi feita uma revisão de literatura acerca das teses da origem da propriedade privada imóvel no Brasil. O marco a partir do qual se tornou possível distinguir os bens públicos dos bens privados. Nesse ponto, foi importante compreender o conceito de terras devolutas. A partir da noção do conceito de terras devolutas e da distinção da propriedade privada da propriedade pública se fez um estudo da trajetória normativa da dominialidade das terras devolutas entre os entes públicos. A partir dessa trajetória procurou-se traçar a titularidade das terras devolutas das ilhas nas Constituições republicanas, perquirindo se havia alguma diferença entre a titularidade das terras devolutas das ilhas em relação à titularidade das demais ilhas.

Em paralelo ao estudo da dominialidade das terras devolutas das ilhas, fez-se um estudo acerca da dominialidade das ilhas nas Constituições republicanas passadas até a Constituição Federal de 1988. A partir do tratamento diferenciado que foi dado ao domínio das ilhas costeiras por essa Constituição, pesquisou-se os principais problemas e conflitos criados por esse regime que diferencia os habitantes dessas ilhas e os municípios localizados nelas.

---

<sup>12</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 463 a 472

A partir daí, pesquisou-se o processo legislativo da Emenda Constitucional n.º 46 de 2005, através da leitura da exposição dos motivos e dos votos dos relatores em ambas as casas legislativas, compreendendo melhor a teleologia da norma.

Após, buscou-se interpretar metodologicamente a emenda. Para isso, seguiu-se a técnica de interpretação das leis de Karl Larenz que se desenvolve do seguinte modo: (i) os elementos interpretativos não são apenas gramatical, lógico histórico e sistemático como enunciava Savigny, os elementos vão além desses, sendo eles, sentido literal da lei, contexto significativo da lei, intenção reguladora, fins e ideias normativas do legislador histórico (teleologia no sentido de vontade do legislador) critério teleológico objetivo (sentido normativo da lei); (ii) esses elementos devem ser interpretados conjuntamente; (iii) a sentido literal é o ponto de partida e, ao mesmo tempo determina o limite da interpretação, aquilo que está para além do sentido literal possível já não é mais interpretação. A interpretação literal pode ser restrita ou ampla, é a teleologia da lei que determina qual sentido deve ser atribuído aos termos nela contidos, se restrito ou amplo; (iv) o contexto significativo da lei é imprescindível para compreender o significado específico de termo, ele determina o uso linguístico de um termo. Contudo não se deve dar demasiado valor a esse elemento, pois nem sempre a lei se atém à sistemática externa e ao sistema conceitual; (v) toda vez que o sentido literal e o contexto significativo da lei permitirem diferentes interpretações, deve-se dar prevalência àquela mais adequada à intenção reguladora do legislador e ao escopo da norma; (vi) intenção reguladora e os fins do legislador podem ser descobertos com base na situação histórica, no motivo da regulação, nas declarações de intenção do legislador, na exposição oficial de motivos e a partir do próprio conteúdo da regulação; (vii) na hipótese dos critérios até aqui mencionados não derem conta de se chegar a uma interpretação do problema posto, o intérprete deve recorrer aos critérios teleológicos objetivos, assim entendidos como estruturas materiais no âmbito da norma e princípios jurídicos imanentes ao ordenamento jurídico, tal como o postulado de justiça no sentido de que onde houver identidade de razões, deve haver identidade de Direito. Em outras palavras, fatos idênticos devem ter o mesmo tratamento, evitando, pois, uma contradição de valoração dentro do ordenamento jurídico.

## **3. CAPÍTULO 2**

### **3.1.EVOLUÇÃO NORMATIVA DA DOMINIALIDADE DAS ILHAS COSTEIRAS**

#### **3. 1.1 Evolução normativa da propriedade privada e dominialidade das terras no Brasil**

O primeiro diploma normativo sobre a dominialidade das terras no Brasil foi o Tratado das Tordesilhas, firmado em 7 de junho de 1494 e ratificado em 1506, que continha a Capitulação da Partição do Mar Oceano.

Após, Martim Afonso de Souza, na expedição de 3 de dezembro de 1530 trouxe consigo três cartas régias, dentre elas, a que autorizava tomar posse das terras e colonizá-las e a que lhe permitia conceder sesmarias das terras que achassem e se pudessem aproveitar.<sup>13</sup> Assim, com a colonização do Brasil, a Coroa Portuguesa iniciou a concessão das terras brasileiras para particulares por meio do sistema das capitânicas hereditárias e das sesmarias.

Observa Lima<sup>14</sup> que o regime das sesmarias no Brasil iniciou antes mesmo da criação das capitânicas hereditárias, segundo ele, o primeiro diploma das sesmarias brasileiras foi a carta patente conferida a Martin Afonso de Souza em 20 de novembro de 1530.

Segundo Porto,<sup>15</sup> o regime das capitânicas hereditárias não obteve o êxito esperado e vigorou por pouco tempo. Segundo Justem Filho, durante a vigência do sistema das capitânicas hereditárias, “muitas capitânicas jamais foram ocupadas, em outros casos, houve a farta distribuição de terras para os integrantes dos grupos ligados aos senhores de terras, por meio de sesmarias e outros atos similares”<sup>16</sup>.

Em 17 de dezembro 1548, D. João II extinguiu o regime das capitânicas hereditárias e criou o Governo-Geral com a nomeação de Tomé de Souza. Com a extinção desse regime, as terras que não foram atribuídas formalmente a terceiros e as terras concedidas em sesmaria que

---

<sup>13</sup>LIMA, Ruy Cirne: pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas 5 ed. Goiânia: Editora UFG 2002

<sup>14</sup>LIMA, Ruy Cirne. Terras Devolutas. Editora Globo, Porto Alegre, 1935

<sup>15</sup>PORTO, Costa. O Sistema Sesmarial no Brasil. ed. Universidade de Brasília, Distrito Federal

<sup>16</sup>JUSTEN FILHO, Marçal: Curso de direito administrativo. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 1162

estavam abandonadas ou não foram ocupadas foram revertidas à Coroa. Sendo esse o primeiro conceito de terras devolutas, isto é, de sesmarias devolvidas em razão de comisso.

O Governo Geral de Tomé de Souza deu início àquilo que Lima denominou “[...] os germes da transformação, que lentamente viria a operar-se na legislação das sesmarias, sob a influência do meio colonial.”<sup>17</sup>

Isso foi o regime de sesmarias implantando no Brasil para o uso e ocupação de seu solo, trazido de Portugal. Foi gradualmente se modificando e assumindo feições próprias à realidade do Brasil Colônia. O regime das sesmarias em Portugal tinha natureza de restrição administrativa no domínio privado, enquanto que o regime implantado no Brasil foi assumindo traços mais característicos de concessão administrativa. Em outras palavras, as Cartas de doação das sesmarias não transferiam a propriedade das terras aos seus donatários, eles, eram apenas concessionários das terras doadas. Essa inferência é realizada por Lima, segundo o qual, a partir de 1695 foi determinado que as sesmarias pagassem foro pela concessão da terra. A partir desse imposição as sesmarias brasileiras assumem feição de concessão administrativa sob o domínio público, posto que com encargo de cultivo e pagamento do foro.

Com isso, percebe-se que não há que se falar ainda em propriedade privada imóvel sobre as terras brasileiras, o que só viria se formar tempos depois. Nesse período, os particulares possuíam apenas o equivalente ao domínio útil sobre a terra.

O regime das sesmarias foi extinto em 17 de Julho de 1822 pela Resolução n.º 17 que suspendeu a sua concessão no Brasil até que fosse convocada a Assembleia Geral Constituinte. Pra que se tenha uma ideia da configuração fundiária do Brasil durante pouco mais de três séculos de colonização, transcreve-se trecho das memórias de Gonçalves Chaves publicadas ao tempo da independência.

Nossa população é quase nada, em comparação da imensidade de terreno que ocupamos há três séculos. As terras estão quase todas repartidas e poucas há distribuir que não estejam sujeitas a invasão dos índios. Os abarcadores possuem até 20 lagoas de terreno, e raras vezes consentem a alguma família estabelecer-se em alguma parte de suas terras, e mesmo quando consentem, e sempre temporariamente e nunca por ajuste que deixe ficar a família por alguns anos. Há muitas famílias pobres, vagando de lugar em lugar, segundo o favor e capricho dos proprietário da terra [leia-se detentores do domínio útil, não há que se falar em propriedade privada imóvel no

---

<sup>17</sup>LIMA, Ruy Cirne: pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas 5 ed. Goiânia: Editora UFG 2002

sentido técnico nessa época], e sempre faltas de meios de obter algum terreno em que fação um estabelecimento permanente. Nossa agricultura está em o maior atraso, e desalento a que ela pode reduzir-se entre qualquer povo agrícola, ainda ao menos avançado em civilização.<sup>18</sup>

Em paralelo ao regime das sesmarias, havia o costume corrente entre nossos colonizadores de apoderar-se de terras devolutas – no sentido de sesmarias abandonadas – que segundo Lima, passou com o tempo “[...] vir a ser considerada como modo legítimo de aquisição do domínio, paralelamente, a princípio, e após, em substituição ao nosso tão desvirtuado regime das sesmarias”, via o instituto jurídico da legitimação de posse. Ainda observa o autor que esse movimento de ocupação que tomava lugar das concessões públicas em razão da extinção do regime das sesmarias, “[...] era, igualmente, o triunfo do colono humilde, do rústico desamparado, sobre o senhor de engenhos ou fazendas, o latifundiário sob o favor da metrópole”.<sup>19</sup>

Nesse ponto, cumpre trazer a observação de Baldez e Torres, no sentido de que, em função do modelo de produção escravocrata vigente na época, a aquisição do domínio pela ocupação favoreceu mais aos grandes senhores de escravos do que o colono humilde, tendo em vista que a ocupação era livre, mas livre para aqueles que tivessem escravos suficientes para cultivá-las.

Ainda sobre a questão, os autores obtemperam que, devido ao fato de que não era sobre a terra que se formava o monopólio à produção, não foi necessário se tomar maiores cautelas jurídicas que vedassem o acesso à terra às classes oprimidas. “[...] O sistema dominante não sentiu necessidade de construir, através de normas e medidas legais, um monopólio de classe sobre a terra pois o próprio trabalho escravagista excluía o trabalhador, simples mercadoria, da terra.”<sup>20</sup>

A posse que viria a ser considerada como modo legítimo de aquisição da propriedade, segundo Lima, não era a mesma posse de raiz romana a qual não se exigia a cultura da terra.

---

<sup>18</sup>Memórias economopolíticas sobre a Administração Pública do Brasil, compostas no Rio Grande de S. Pedro do Sul e oferecidas aos Deputados do mesmo Brasil, por um português, residente no Brasil, a 16 anos; que professa viver só do seu trabalho, e deseja o bem da Nação, ainda com preferência ao seu próprio, Rio de Janeiro, 1822, quarta memória, cap. VII apud LIMA, Ruy Cirne : pequena história territorial do Brasil : sesmarias e terras devolutas 5 ed. Goiânia : Editora UFG 2002 texto adaptado a língua portuguesa moderna

<sup>19</sup>LIMA, Ruy Cirne: pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas 5 ed. Goiânia: Editora UFG 2002 p. 51 a 53

<sup>20</sup>BALDEZ Miguel Lazelloti; TORRES Paulo Rosa. Questão Agrária: *distribuição e concentração fundiária aspectos históricos e atuais*



“No nosso caso, entretanto, preciso é que a ocupação ou posse acompanhe da cultura do terreno.”<sup>21</sup>

Investigando sobre a possibilidade da posse com cultura efetiva como modo de aquisição do domínio, Lima, constatando inexistir lei expressa que confira tal direito ao posseiro, aduz que tal direito só poderia ter se estabelecido consuetudinariamente. Para fundamentar essa tese, o autor busca base legal na Lei da Boa Razão de 18 de agosto de 1769 a qual consigna o costume como umas das fontes do direito e elenca os requisitos necessários para que ele se constituía.

Após a análise dos requisitos necessários, o autor conclui que “é pois, incontestável que a despeito de faltar-lhe o requisito, aliás dispensável, segundo os juristas do tempo, de não ser contrário às leis do reino, a aquisição de terras devolutas pela posse com cultura efetiva se tornou verdadeiro costume jurídico, com foros de cidade no nosso direito positivo.”

Com relação à determinação legal da Provisão de 14 de março de 1822, de que as posses com cultura efetiva prevalecerão às sesmarias posteriormente concedidas, o autor indaga “que situação jurídica, porém, é a desse possuidor ou posseiro, para ser mantido nas suas terras, contra o legítimo concessionário, senão a de dono”. Não parece ser outra a conclusão de que o direito de propriedade imóvel de particulares nasce com o costume jurídico de que a posse com cultura efetiva era modo de aquisição da propriedade a partir da Lei de Terras. Sendo esse o marco temporal da gênese desse direito no Brasil, ainda que não plenamente desenvolvido, mas, por certo, seu embrião.

Assim, conclui Lima,

Entre nós, o instituto jurídico do colono, premido pelas contingências econômicas criadas com as concessões de latifúndios, decididamente, afastou a ficção da propriedade estatal, que se atravessava ente ele e a terra, e pela posse e pelo cultivo, desde logo, se investiu nessa mesma propriedade que, a homens de sua condição, sabia estar, de antemão destinada. Dessa convicção jurídica, o tempo e o uso fizeram lei, criando o costume.<sup>22</sup>

Contudo, conforme, já a ventado por Baldez e Torres, a posse como modo de aquisição da propriedade não beneficiou apenas o camponês humilde, ao contrário, beneficiou mais ainda o grande latifundiário, sobretudo após a extinção das sesmarias em 1822, quando se verificou

---

<sup>21</sup>LIMA, Ruy Cirne: pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas 5 ed. Goiânia: Editora UFG 2002 p. 52

<sup>22</sup>LIMA, Ruy Cirne: pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas 5 ed. Goiânia: Editora UFG 2002 p. 57 a 58

que as posses abrangiam fazendas inteiras, léguas a fio. Esse modo de aquisição de propriedade serviu de veículo à formação de latifúndios com a extinção da concessão de sesmarias.<sup>23</sup>

Em 18 de Setembro de 1850 foi editada a Lei n.º 601, conhecida como Lei de Terras, que reconheceu através da legitimação da posse, o já consolidado costume jurídico da posse como modo de aquisição da propriedade. Contudo, essa mesma lei, ao tempo que reconheceu a aquisição da propriedade pela posse com cultura efetiva, voltada para as situações ocorridas no passado, a um só tempo, agora voltada para o futuro, termina com o regime jurídico das posses no Brasil ao prescrever no art. 1 e 14 a compra como o único modo de aquisição de terras devolutas - conforme se verá a adiante, a Lei de 1850 modifica o conceito de terras devolutas, antes restrito às sesmarias devolvidas.

Um das virtudes da Lei de Terras de 1850 foi fornecer critérios para se distinguir as terras do domínio do Estado das terras sob domínio dos particulares, que no seu art. 3 inaugurou o conceito legal de terras devolutas e as incorporou ao domínio nacional.

Art. caput: são terras devolutas: 1º as que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional provincial ou municipal; 2º as que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; 3º as que não se acharem dadas por sesmarias, ou por outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por essa lei; 4º as que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, foram legitimadas por esta lei.

Fato é que essa lei não surtiu os efeitos desejados, embora ela tenha fornecido os critérios para distinguir as terras sob o domínio público das terras sob o domínio privado, conforme assinala Amaro Cavalcanti “ [...] nunca houve na Repartição Geral sequer um mapa ou inventário completo, do qual constassem todos os lotes já demarcados, com a indicação de seu destino, isto é, se tinham sido vendidos, dados gratuitamente, concedidos a empresas, ou reservados a algum mister do público serviço”.<sup>24</sup>

No que tange à propriedade privada de bens imóveis, em 1890 instituiu-se o Registro Torrens, que submeteu ao registro o aperfeiçoamento da translação da propriedade de terra

---

<sup>23</sup>LIMA, Ruy Cirne: pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas 5 ed. Goiânia: Editora UFG 2002 p. 58

<sup>24</sup>CAVALCANTI, Amaro. Elementos de Finanças, Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1899 apud LIMA, Ruy Cirne: pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas 5 ed. Goiânia: Editora UFG 2002 p. 75

devolutas adquiridas por particulares, caso eles quisessem. Contudo, adverte Lima que o dispositivo só possuía eficácia em relação às terras devolutas da União, tendo em vista que o art. 64 da Constituição de 1891 transferiu a titularidade da maioria das terras devolutas para os estados. Segundo o autor,

Em tema de alienação de terras devolutas, depois da vigência da primeira constituição republicana, não se regiam portanto, os estados pelas leis da União, senão, ao contrário, pelas leis que livremente adotassem, salva as restrições constitucionais. Se assim for, no entanto, como se concebe quer a Lei de Torrens decretasse sumariamente a nulidade de um ato, que não.<sup>25</sup>

No que concerne à compra e venda de terras devolutas a que se referia a Lei de Terras de 1850, indagou-se acerca de sua natureza jurídica, sendo três as diferentes teses que se desenvolveram: (i) compra e venda civil; (ii) venda civil em forma administrativa ou (iii) concessão administrativa. O que importa para a teoria sobre a propriedade imóvel particular no Brasil da qual se está a tratar. Sobre o tema, Lima diz que “trata-se, a rigor, entretanto, de três doutrinas que se revezam na prática administrativa, cada qual com a sua fase de predomínio” e obtempera que “as dificuldades na determinação da natureza jurídica da concessão de terras decorrem, indubitavelmente, da incerteza de limites entre o direito público e o privado, nessa zona peculiar, de alienação de bens do Estado.” E ao analisar as três doutrinas, ele conclui que a alienação de terras devolutas de que trata a Lei de Terras de 1850 tem natureza de concessão administrativa sob a forma de prestação administrativa do Estado ao particular.<sup>26</sup>

Em suma, consignou-se que as posses anteriores à lei em comento, por ela legitimadas, uma vez preenchidos os requisitos que transmutavam a propriedade pública em particular, sendo esse o marco estabelecido para a gênese do direito de propriedade imóvel particular; com relação às novas alienações ocorridas após essa lei, seja pela venda seja pela doação, estas possuíam natureza de concessão administrativa, que não obstante implique em alienação, não confere ao particular o domínio útil sobre o imóvel, impossibilitando referir-se como direito pleno de propriedade, tem em vista que o Estado conserva a nua propriedade do imóvel.

Interessante a tese de Lima de que as terras devolutas não são bens dominicais, contrariando a doutrina largamente majoritária que as inclui nessa categoria de bens públicos. Segundo ele, as terras devolutas são bens afetados à prestação do serviço público de

---

<sup>25</sup>LIMA, Ruy Cirne: pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas 5 ed. Goiânia: Editora UFG 2002 p. 77

<sup>26</sup>LIMA, Ruy Cirne: pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas 5 ed. Goiânia: Editora UFG 2002 p.85 a 87

colonização. Logo são bens de uso especial e não bens dominicais. Ressaltando, no entanto, no direito de propriedade do Estado sobre as terras devolutas que “não se reconhecem, porém, ao Estado direitos dessa natureza meramente para enriquecer-lhe o patrimônio, senão, ao contrário, para que os aplique aos diferentes serviços por que se multiplica a sua atividade”. Se atribui aos estados as terras devolutas para que estes prestem o serviço público de colonização. Assim, o autor diz que “[...] não será audácia concluir-se que as terras mesmas, que lhe são objeto, devem contar-se entre os bens aplicados a serviço público, presos à destinação publicista e classificar-se, por conseguinte, entre os bens de domínio público do Estado.”

Ao contrário do que possa parecer, a inclusão das terras devolutas na categoria de bens de domínio público do Estado não contraria a literatura jurídica que afirma se tratarem de bem de domínio privado do Estado. Isso porque, segundo Lima, apenas as terras devolutas aplicáveis ao serviço público de povoamento se enquadram nessa categoria, as demais terras devolutas que não estiverem afetadas a esse serviço se enquadram entre os bens de domínio privado do Estado. Assim, uma vez que a terra devoluta seja afetada ao serviço público de povoamento, essa figura como bem de domínio público do Estado e, após a alienação ao particular, passa então a integrar o domínio privado. Conclui o autor que “[...] pode dizer-se que se incluem no domínio público do Estado as terras devolutas, depois de demarcadas em territórios nos termos Decreto n.º 1318, ou, então, no momento em que a respectiva concessão, que as caracteriza e descreve vai realizar-se.”<sup>27</sup>

Sobre a questão de saber se as concessões de terra pública a particulares para fins de povoamento deveriam seguir o modo de aquisição estabelecido para a propriedade privada com o registro de inscrição predial, após a atribuição das terras devolutas aos estados membros pela Constituição de 1891 e perda gradativa da importância do povoamento enquanto serviço público, Lima diz que

[...] nas novas ideias que se iam formando sobre o tema da administração e alienação das terras devolutas, que se entendia reclamarem já a aplicação de um regime mais de ordem patrimonial do que de colonização, ou, noutras palavras, de um regime mais de direito privado do que de direito público. O patrimônio do Estado, na verdade não é mais tamanho, que se não possa, pelo computo econômico, equiparar ao domínio individual. O movimento de colonização, por sua vez, é tênue, imperceptível. Porque as alienações de terras efetuadas pelo Estado, não de fugir, então, à esfera do direito comum? A aceitação dessa tese traz, no entanto, como consequência, não só a obrigatoriedade de escritura pública, para o ato alienativo, como, também, a necessidade da transcrição no Registro Geral de Imóveis, a fim de operar-se a translação do domínio.

---

<sup>27</sup>LIMA, Ruy Cirne: pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas 5 ed. Goiânia: Editora UFG 2002 p.89 91

### 3. 1.2 Terras devolutas: conceito e dominialidade nas Constituições republicanas

O conceito de terras devolutas é dado por exclusão, segundo Di Pietro “terras devolutas eram terras vagas, abandonadas, não utilizadas quer pelo Poder Público quer por particulares.”<sup>28</sup>

Segundo Justen Filho, “as terras devolutas são bens imóveis que, qualificados como públicos pela Lei n.º 601/1850, porque, na data da vigência dela, não se encontravam nem (a) afetados ao desenvolvimento de atividades estatais nem (b) sob a posse privada, nem receberam uma outra qualificação jurídica posteriormente.”<sup>29</sup>

Buscando qualificar o regime jurídico original das terras devolutas dentro do regime atual de bens públicos, Justen Filho assevera que as terras devolutas corresponderiam basicamente aos imóveis dominicais da atualidade. A lei imperial que as criou entendia que as terras devolutas eram espécie de bem público destituída de afetação a uma finalidade estatal específica.<sup>30</sup>

O regime atual das terras devolutas, segundo Justen Filho, é o regime jurídico atribuído aos bens públicos dominicais, uma vez que a terra devoluta que seja afetada a uma finalidade pública específica converte-se em bem público especial e perde o status de terra devoluta. Portanto, a regra geral é de que as terras devolutas são bens dominicais, excepcionalmente, elas podem ser destinadas a uma utilidade diferenciada, perdendo o status de bem público dominical, sem deixar de integrar a categoria de terras devolutas, o que ocorre, por exemplo, consoante determina o art. 225, § 5º da CF/88 que estabelece que “são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelo Estado, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais”.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup>DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas. 2008 p. 678

<sup>29</sup>JUSTEN FILHO, Marçal: Curso de direito administrativo. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 1161 a 1602

<sup>30</sup>JUSTEN FILHO, Marçal: Curso de direito administrativo. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 1164

<sup>31</sup>JUSTEN FILHO, Marçal: Curso de direito administrativo. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 1164

No que concerne à dominialidade das terras devolutas, historicamente, durante o regime imperial pertenciam à Nação. Conforme Laranjeira<sup>32</sup>, por força da Constituição republicana de 1891, “as terras, que se conformavam no domínio da União [Nação], passaram à esfera dos Estados”. Nos termos do próprio art. 64 da Constituição de 1891, “pertencem ao Estado as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais”.

Segundo Dirley<sup>33</sup>, a Constituição de 1934 manteve as terras devolutas sob o domínio dos Estados conforme fixado pela primeira Constituição Republicana. A Constituição de 1946 seguiu na mesma linha. Foi apenas com a Carta de 1967 que no art. 4, inciso I que se atribuiu à União, residualmente, “porção de terras devolutas indispensáveis à defesa nacional ou essenciais ao seu desenvolvimento econômico”, alterando o regime jurídico da dominialidade das terras devolutas para retomar à União “a propriedade da porção de terras devolutas, ainda pertencentes aos Estados, na exata medida em que sejam elas indispensáveis às finalidades previstas na Constituição, com dispensa de previa e justa indenização em dinheiro”.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 aduz no art. 20, II que “são bens da União: as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, as fortificações e construções militares, as vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei”.

Observa Dirley<sup>34</sup> que a nova redação constitucional inova ao abranger entre os bens da União as terras devolutas indispensáveis à preservação ambiental definidas em lei federal e retira dos bens da União as terras devolutas “indispensáveis de defesa nacional e ao desenvolvimento econômico” transferindo-as para os Estados. Em suma, as terras devolutas não inclusas no art. 20, II da Constituição Federal de 1988 “pertencem ou são incluídas entre os bens do estado membro, em que se situam”.

---

<sup>32</sup>LARANJEIRA, Raymundo. Propedêutica do Direito Agrário. São Paulo: Editora LTR. 1975 p. 18

<sup>33</sup>CUNHA JUNIOR, Dirley. Terras devolutas nas constituições republicanas. Revista Jurídica dos formandos em direito da UFBA, Salvador, s/e., v.IV, pp. 261- 276, jul./dez. 1998.

<sup>34</sup>CUNHA JUNIOR, Dirley. Terras devolutas nas constituições republicanas. Revista Jurídica dos formandos em direito da UFBA, Salvador, s/e., v.IV, pp. 261- 276, jul./dez. 1998

Atualmente as terras devolutas, via de regra, são bens dominicais de titularidade dos Estados-Membros em cujo território se localizarem, ressalvadas aquelas de domínio da União aludidas no ar. 20, II da CF/88. Não obstante a Constituição de 1988 não trate especificamente das terras devolutas municipais, não significa deduzir pela impossibilidade da ocorrência de terras originalmente devolutas sob o domínio municipal. Segundo Filho,

É perfeitamente possível, que, ao longo do tempo a Coroa, a União ou os Estados tenham atribuído aos Municípios áreas então qualificadas como devolutas. Essas áreas passaram a integrar o patrimônio público municipal, enquadrando-se em umas das três espécies de bem públicos, essa destinação específica significou que tais áreas, ainda que hoje desocupadas e consideradas como bens dominicais, não são mais qualificadas como terras devolutas.<sup>35</sup>

### **3. 1.3. Evolução normativa titularidade das ilhas nas constituições**

No que concerne à dominialidade das ilhas no Brasil, segundo Paiva, as ilhas sempre foram consideradas importantes para a segurança nacional, concluindo pois que pertenciam à União. Segundo ele, a assertiva se extrai do texto das Ordenações Filipinas que vigorou no Brasil entre 1630 a 1822, que aduzia que as ilhas eram consideradas “as adjacências mais chegadas ao Reino”, expressão que, segundo a linguagem da época “[...] constituem o território circundante ao continente, de maior importância para o Estado.

Segundo o autor, mesmo após promulgação da Constituição de 1891, que transferiu o domínio das terras devolutas para os estados, as terras devolutas das ilhas permaneceram sob domínio da União por serem tidas como indispensáveis à defesa nacional.

Não parece correta a assertiva de Paiva, pois apenas com a Constituição de 1967 que as terras devolutas “indispensáveis à segurança nacional” passaram a integrar o patrimônio da União. Antes disso, nas Constituições de 1891, 1934 e 1937 pertenciam à União apenas as terras devolutas que fossem “indispensáveis para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.”

Em outras palavras, sob a égide da Constituição de 1891, pertenceriam à União apenas as ilhas indispensáveis à defesa das fronteiras e as que abrigassem fortificações ou construções militares (hipótese de ocorrência comum como, por exemplo, Fortaleza de Morro São Paulo,

---

<sup>35</sup>JUSTEN FILHO, Marçal: Curso de direito administrativo. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p.1166

que pertencia à União) ou estradas de ferro. As demais terras das ilhas que não se enquadrassem nas hipóteses descritas acima, pertenceriam aos Estados-Membros nos quais estivessem inseridas.

As Constituições de 1891, 1934 e 1946 não trataram sobre a questão da dominialidade das ilhas. Elas apenas repetiam a forma de distribuição das terras devolutas entre os entes federativos determinada pela Constituição de 1891 - qual seja, a de que as terras devolutas pertencia aos estados, exceto a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais, que pertenciam à União. Portanto, deduz-se que, durante a vigência dessas Constituições, as terras devolutas das ilhas pertenciam, via de regra, aos Estados-Membros em cujo território estivessem inseridas.

O primeiro diploma legal que se referiu especificamente sobre o tema da dominialidade das ilhas foi o Decreto-Lei n.º 9.740/1946, que no seu art. 1º aduziu que “incluem-se entre os bens móveis da União: [...] d) as ilhas situadas nos mares territoriais ou não, se por qualquer outro título legítimo não pertencerem aos Estados, Municípios ou particulares; [...]”

Com esse diploma, a literatura jurídica passou a entender que as ilhas oceânicas e costeiras pertenciam à União por estar localizadas no mar territorial.<sup>36</sup> Entretanto, deve-se destacar que segundo a Constituição de 1937, em vigor na data da publicação do Decreto-Lei n.º 9740/1946, que entrou em vigor em 05/09/1946, e da Constituição subsequente (a Constituição de 1946), as terras devolutas das ilhas costeiras, via de regra, pertenciam aos estados-membros (conforme entendimento aduzido no parágrafo anterior). Diante disso, pode-se alegar que o referido decreto-lei transferiu indevidamente a dominialidade das ilhas costeiras para a União, por contrariar a determinação constitucional de que elas pertenciam aos Estados-Membros. De modo que, até o advento da Constituição Federal de 1988 – que transferiu a dominialidade das ilhas costeiras para a União – poderia se defender a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 9740/46, sob o argumento de que a referida lei contrariava a disposição constitucional vigente de que as terras devolutas das ilhas costeiras eram de titularidade dos Estados-Membros no qual estivessem inseridas.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup>MEIRELES, Hely Lopes: Direito administrativo Brasileiro. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros 2002 p. 525

<sup>37</sup>Registre-se que a CF/37 foi outorgada sob o governo de Getúlio Vargas, de caráter autoritário e centralizador, que, muito embora já adotava o padrão de controle de constitucionalidade semelhante ao da Europa Continental, com o modelo elaborado por Hans Kelsen para a Constituição austríaca de 1922, com a criação de tribunal ou



A Constituição de 1967 elencou as ilhas oceânicas entre os bens da União e foi omissa no que se refere à dominialidade das ilhas costeiras. Diante da redação do texto constitucional, a questão controversa era saber se a Constituição tinha atribuído ao domínio da União apenas as “ilhas oceânicas” ou se tinha abarcado também as “ilhas costeiras”. A questão veio a ser pacificada com o julgado unânime do Supremo Tribunal Federal, proferido no RE 101.037/SP, de relatoria do ministro Francisco Resek, que interpretou restritivamente a expressão “ilha oceânica”, distinguindo-a das “ilhas costeiras” e, conseqüentemente, decidiu que apenas as ilhas oceânicas foram atribuídas à União pelo Texto Constitucional de 1967, não pertencendo ao domínio deste ente federativo as ilhas costeiras que, por sua vez, pertencem aos estados.<sup>38</sup> O ministro relator, em seu voto, já antevia o problema que causaria aos municípios sediados em ilhas, caso essas ilhas fossem abruptamente inseridas no domínio da União, como veio a ocorrer com a promulgação da Constituição de 1988. Nos termos do voto relator,

[...] A ler na expressão ‘ilhas oceânicas’ o que lêem, neste momento, os patronos da fazenda federal, e dada a realidade elementar de que contra o comando constitucional não há direito adquirido ou ato jurídico perfeito que se contraponha, teremos que três Unidades federadas – não menos que três Unidades federadas – perderam, em 1967, suas capitais para o patrimônio da União. Em São Luís do Maranhão, bem assim em Vitória e Florianópolis, o Estado e o município já não deteriam seus bens dominicais, nem os de uso especial, nem os de uso comum do povo.

Embora o ministro se refira apenas às capitais desse três estados, em verdade, todos os municípios sediados em ilhas perderiam seu patrimônio para a União naquele momento. Em função da decisão proferida no RE, durante a vigência dessa Constituição, as terras devolutas das ilhas costeiras pertenciam aos estados-membros em cujo território estivessem inseridas, com a ressalva do domínio da União de eventuais terras devolutas circunscritas nessas ilhas que fossem consideradas “indispensáveis à segurança nacional”.

---

corde constitucional como órgão vinculado ao Parlamento, o controle de constitucionalidade sob os atos do Presidente da República era bem restrito. Já a CF/46, erigida sob regime democrático, de caráter liberal, fruto de consenso entre as diversas correntes ideológicas que podiam se manifestar logo após o término da Segunda Guerra Mundial, ampliou e fortaleceu a controle de constitucionalidade.

Cf. Nagib Slaibi Filho: Breve História do Controle de Constitucionalidade. Disponível em [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e8695704a09b786e3&groupId=1016](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e8695704a09b786e3&groupId=1016)

<sup>38</sup>Cf. ementa do RE n. 101.037/SP: "Ilhas oceânicas. C.F., Art. 4º, II. Há de ser entendida esta expressão em seu sentido técnico e estrito, visto que o constituinte de 1967 por certo não pretendeu inscrever, abruptamente, no domínio da união, bens situados em centros urbanos, nas ilhas litorâneas e integrantes do patrimônio de estados, municípios e particulares." (DJ de 19.04.85)

### 3.1.4 Tratamento normativo da dominialidade das ilhas costeiras na Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da Constituição de 1988, as ilhas costeiras passaram a integrar o patrimônio da União, que no inciso IV do art. 20 aduziu que “são bens da União: [...] IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, exceto as referidas no art. 26, inciso II”. Entretanto, não obstante a clareza do texto constitucional no sentido de atribuir à União a propriedade sobre as ilhas costeiras e oceânicas, a questão não ficou imune de divergências e foi novamente enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ação discriminatória das terras situadas na ilha do Cardoso, proposta pelo Estado de São Paulo que reivindicava a propriedade sobre as terras devolutas dessa ilha. Nessa ocasião, o STF julgou procedente a oposição manifestada pela União para asseverar que tais ilhas eram de propriedade da União.<sup>39</sup> Com esteio no referido julgamento do STF, Paiva<sup>40</sup> assevera que “no regime constitucional anterior à Constituição de 1988, a União não detinha fundamento para defender a tese de dominialidade das ilhas costeiras.” Em suma, foi somente após a Constituição de 1988 que a União adquiriu fundamento para reivindicar a propriedade das terras devolutas das ilhas costeiras.

O aniquilamento das divergências em torno da interpretação do referido dispositivo constitucional no sentido de atribuir à União o domínio sobre as ilhas costeiras deu início a um novo problema, pois tal dispositivo da Constituição não considerou o fato de que boa parte das ilhas costeiras são habitadas e constituem capitais de estados, como ocorre em Florianópolis (SC), Vitória (ES) e São Luís (MA), ou integravam o território de municípios, com ocorre, por

---

<sup>39</sup>cf. o teor da ementa: “processual civil. Ação discriminatória das terras públicas situadas na ilha do Cardoso, no litoral paulista, proposta pelo estado de São Paulo. Oposição manifestada pela união ao fundamento de que se trata de terras de domínio da união. 1. remédio judicial destinado ao deslinde do que resta de terra devoluta em área previamente delimitada, a fim de extremá-la das terras objeto de dominialidade alheia. 2. legitimado para exercitá-lo, todavia, é o ente federado com domínio sobre a área discriminada. 3. incertezas acerca da dominialidade das terras devolutas, nas ilhas costeiras, até o advento da constituição federal de 1988, que, no art. 20, vi, inclui expressamente as ilhas da espécie entre os bens da união. 4. a ressalva contida no mencionado dispositivo, quanto às áreas, nelas situadas, que estiverem no domínio dos estados, tem sentido explicativo quanto à possibilidade de parcelas de tais ilhas terem sido, no passado, e virem a ser, no futuro, transferidas para os estados, pelos meios regulares de direito. 5. dessas áreas é que cuida o art. 26, 11, da carta de 1988, ao referir às áreas, nas ilhas costeiras, que estiverem no domínio dos estados. 6. trata-se de terras que dada a natureza do respectivo título aquisitivo de titularidade, não de estar nelas devidamente descritas, delimitadas e extremadas, bastando, para sua defesa, o emprego das ações que o nosso sistema põe à disposição dos proprietários e possuidores em geral, entre as quais não se conta a ação discriminatória. 7. ilegitimidade do estado de São Paulo para a ação em tela. Procedência da oposição” (ação cível originária nº 315-6; dj de 20.11.920)

<sup>40</sup>PAIVA, Adriano Martins. Revista do Tribunal Regional Federal da 1 Região, v. 18, n. 2, fev. 2006, p. 29

exemplo, com ilha de Itaparica, localizada na Bahia, na qual estão localizados os municípios de Itaparica e Vera Cruz e com o município de Cairu, que é um município-arquipélago.

Nos termos da interpretação do supracitado dispositivo constitucional, as terras devolutas desses municípios pertenciam à União, o que não se justifica sob qualquer aspecto. Segundo a relator da proposta da EC n. 46, “a alteração promovida pelo constituinte de 1988, incluindo as ilhas costeiras no patrimônio federal, foi, a nosso ver, um equívoco, que veio dificultar a regularização da propriedade naquelas localidades, afetando a vida de milhares de pessoas.”<sup>41</sup>

### **3.1.5 Conflitos surgidos com a transferência do domínio das ilhas costeiras para União pela Constituição Federal de 1988**

A mudança abrupta operada pela Constituição Federal de 1988 no domínio das ilhas costeiras fez com que municípios inteiros perdessem o domínio sobre seus territórios, inclusive capitais de estados como Florianópolis/SC, Vitória/ES e São Luís/MA. Essa modificação trouxe uma série de problemas para os municípios e os habitantes dessas ilhas.

Os principais problemas relatados pelos municípios podem ser extraídos da participação do Município de Florianópolis na qualidade de *amicus curiae* no Recurso extraordinário n.º 636.199/ES em que se discutiu se a EC n.º 46 de 2005 exclui do domínio da União os terrenos de marinha situados em ilhas costeiras sede de município.

Não obstante o município, na sua participação na qualidade de *amicus curies* no mencionado RE, trate especificamente dos problemas relativos ao domínio da União sobre os terrenos de marinhas, os problemas surgidos com o domínio da União sobre o território dos municípios são os mesmos, só que de proporções bem maiores, atingindo uma quantidade bem maior de habitantes, tendo em vista que os terrenos de marinhas abarcam um território bem menor do que o território dos demais bens públicos existentes nessas ilhas sob o domínio da União.

Os principais problemas, segundo o Município de Florianópolis. são os seguintes:

---

<sup>41</sup>Cf. p. 55896 do Diário da Câmara dos Deputados, publicado em dezembro de 2002 Publicado no Diário da Câmara dos Deputados, Disponível em: [imagem.camara.gov.br/Imagem/d/Pdf/DCD18DEZ2002.pdf#page=812](http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/Pdf/DCD18DEZ2002.pdf#page=812)

a) “A sujeição de bairros inteiros a leilão do domínio útil de moradias familiares a quem der o melhor preço, conforme preceitua o art. 15, da Lei Federal no 9.636/1998.”

Perceba-se que boa parte das ilhas costeiras são habitadas e muitas delas se urbanizaram, todos os habitantes dessas ilhas que não forem proprietários de suas moradias estão sujeitos a ter os terrenos que adquiriram levados a leilão do domínio útil e ser desocupados de suas moradias sem direito a indenização da terra nua.

b) “Violação ao princípio da isonomia entre municípios interioranos, costeiros e os que têm sede em ilha costeira, uma vez que nestes, em razão da larga proporção de áreas da União Federal, expressiva parte da população fica afligida pelas taxas 'de marinha'.”

Todos os ocupantes de imóveis da União, ou seja, todos os habitantes das ilhas costeiras que não forem proprietários estão obrigados a pagar anualmente a denominada taxa de ocupação, foro e laudêmio na eventual alienação do domínio útil desses imóveis, que apesar da denominação, não possui natureza tributária, por ter natureza de receita patrimonial originária,<sup>42</sup> além, é claro, do IPTU, ITCM, ITIV que, não obstante, tecnicamente não implique em *bis in idem*, de fato o é, e onera excessivamente os habitantes das ilhas em relação aos habitantes do continente.

c) “De igual modo, nas ilhas costeiras onde estejam estabelecidas sedes de Municípios, estes ficam à mercê do aval da União para realizarem obras de infraestrutura em grande parte de sua área, limitando sua autonomia como ente federativo.”

Os municípios sediados em ilhas tem sua autonomia restringida pelo fato de estar situados em território da União.

d) “Multas exorbitantes aplicadas em face do município pela suposta ocupação ilícita de terreno de marinha e acrescidos, onerando, ainda mais, o erário público”

---

<sup>42</sup>Cf. AC 1.105-MC/SE, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 06.6.2006: “Embora sob o nome de taxa, não guarda o instituto submissão ao regime jurídico-tributário, porque espécie tributária não é. É, antes, modalidade de receita originária, enquanto auferida ‘pelo Estado em decorrência da exploração do seu próprio patrimônio’ e, mais especificamente, receita patrimonial de propriedade imobiliária, como se tira ao art. 20, VII, da Constituição da República.”

A atribuição das ilhas costeiras entre os bens da União coloca, em tese, todos os municípios sediados em ilhas na condição de ocupantes irregulares de imóveis da União.

e) “Resistência ao pagamento de IPTU, porquanto os moradores entendem intolerável pagar o referido imposto e a taxa de marinha sobre o uso da mesma área.”

Por mais que esse fato, tecnicamente, não implique em *bis in idem* e esteja amparado em previsão legal, não há nada que justifique esse tratamento desigual sofrido pelos habitantes das ilhas em relação aos habitantes do continente. Além do que, como poderá o município alienar imóvel da União para saldar os débitos do IPTU? Isso seria tecnicamente possível ou não haveria meios do ente municipal mover ação fiscal para penhorar o bem da União?

f) “Caos social oriundo dos problemas de regularização fundiária, na medida em que cidadãos adquirem determinado imóvel e não conseguem formalizar escritura”.

g) “insegurança jurídica nas transações imobiliárias despojadas de registros nos Ofícios de Registro de Imóveis”

Em razão da impossibilidade de formalizar a escritura, a prática corrente entre os habitantes dessas ilhas é a formalização de “contratos de gaveta”.

h) “Além de observar que uma das causas da baixa arrecadação tributária do município se deve ao fato de que a cobrança de laudêmio ocasiona ou impulsiona a crescente utilização de contratos de gaveta, diante da enorme dificuldade em regularizar a área afetada pela União”, concorrendo para o déficit de arrecadação do ITBI.

Tais conflitos impulsionaram a elaboração da emenda constitucional n.º 46 de 2005, que teve o escopo de solucioná-los. Por certo que ela teve êxito em solucionar parte desses conflitos nas ilhas que contenham sede de municípios, mas com relação às demais ilhas costeiras que não são sede de município, como costuma ocorrer nos municípios arquipélagos, remanescem as incertezas, não justificando que os habitantes das ilhas não sede de municípios permaneçam padecendo desses mesmos problemas.

## 4. CAPÍTULO 3

### 4.1. A EMENDA CONSTITUCIONAL N 46 DE 2005

#### 4.1.1 Da proposta de emenda à constituição n. 575-B de 1988 à promulgação da Emenda Constitucional n 46 de 2005

A Emenda Constitucional n. 46, promulgada no dia 05 de maio de 2005, acresceu ao texto do inciso IV do art. 20 da CF/88 a seguinte redação “ São bens da União: [...] IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, inciso II<sup>43</sup> [...]”.

Nos termos do parecer da proposta de emenda à constituição n. 575-B que culminou na EC n. 46/2005, de relatoria do deputado federal Eni Voltolini, o objetivo da proposta era atribuir à União apenas as ilhas costeiras “fora das baías e as que não integrem o território da sede e distritos de Município”. De acordo com a relator, a redação da emenda tem o objetivo de integrar ao domínio dos municípios as ilhas costeiras que se urbanizaram<sup>44</sup>; bem como

Visa resgatar, também o pleno cumprimento do princípio da isonomia, hoje desrespeitado, visto que os ocupantes de imóveis situados na área continental do País não estão sujeitos ao mesmo tratamento conferido aos habitantes das ilhas marítimas, ainda que estas integrem território de Município.<sup>45</sup>

Os moradores possuidores de imóveis em ilhas são obrigados a pagar anualmente IPTU às prefeituras e taxa de ocupação, foro à União, bem como são obrigados a pagar o ITIV às prefeituras e laudêmio à União quando alienam seus imóveis; ademais, são titulares apenas do domínio útil dos imóveis que possuem, não havendo meios de titularizar a propriedade global de seus imóveis. Essas situações desiguais em relação aos habitantes do continente deveriam

---

<sup>43</sup>Cf. Art. 26 caput: incluem-se entre os bens dos Estados (...) inciso II- as áreas nas ilhas oceânicas e costeiras que estiverem no seu domínio excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;

<sup>44</sup>Nos termos do texto do relator “A redação da emenda, afirmando serem da União as *costeiras que não integram território de Município* tem a virtude de declarar – e esse é o objetivo da emenda – que aquelas que se urbanizaram ficam evidentemente fora desse domínio.”

<sup>45</sup> Cf. Diário da Câmara dos Deputados, publicado em dezembro de 2002 Disponível em: [imagem.camara.gov.br/Imagem/d/Pdf/DCD18DEZ2002.pdf#page=812](http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/Pdf/DCD18DEZ2002.pdf#page=812) p. 55895 do

ser extintas com a EC n. 46/2005. Contudo, esse tratamento desigual injustificável que prejudica os habitantes dessas ilhas não foi extinto por completo. A União, através da SPU, insiste na cobrança da taxa de ocupação e do foro sobre os imóveis das ilhas inseridas no território dos municípios.

No contexto da aprovação da referida EC, a titular da SPU, à época, Dra. Maria José Vilhalva Barros Leite, em audiência pública realizada no dia 20.11.02, no plenário da Câmara dos Deputados, manifestou a concordância daquela secretaria quanto às modificações contidas na proposta e emenda à constituição no sentido de atribuir à titularidade dos municípios as ilhas que integram seus territórios que se urbanizaram.<sup>46</sup>

Nos termos do parecer do relator, a EC n. 46/2005 visa dar resolução “[...] a uma questão que envolve problemas sociais, pois estamos falando de imóveis ocupados há (sic) décadas pelos habitantes das ilhas, bem como da definição da instância governamental correta para lidar com o assunto”<sup>47</sup>.

Em suma, a finalidade da referida emenda é bem clara: transferir para os municípios a dominialidade das ilhas de seus territórios que foram urbanizadas, vale dizer, aquelas que foram ocupadas há décadas por seus habitantes, para conferir-lhes isonomia de tratamento em relação aos habitantes do continente, bem como desembaraçar a aquisição da propriedade global de seus imóveis.

Perceba-se que, pela análise da justificativa de EC. N 46/2005, que serve de base à interpretação histórica do texto legal, não apenas as ilhas sedes de município foram excluídas do domínio da União, mas também aquelas ilhas que integram o território do município que foram urbanizadas. Para que não haja dúvidas de que essa foi a finalidade da EC. N. 46/2005, transcreve-se trecho completo da justificação, de autoria do Deputado Edilson Andrino, publicado no Diário do Senado Federal, de 2 de abril de 2004, fls. 9.022 e 9.023.

A redação da emenda, afirmando serem da União “as costeiras que não integram território de Município “. Tem a virtude de declarar – e esse é o objetivo da

---

<sup>46</sup> Cf. p. 55896 do Diário da Câmara dos Deputados, publicado em dezembro de 2002 Disponível em: [imagem.camara.gov.br/Imagem/d/p.f./DCD18DEZ2002.pdf#page=812](http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/p.f./DCD18DEZ2002.pdf#page=812)

<sup>47</sup> Cf. p. 55897 do Diário da Câmara dos Deputados, publicado em dezembro de 2002 Disponível em: [imagem.camara.gov.br/Imagem/d/Pdf/DCD18DEZ2002.pdf#page=812](http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/Pdf/DCD18DEZ2002.pdf#page=812)

Emenda – que aquelas que se urbanizaram ficam evidentemente fora desse domínio. Mas há ilhas costeiras que integram o território de Município porque estão compreendidas nos limites de seu território, ainda que separadas. Fisicamente por água, do território da sede de Município. Sendo a intenção da proposta, como bem se percebe, excluir, dentre as ilhas costeiras, as que não estão ligadas fisicamente ao território administrativo do Município, deve essa concepção ser tomada estreme de qualquer dúvida. Ocorre, assim, pertinente aludir a ilhas costeiras separadas da sede de Município (cujo conceito é indiscutível) ou dos distritos (cuja existência, como subunidade administrativa. Tem assento constitucional – art. 30. IV). Devem ser excluídas do domínio da União. Igualmente, as ilhas situadas no interior das baías, porque, ainda que desligadas fisicamente da sede de Município, estão a eles vinculadas administrativamente.

Esse entendimento também é seguido em um dos raros artigos jurídicos que tratam sobre o tema.

[...] basta a ilha costeira ter dentro de sua área territorial a sede de Município ou mesmo um distrito (áreas urbanas), para que, no seu todo (ressalvadas as exceções constitucionais), seja considerada excluída do potencial domínio da União. O legislador se expressa de forma clara e precisa. Aduz que somente as ilhas costeiras que não sofreram o processo de urbanização permanecem na dominialidade da União. Característica esta que pode muito bem ser alterada, haja vista a dinâmica da vida social e dos acontecimentos políticos e econômicos de reordenação do território.<sup>48</sup>

Não obstante, segundo o disposto no parecer da Consultoria do Ministério do Planejamento, pasta a que está submetida a Secretaria do Patrimônio da União, e todas as Gerências Regionais do Patrimônio da União nos Estados, apenas as sedes urbanas dos municípios situados na respectiva ilha estariam excluídos do domínio patrimonial da União<sup>49</sup>. Em outras palavras, o entendimento oficial da SPU é no sentido de que, ainda que determinada ilha costeira contenha sede de município, apenas as áreas urbanas pertenceriam ao município, remanescendo as áreas rurais sob a dominialidade da União. O referido parecer foi aprovado pela Coordenação Geral Jurídica da Secretaria do Patrimônio da União e Coordenação Geral

---

<sup>48</sup>PAIVA, Adriano Martins. Revista do Tribunal Regional Federal da 1 Região, v. 18, n. 2, fev. 2006, p. 35

<sup>49</sup>Cf. Parecer/MP/Conjur/JCJ/ 486 – 5.9.9/05, de 27 de maio de 2005, referente ao Processo 04905.000584/2005-62 apud PAIVA, Adriano Martins. Revista do Tribunal Regional Federal da 1 Região, v. 18, n. 2, fev. 2006, p 33: 10 Outro aspecto relevante introduzido pela emenda constitucional foi o conceito de sede de Município. Neste particular, além do previsto no Decreto-Lei 311, de 2 de março de 1938, que especifica que a sede do Município tem a categoria de cidade e lhe dá o nome, a exposição de motivos da emenda (fls. 18) quanto ao alcance de sentido da expressão, vejamos: é esse o objetivo da emenda – que aqueles que se urbanizaram ficam evidentemente fora desse domínio. 11 Infere-se do fragmento do texto colacionado, em consonância com a legislação que trata da matéria, especialmente do aludido Decreto-Lei 311, de 1938, que o conceito “sede de Município” abrange o perímetro urbano da cidade, conforme dispuser a legislação municipal sobre o assunto. Distingue-se, portanto, o urbano do rural, sendo que somente as áreas urbanas não mais integram o patrimônio da União. 12 As áreas rurais, por estarem fora do conceito de sede de Município não foram afetadas pela emenda constitucional e, por essa razão, permanecem sob o pálio da União.



Jurídica da Secretaria do Patrimônio da União e vale como orientação a ser seguida por todas as gerências do patrimônio da União.<sup>50</sup>

É evidente que esse entendimento da SPU não parece ser o mais correto quando interpretado historicamente, e além de violentar a Constituição, vem causando problemas aos habitantes das ilhas ao longo da costa brasileira.

Segundo Paiva, se esperava com a EC n. 46/2005 que fossem solucionados os conflitos até então existentes entre os interesses da União, dos habitantes dessas ilhas e dos municípios que tem sua sede nelas. O que, conforme se verificou não ocorreu por completo. O simples acréscimo ao texto constitucional não solucionou todos os conflitos existentes entre os entes federativos e os habitantes dessas ilhas, contudo, teve repercussões, principalmente, em situações fáticas e jurídicas consolidadas nas ilhas da costa brasileira. Após a promulgação da EC. n.º 46/2005, questão suscitada em torno era saber “qual a interpretação que deveria prevalecer ao acréscimo do dispositivo”<sup>51</sup>.

#### **4.1.2 Método de interpretação da Emenda Constitucional n. 46 de 2005**

##### **4.1.2.1 Interpretação literal do conceito “sede de município”**

O marco teórico firmado por essa pesquisa no que tange à metodologia de interpretação das leis impõe a análise rigorosa de todos os elementos interpretativos da dogmática jurídica. O primeiro deles é o sentido literal, que “constitui o ponto de partida e, ao mesmo tempo determina o limite da interpretação, pois aquilo que está para além do sentido literal possível e que já não é com ele compatível, mesmo na mais ampla das interpretações, não pode valer como conteúdo da lei”.

Por sentido literal possível, entende-se “[...]tudo aquilo que nos termos do uso linguístico seja de considerar como determinante em concreto – mesmo que, porventura, em circunstâncias especiais –, pode ainda ser entendido como o que com esse termo se quer dizer”<sup>52</sup>. Pelo que se

---

<sup>50</sup>Cf. PAIVA, Adriano Martins. Revista do Tribunal Regional Federal da 1 Região, v. 18, n. 2, fev. 2006, p33

<sup>51</sup>PAIVA, Adriano Martins. Revista do Tribunal Regional Federal da 1 Região, v. 18, n. 2, fev. 2006, p. 2

<sup>52</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 484

entende por sentido literal possível, constata-se que “[...]pode certamente ser duvidoso em alguns casos, dado que os limites do sentido literal linguisticamente possível tão pouco se encontram sempre traçados com exatidão. Se se trata de interpretação muito ampla ou já de integração de lacunas por analogia.”<sup>53</sup>

Assentadas tais premissas, passa-se a analisar o sentido literal possível do termo “sede de município”. De acordo com o Dicionário Michaelis, o “sentido literal possível” do vocábulo sede é

[...] 2 Aquilo em que alguma coisa assenta ou se firma; assento, base, apoio, suporte: Sede de válvula. 3 Lugar onde reside um governo, um tribunal, uma administração ou onde uma empresa comercial tem sua matriz. [...] 5 Ponto onde se passam ou se desenvolvem certos fatos ou fenômenos: O cérebro é a sede das emoções. 6 Centro ou ponto escolhido para nele se estabelecer alguma coisa [...].

Observa-se de plano que esse vocábulo comporta mais de um significado possível. Trata-se de conceito que, como ocorre com a maioria dos conceitos, comporta numerosas variantes de interpretação. Alegar que se trata de um termo inequívoco, por si só, já é uma interpretação, fadada a conduzir ao erro<sup>54</sup>.

No uso linguístico geral, entretanto, a interpretação que, aparentemente, primeiro se intenciona com o termo “sede de município” parece ser no sentido de “lugar onde reside o governo municipal”. O sentido jurídico do conceito foi assim definido pelo Decreto-Lei n.º 311 de 1938, que no art. 3º determina “a sede do município tem a categoria de cidade e lhe dá o nome”.

A Instrução Operacional SPU/BA n.º 01/2011, conjugando o sentido usual da palavra sede com sentido jurídico dado pelo Decreto-Lei, aduz que “entende-se como sede de município as cidades que contenham a sede do poder político municipal [...] a cidade ou núcleo urbano com a sede do poder político do município”.

Sintetizando os sentidos atribuídos ao termo, entende-se que, no uso da linguagem corrente, usual e jurídica, o sentido estrito do termo “sede de município” pode ser expresso

---

<sup>53</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 485

<sup>54</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 485

como “a cidade ou núcleo urbano que dá nome ao município e onde reside o governo e a administração desse ente federativo.”

Em sentido mais amplo, menos usual, contudo, sem extrapolar o seu sentido literal possível, o termo sede de município comporta outros significados, tais como: (i) cidade ou núcleo urbano que serve de base, apoio, suporte ao governo e administração do município; (ii) cidade, núcleo onde se passam ou se desenvolvem o governo e a administração do município; (iii) cidade ou núcleo urbano escolhido para nele se estabelecer o governo e a administração do município. Esses sentidos mais amplos do termo permitem abarcar como sede de município não só a cidade que dá nome ao município e onde reside seu governo e administração, mas também os distritos, subdistritos, povoados e vilarejos que servem de base, apoio e suporte à administração e governo do município.

Dado a variante de significados possíveis do termo que se está interpretando, segundo Larenz “[...] aquilo que é pensado em concreto só se obtém com base na conexão do discurso, da coisa de que ele trata ou das circunstâncias acompanhantes. A esses correspondem, com respeito à interpretação da lei, a conexão de significado, a intenção reguladora do legislador e a estrutura do setor material regulado.”<sup>55</sup>

Deste modo, quando confrontado os significados possíveis do termo, na sua acepção estrita e ampla, com contexto significativo da lei, a intenção reguladora do legislador e a estrutura do setor material regulado, se percebe que apenas a interpretação do sentido literal do termo não permite deduzir se no caso da emenda constitucional n. 46 de 2005 adotou-se o sentido amplo ou restrito do significado de “sede de município”, o que impõe por em marcha o processo hermenêutico de compreender mediante o interpretar.

Em outras palavras, dado os variados significados literais possíveis do termo sede de município quando confrontado com os demais elementos de interpretação, gera dúvida quanto ao sentido atribuído ao termo, não sendo possível encerrar a interpretação no elemento literal para saber qual o significado da lei que se está a interpretar. Para Larenz,

[...]nem sequer o uso linguístico da lei fixado por meio de uma definição [menos ainda quando, como é o caso da EC. N 46/2005 que não define o termo de sede de

---

<sup>55</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 452

município] oferece sempre garantia de que o termo respectivo há de ser entendido nesse sentido em cada passo da lei. Basta existirem razões especiais para demonstrar que, precisamente nesse passo, se há de entender com outro significado.<sup>56</sup>

Em razão da ausência de definição do termo sede de município pela EC n. 46/2005, bem como a existência de mais de um sentido literal possível para o termo, um restrito e um amplo, mormente quando confrontado com seu escopo, não é possível encerrar no elemento literal a interpretação da norma, no sentido de desvendar seu real significado. Nesse caso, o próximo passo é analisar o contexto significativo da lei, a intenção reguladora, fins e ideias normativas do legislador que correspondem ao elemento teleológico da lei no sentido subjetivo de vontade do legislador.

#### 4. 1.2.2 O contexto significativo da lei

O contexto em que o termo “sede de município” foi utilizado é um elemento de interpretação que auxilia a desvendar qual dentre as múltiplas variantes de significado foi atribuído pela Emenda constitucional n. 46 de 2005. A compreensão de uma passagem do texto é determinada pelo contexto, o sentido da proposição jurídica, na maioria das vezes, só se infere quando integrada à regulação a que pertence.

Para Larenz, o contexto significativo da lei desempenha “[...] um amplo papel em ordem à sua ao poder admitir-se uma concordância objetiva entre as disposições legais singulares. Entre as várias interpretações possíveis segundo o sentido literal, deve por isso ter prevalência aquela que possibilita a garantia de concordância material com outras disposições”<sup>57</sup>.

Não é possível interpretar o sentido atribuído a um termo fora do seu contexto. Contudo, a sistemática conceitual constitucional não traz nenhuma definição do termo sede de município. A sistemática conceitual externa, nesse caso, a definição do termo dado pelo Decreto-Lei n.º 311 de 1938 que, além de insuficiente, é, em termos temporais, ultrapassada, posto que promulgado fora do contexto da Constituição Federal de 1988, que inova ao conferir dimensão

---

<sup>56</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 453

<sup>57</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 558

federativa aos Municípios, garantindo-lhe um “mínimo intangível de autonomia”<sup>58</sup>, poderes em face do Estado e competências exclusivas, dentre elas, a de “criar, organizar e suprimir distritos, observado a legislação estadual (art. 30 , IV CF/1988) e “promover o adequado ordenamento territorial” (art. 30 , VIII, CF/1988).

Esse elemento interpretativo fica, assim, reduzido em importância, possui um valor limitado para a interpretação que ora se realiza, posto que não há tratamento sistêmico do termo na Constituição Federal de 1988. Além disso, a definição trazida pelo sistema externo é anacrônica e descontextualizada da paradigmática transformação do município em ente federativo autônomo operada pela constituição federal vigente.

Sobre as limitações desse elemento interpretativo, Larenz adverte que a conexão de significado da lei “[...] por seu lado, só pode plenamente compreender-se, em muitos casos, quando se retoma a teologia da lei e ao sistema interno que lhe subjaz, das opções valorativas e princípios rectores. A questão relativa à conexão de significado conduz então aos critérios teleológicos.”

#### 4. 1.2.3. Interpretação teleológica: intenção reguladora, fins e ideias normativas do legislador histórico

Quando o sentido literal possível e seu contexto significativo e o sistema conceitual que lhe serve de base são insuficientes ou deixam aberta mais de uma possibilidade de interpretação – como ocorre com a norma que se está interpretando: até agora não se pode, com o mínimo de certeza, definir qual sentido, se o restrito ou o amplo, ao termo “sede de município” – não possibilita saber qual é a melhor interpretação que corresponde à intenção reguladora do legislador ou à sua ideia normativa. Chega-se assim, ao elemento histórico da interpretação.<sup>59</sup>

As fontes de conhecimento das ideias normativas do legislador histórico são os projetos, as atas das comissões de assessoria e as exposições de motivos dos projetos, e as atas das sessões parlamentares.

---

<sup>58</sup>BONAVIDES, Paulo: Curso de Direito Constitucional Editora Malheiros 28 ed. São Paulo 2013 p365 a 368

<sup>59</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 462 a 463

Essas fontes de conhecimento das ideias normativas do legislador histórico se interpretam considerando os dados reais que ele quis dar conta, vale dizer a situação normativa que o legislador de então se deparava. Essas fontes de informação servem também de apoio para investigar a intenção reguladora e os fins do legislador. Por vezes, uma norma persegue regular fins diversos em diferentes graus, o que nem sempre é claro.<sup>60</sup> A interpretação teleológica que se impende realizar da Emenda Constitucional n. 46 de 2005 é conceituada por Larenz e metodologicamente coordenada como

[...] interpretação de acordo com os fins cognoscíveis e as ideias fundamentais de uma regulação. A disposição particular há de ser interpretada no quadro do seu sentido literal possível e em concordância com o contexto significativo da lei, no sentido que corresponda otimamente à regulação legal e a hierarquia dessa fins.<sup>61</sup>

Conforme visto no tópico 1.2, que tratou especificamente da proposta de emenda à constituição n. 575-B de 1988 que culminou na promulgação da Emenda Constitucional n 46 de 2005, cuja fonte foi a leitura dos relatórios de ambas as Casas Legislativas e da exposição de motivos, existentes nos Diários Oficiais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal<sup>62</sup>, o contexto de regulação da norma era a titularidade das ilhas costeiras habitadas abarcadas pelo território dos municípios.

A finalidade do legislador foi conferir isonomia de tratamento aos moradores das ilhas em relação aos moradores do continente, mediante o retorno do regime de dominialidade das ilhas costeiras existentes na constituição anterior, qual seja a de que as terras devolutas das ilhas pertenciam aos estados, cabendo a eles distribuí-las aos municípios.

O legislador histórico deixou claro que pretendia excluir do domínio da União as ilhas que se urbanizaram e não apenas as ilhas sede do município no sentido estrito do termo, tendo sido explícito de que essa foi sua intenção reguladora, em sentido contrário, seu objetivo foi

---

<sup>60</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 466

<sup>61</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 468

<sup>62</sup> Cf. Diário da Câmara dos Deputados, publicado em dezembro de 2002 p. 55895 Disponível em: [imagem.camara.gov.br/Imagem/d/Pdf/DCD18DEZ2002.pdf#page=812](http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/Pdf/DCD18DEZ2002.pdf#page=812) e Diário do Senado Federal, de 2 de abril de 2004, fls. 9.022 e 9.023

atribuir à União apenas as ilhas costeiras “fora das baías e as que não integrem o território da sede e distritos de Município.”:

Assim, com base no elemento teleológico, inequívoco no sentido de excluir do domínio da União as ilhas que integrassem o território dos municípios e conferir igualdade de tratamento aos moradores das ilhas costeiras em relação aos moradores do continente, parece evidente que o termo “sede de município” foi utilizado pelo legislador histórico no sentido amplo, qual seja, “abarcando como sede de município, também os distritos, subdistritos, povoados e vilarejos que servem de base, apoio e suporte à administração e governo do município.” Restringir o termo sede de município apenas à cidade que lhe dá o nome e onde se abriga o governo e administração desse ente federativo é interpretar literalmente o termo fora do seu contexto e dos fins pretendidos pelo legislador.

#### **4. 1.3 Método de integração de lacunas patentes por analogia da Emenda Constitucional n. 46 de 2005 e extensão teleológica**

Na hipótese de não se concordar que o significado amplo que se atribui ao termo “sede de município”, isto é, caso se entenda que o sentido amplo estabelecido para o termo extrapole o sentido literal possível, propõe-se a integração por analogia, pois o sentido literal possível “constitui o ponto de partida e, ao mesmo tempo determina o limite da interpretação, pois aquilo que está para além do sentido literal possível e que já não é com ele compatível, mesmo na mais ampla das interpretações, não pode valer como conteúdo da lei”<sup>63</sup>.

Nessa hipótese, entende-se que o escopo da Emenda Constitucional n. 46 de 2005 deve prevalecer sobre o sentido literal do termo “sede de município”, para excluir do domínio da União não apenas as ilhas sedes de município, mas também as ilhas que contenham distritos, subdistritos, povoados e vilarejos que sirvam de base, apoio e suporte à administração e governo desse ente federativo. O que resultaria na aplicação do recurso denominado por Larenz de “integração das lacunas da lei (desenvolvimento do direito imanente à lei)” na espécie de “integração de lacunas patentes, em especial por analogia”.

---

<sup>63</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 485

Para aclarar o que se entende por método de integração das lacunas da lei (desenvolvimento do direito imanente à lei) na espécie de integração de lacunas patentes, em especial por analogia transcreve-se trecho da obra que o elucida.

Em todos os casos em que os tribunais sublinhem que o sentido e o escopo de um preceito prevalecem sobre um teor literal (linguisticamente inequívoco) e que a interpretação não está limitada pelo sentido literal, trata-se, em verdade, sempre que o resultado se não situe, pois, nos marcos do sentido literal linguisticamente possível, de integração de lacunas, de analogia. <sup>64</sup> [...] entendemos por analogia a transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal (A), ou para várias hipóteses semelhantes, numa outra hipótese B, não regulada na lei, semelhante à aquela. A transposição funda-se em que, devido à sua semelhança, ambas as hipóteses legais não se ser identicamente valoradas nos aspectos decisivos, para a valoração legal; quer dizer, funda-se na exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual. A integração da lacuna da lei, por via de um recurso a um princípio ínsito na lei, funda-se em que a situação de fato não regulada expressamente na lei é aquela a que o princípio (igualmente) se refere, sem que aqui intervenha um princípio contrário. As duas situações de fato serem semelhantes entre si significa que concordam em alguns aspectos, mas não noutros, se concordassem absolutamente em todos os aspectos, que não de ser tomados em consideração então seriam iguais. Por essa razão as previsões legais podem não ser absolutamente iguais nem desiguais entre si; mas tem de concordar precisamente nos aspectos decisivos para a valoração jurídica.<sup>65</sup>

Em outras palavras, a analogia recorre a um processo de pensamento valorativo que não se reduz a uma operação mental lógico-formal. Esse processo considera preponderante para reconhecer as hipóteses legais reguladas na lei a sua *ratio legis*. Esse processo consiste em transportar uma regra dada para uma hipótese legal numa outra semelhante a ela. A resolução de um problema com base em um princípio achado pela via de generalização de uma regra representa uma correção do demasiado estrito teor literal da lei conforme a *ratio legis* e a teleologia da própria lei.<sup>66</sup> O escopo da analogia consiste em evitar uma contradição de valoração que não é justificável.

Diante disso, pergunta-se: tendo em vista que o escopo da emenda constitucional foi conferir igualdade de tratamento entre os habitantes das ilhas em relação aos habitantes do continente, o que justificaria essa desigualdade de tratamento? Não encontrou-se outro fundamento que justifique essa desigualdade senão o apego a uma interpretação restrita do

---

<sup>64</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 454

<sup>65</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 540 a 541

<sup>66</sup>LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014 p. 565



termo “sede de município” ou de seu sentido literal possível. É exatamente a correção desse apego injustificável ao sentido literal restrito que o processo analógico pretende fazer.

Em suma, por tudo que foi interpretado da Emenda Constitucional n. 46 de 2005, não há fundamento que resista ao fato de que os habitantes das ilhas não sede de município merecem o mesmo tratamento que os habitantes das ilhas sedes de municípios, ambos merecem igualdade de tratamento em relação aos habitantes do continente, tendo sido esse a teleologia da norma e sendo esse tratamento igual uma imposição imanente ao ordenamento jurídico vigente.

#### **4.1.4 Discussão e conflitos entorno dos bens excluídos do domínio da união pela Emenda constitucional n 46 de 2005**

O outro ponto a ser destacado em consonância com o referencial teórico- metodológico adotado por esse trabalho é o alcance normativo da Emenda Constitucional n. 46 de 2005. Quando ela exclui do domínio da União as ilhas costeiras que contenham sede de município, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, inciso II, a norma se reporta a quais bens públicos? As praias que são bens de uso comum do povo de titularidade da União foram excluídas do seu domínio? E os terrenos de marinha?

O art. 20 da constituição Federal de 1988 elenca em onze incisos os bens da União. O inciso IV determina que as ilhas costeiras são bens da União e posteriormente aduz que as ilhas que contenham sede de município estão excluídas desse rol, excepcionando que os bens de uso especial da União (áreas afetadas ao serviço público federal), as unidades ambientais federais não foram excluídas do domínio desse ente federativo.

Uma análise sistemática do art. 20 revela que não apenas os bens excepcionados no inciso IV não foram excluídos dos bens da União das ilhas costeiras. Raciocínio em sentido contrário levaria à interpretação de que as praias marítimas – que em decorrência inciso IV são bens de uso comum do povo sob domínio a União – das ilhas costeiras que contenham sede de município foram excluídas de seu domínio. Esse mesmo raciocínio levaria à interpretação de que os recursos minerais – que são bens da União por força do inciso IX – das ilhas sedes de município foram excluídos do domínio desse ente federativo.

O raciocínio aduzido nos parágrafos anteriores foi corroborado pelo Supremo Tribunal Federal que entendeu que os terrenos de marinha localizados em ilhas costeiras que contenham sede de município – elencados entre os bens da União no inciso VII do art. 20 da CF/88 – não foram excluídos pela Emenda Constitucional n. 46 de 2005. O STF no julgamento do Recurso Extraordinário n. 636.199, originário do Espírito Santo, interposto pelo Ministério Público Federal contra a União, que pretendia ver reconhecida a inexigibilidade do pagamento das “taxas de marinha” pelos ocupantes dos terrenos de marinhas localizados nas ilhas costeiras do Município de Vitória/ES sob o fundamento de que a Emenda Constitucional n. 46 de 2005 alterou o inciso IV do art. 20 do Texto Magno, de modo que os terrenos de marinha e acrescidos localizados em municípios com sede em ilhas costeiras, por uma interpretação sistemática com o inciso VII deste mesmo artigo, não mais integram o rol de bens pertencentes à União. Foi negado provimento ao recurso, firmando-se a tese pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal de que

Ao equiparar o regime jurídico-patrimonial das ilhas costeiras em que sediados Municípios àquele incidente sobre a porção continental do território brasileiro, a Emenda Constitucional nº 46/2005 não interferiu na propriedade da União, nos moldes do art. 20, VII, da Constituição da República, sobre os terrenos de marinha e seus acrescidos situados em ilhas costeiras sede de Municípios, incólumes as relações jurídicas daí decorrentes.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Cf. Ementa do RE n. 636.199, originário do Espírito Santo disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4039512&numeroProcesso=636199&classeProcesso=RE&numeroTema=676>: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. BENS DA UNIÃO. ILHAS COSTEIRAS COM SEDE DE MUNICÍPIOS. TERRENOS DE MARINHA E SEUS ACRESCIDOS. APROVEITAMENTO POR PARTICULARES. FORO, LAUDÊMIO E TAXA DE OCUPAÇÃO. EXIGIBILIDADE. ART. 20, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 46/2005. INALTERADO O ART. 20, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. PRIMADO DA ISONOMIA. TITULARIDADE DA UNIÃO. 1. Recurso extraordinário em que se pretende ver reconhecida a inexigibilidade do pagamento de foro, laudêmio e taxa de ocupação, tendo em vista o aproveitamento, por particulares, de terrenos de marinha e acrescidos localizados nas ilhas costeiras do Município de Vitória, Espírito Santo. Tema nº 676 de repercussão geral. Controvérsia sobre a situação dominial dos terrenos de marinha e seus acrescidos localizados em ilha costeira com sede de Município, à luz do art. 20, IV, da Constituição da República, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 46/2005. 2. O domínio da União sobre as terras situadas nas ilhas litorâneas (art. 20, IV) foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ACO 317 (Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 20.11.1992), resguardada a legitimidade de eventual transferência da titularidade para os Estados, pelos meios regulares de direito (art. 26, II). 3. A alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 46/2005 criou, no ordenamento jurídico, exceção à regra geral então vigente sobre a propriedade das ilhas costeiras. Com a redação conferida ao art. 20, IV, da Constituição da República pelo constituinte derivado, deixaram de pertencer à União as ilhas costeiras em que sediados entes municipais, expressamente ressalvadas, no novo comando constitucional, as “áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal e as referidas no art. 26, II”, que remanesceram no patrimônio federal. 4. Antes da Emenda Constitucional nº 46/2005, todos os imóveis situados nas ilhas costeiras que não pertencessem, por outro título, a Estado, Município ou particular, eram propriedade da União. Promulgada a aludida emenda, deixa de constituir título hábil a ensejar o domínio da União o simples fato de que situada determinada área em ilha costeira, se nela estiver sediado Município, não mais se presumindo a propriedade da União sobre tais terras, que passa a depender da existência de outro título que a

Embora o referido julgado tratou de firmar a tese de que a Emenda Constitucional n.º 46/2005 não interferiu na propriedade da União, nos moldes do art. 20, VII, da Constituição da República, sobre os terrenos de marinha e seus acrescidos situados em ilhas costeiras sede de Municípios, os fundamentos que sustentam a tese permitem deduzir que a referida emenda não interferiu nos bens da União elencados nos demais incisos do art. 20 da CF/88. O fundamento para esse entendimento é muito bem elaborado no voto da relatora do RE. n.636.199, de autoria da Ministra Rosa Weber cujo trecho transcreve-se a seguir

A concretização dos preceitos constitucionais, por meio de uma concepção hermenêutica lastreada na força normativa da Constituição, depende de que se considere a Lei Fundamental como um todo orgânico, um único conjunto de normas, vinculantes e compatíveis entre si. Uma interpretação sistemática do texto constitucional conduz à conclusão inarredável de que a alteração introduzida no inciso IV do art. 20 pela EC n.º 46/2005 não teve o condão de alterar o regime patrimonial dos bens referidos no inciso VII, como, aliás, de nenhum outro bem arrolado no mencionado artigo. A leitura proposta pelo recorrente, no sentido de que os terrenos de marinha e acrescidos teriam sido transferidos ao ente municipal, levaria à conclusão desarrazoada de que todos os demais bens constitucionalmente atribuídos à dominialidade da União – potenciais de energia elétrica, recursos minerais, terras tradicionalmente ocupadas pelos índios etc. –, se situados nas ilhas municipais, estariam, após a edição da EC n.º 46/2005, igualmente excluídos do patrimônio federal. As ressalvas constantes da parte final do dispositivo emendado, referentes às “áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal”, devem ser compreendidas como adendos aos demais bens integrantes do acervo patrimonial da União. [...] Sobreleva-se, ainda, o importante fundamento apostado no parecer da Procuradoria-Geral da República, da lavra do eminente Subprocurador Geral da República Paulo Gustavo Gonet Branco, assim exarado no ponto: “destoaria do sistema de distribuição de bens entre as entidades da Federação entender que os Municípios sediados em ilhas sejam proprietários dos terrenos de marinha, mas não o sejam os Municípios costeiros. Não haveria motivo consistente

---

legítimo. 5. Controvérsia sobre a exegese de norma erigida pelo constituinte derivado. Interpretação sistemática do art. 20, IV e VII, da Constituição da República. Concepção hermenêutica da Constituição como um todo orgânico, conjunto coerente de normas, vinculantes e compatíveis entre si. A EC n.º 46/2005 não alterou o regime patrimonial dos terrenos de marinha, tampouco dos potenciais de energia elétrica, dos recursos minerais, das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e de nenhum outro bem arrolados no art. 20 da CF. 6. Conformação do conteúdo e alcance da Emenda Constitucional n.º 46/2005 ao primado da isonomia, princípio informador – a um só tempo – dos âmbitos de elaboração, interpretação e aplicação da lei. Ausente fator de discrimen a legitimar a geração de efeitos desuniformes, no tocante ao regramento dos terrenos de marinha e acrescidos, entre municípios insulares e continentais, incide sobre ambos, sem distinção, o art. 20, VII, da Constituição da República. 7. Tese firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal: Ao equiparar o regime jurídico-patrimonial das ilhas costeiras em que sediados Municípios àquele incidente sobre a porção continental do território brasileiro, a Emenda Constitucional n.º 46/2005 não interferiu na propriedade da União, nos moldes do art. 20, VII, da Constituição da República, sobre os terrenos de marinha e seus acrescidos situados em ilhas costeiras sede de Municípios, incólumes as relações jurídicas daí decorrentes. 8. Conclusão que não implica afirmar ilegítimos inconformismos quanto à aplicação do regramento infraconstitucional pertinente e aos procedimentos adotados pela Secretaria de Patrimônio da União, matérias que, todavia, não integram o objeto deste apelo extremo e cujo exame refoge à competência extraordinária desta Corte. Procedem da legislação infraconstitucional as dificuldades práticas decorrentes (i) da opção legislativa de adotar a linha do preamar médio de 1831 como ponto de referência para medição dos terrenos de marinha (Decreto-lei n.º 9.760/1946), e (ii) das transformações, naturais ou artificiais, ocorridas ao longo dos anos, como os aterramentos e as alterações do relevo acumuladas. Não guardam relação com a alteração promovida pela EC n.º 46/2005, e não foram por ela solucionadas. 9. Recurso extraordinário conhecido e não provido.

para justificar a incoerência sistemática que daí resultaria. Uma tal interpretação da Emenda ficaria desautorizada pela dissimetria abstrusa a que conduziria. Com a Emenda Constitucional nº 46/2005, as ilhas costeiras em que situada a sede de Município passam a receber o mesmo tratamento da porção continental do território brasileiro no tocante ao regime de bens da União, nem mais nem menos.

A interpretação literal do texto constitucional acrescido ao inciso IV do art. 20 da CF/88 no sentido de que os terrenos de marinha das ilhas sedes de município foram transferidos para esse ente federativo após a Emenda Constitucional n. 46 de 2005 criaria uma situação de desigualdade em relação aos municípios localizados no continente, o que seria absolutamente contrário ao objetivo da emenda que – conforme já aduzido em tópico específico nesse trabalho – foi justamente conferir tratamento isonômico entre os habitantes das ilhas e os habitantes do continente. Assim, seria um contrassenso admitir que com referida emenda os habitantes das ilhas ocupantes de terrenos de marinhas não mais seriam obrigados a pagas as “taxas de marinha” enquanto que os ocupantes de terrenos de marinha do continente remanesceriam obrigados ao pagamento da taxa. Ressalte-se que não se está concordando com a manutenção do vetusto instituto do terrenos de marinha, que possui variadas razões para ser extinto – razões essas que não cabem ser elencadas na análise normativa e hermenêutica da EC n 46. 2005 – apenas se está asseverando que a EC n. 46/2005 não excluiu do domínio da União os terrenos de marinha das ilhas sedes de município.

Em suma, interpretar o inciso IV do art. 20 da CF/88 no sentido de que apenas os bens de uso especial da União e as áreas de proteção ambiental federal não foram excluídas do domínio da União em decorrência de esses bens estarem localizados em ilhas costeiras que contenham sede de município significaria atribuir equivocadamente ao município ou ao Estado cuja ilha sede de município estiver localizada todos os bens da União elencados nos onze incisos do art. 20 da CF/88. Em outras palavras, os bens da União elencados nos demais incisos do referido artigo não foram excluídos do domínio da União, ainda que estejam localizados em ilhas costeiras com sede de município. A norma constitucional que exclui do domínio da União as ilhas que contenham a sede de município não abrange os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial de titularidade da União, em cujo território a ilha está localizada.

Portanto, resta analisar quais bens dominicais foram excluídos pela referida emenda constitucional do domínio da União e para qual ente federativo esses bens foram atribuídos. Da análise sistemática da Constituição, estabeleceu-se que os imóveis registrados em nome da União não formam excluídos de seu domínio, o fundamento de tal assertiva é o respeito ao

princípio da irretroatividade da lei e ao direito adquirido. Se determinado bem se encontra registrado como bem dominical de determinado ente federativo não poderá norma posterior, ainda que de natureza constitucional, modificar tal situação. Aqueles bens dominicais registrados em cartório ou inscritos no Registro imobiliário Patrimonial (RIP) em nome da União antes da Emenda Constitucional n. 46 de 2005 não foram transferidos para o município ou para os Estados. Corroborando esse entendimento, em artigo específico sobre as repercussões da emenda constitucional n. 46 de 2005, Paiva, com fundamento nos princípios elencados linhas acima assevera que

[...] deve-se, forçosamente, concluir que a União, quando ao tempo da legislação constitucional pretérita, procedeu regularmente ao registro da sua propriedade no cartório de imóveis, adquirindo o direito definitivamente. [...] Constata-se, que, de uma certa forma, o patrimônio da União sobre as ilhas costeiras, excetuada a sua propriedade por outro fundamento constitucional, cristalizou-se com a publicação e início da vigência da EC 46/05.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup>PAIVA, Adriano Martins. Revista do Tribunal Regional Federal da 1 Região, v. 18, n. 2, fev. 2006 p.38

## **5. CAPÍTULO 4**

### **5.1. MUNICÍPIO ARQUIPÉLAGO DE CAIRU; ARQUIPELAGO DE TINHARE; POVOADO DE MORRO DE SÃO PAULO**

#### **5.1.1 histórico da ocupação da ilha de Tinharé e a origem do povoado de morro de são Paulo**

O arquipélago de Tinharé é um dos lugares turísticos mais frequentados do Brasil. O povoado de Morro de São Paulo, que fica localizado na ilha de Tinharé, uma das três maiores ilhas do arquipélago e que leva seu nome, foi um dos primeiros a ser ocupado em decorrência do turismo, conforme relata documento produzido pela CONDER. “A partir da década de 80, a atividade do turismo vem se desenvolvendo com muita força na região, atraindo grande quantidade de turistas, veranistas e investidores principalmente nas localidades de Morro de São Paulo (Ilha de Tinharé) e da Ilha de Boipeba”. Contudo, a história da ocupação dessas ilhas é bem antiga e remete aos tempos da colonização do Brasil pelos europeus.

A história da ocupação de Morro de São Paulo se confunde com a própria história da ocupação do Brasil pelos portugueses. Por volta de 1534, Francisco Romero, administrador da capitania hereditária de São Jorge do Ilheis – ou simplesmente capitania de Ilhéus – ergueu uma povoação coroando o alto do Morro de São Paulo e nela assentou um pequeno grupo de europeus que se ocuparam do cultivo do algodão. Segundo o antropólogo Antônio Risério, “nascia assim a primeira povoação europeia da Capitania de Ilhéus, uma das primeiras do atual Estado da Bahia e umas das mais antigas de todo o Brasil.”<sup>69</sup>

Segundo estudo realizado pela CONDER, “a ocupação das ilhas é bem antiga, havendo registros de acontecimentos do início da colonização do Brasil. A existência da Fortaleza do Morro de São Paulo é atribuída à defesa da porção sul da entrada da cidade de Salvador, sendo a cidade de Cairu uma das principais cidades surgidas na época colonial”<sup>70</sup>. Em 1565, foram

---

<sup>69</sup>RISÉRIO, Antônio. Tinharé: História e Cultura no Litoral Sul da Bahia. Salvador: BYI Projetos Culturais Ltda., 2003 p.60

<sup>70</sup>Cf. BAHIA. Secretaria do Planejamento, Ciência e Tecnologia; Companhia de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Salvador – CONDER; Centro de Recursos Ambientais – CRA. Plano de Manejo da APA – Área de Proteção Ambiental Tinharé / Boipeba. Salvador - Bahia, 1998.

criadas as vilas de Cairu – que no futuro se tornou sede do município que controla o arquipélago de Tinharé – Santo Antônio de Boipeba e Camamu.

A ilha de Tinharé, juntamente com Cairu e Boipeba, durante os séculos XVII e XVIII, foram responsáveis pela maior produção de farinha de mandioca que abastecia Salvador. A ilha de Tinharé, devido a sua privilegiada posição geográfica para a época, funcionou como estratégico ponto de defesa da Baía de Todos os Santos pelo simples fato de que umas das formas de se adentrar à Baía para chegar à Cidade do Salvador era passando pelas águas da Ilha de Tinharé; bem como serviu como ponto estratégico de proteção do escoamento da produção regional de farinha de mandioca, o que demandou fortificar o canal de Tinharé<sup>71</sup>.

A povoação de Morro de São Paulo se desenvolveu em função da Fortaleza,<sup>72</sup> em 1664 o povoado possuía uma fortaleza com guarnição fixa. Quando o então imperador do Brasil D. Pedro II visitou o local em 1859, o vilarejo possuía 300 famílias residentes<sup>73</sup>. O referido estudo aponta que durante o período colonial, “sem contar com solos produtivos, a alternativa dos antigos produtores da região era a ocupação de grandes glebas de terra para compensar a baixa produtividade dos solos, surgindo assim imensas fazendas de piaçava e extração de madeira, dois produtos de grande importância na época colonial”.

No século XX, com o fim do Império e o advento da República, até o início dos anos 80, o uso e a ocupação do solo do arquipélago de Tinharé era quase que exclusivamente de origem agrícola, ligado ao cultivo de coco, dendê e piaçava. Sua estrutura fundiária era composta predominantemente de grandes propriedades de cultura extrativista, que detinham o controle sobre o processo de ocupação do território. Historicamente, a estrutura fundiária foi formada

---

<sup>71</sup>Cf. BAHIA. Secretaria do Planejamento, Ciência e Tecnologia; Companhia de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Salvador – CONDER; Centro de Recursos Ambientais – CRA. Plano de Manejo da APA – Área de Proteção Ambiental Tinharé / Boipeba. Salvador - Bahia, 1998.

<sup>72</sup>Cf. BAHIA. Secretaria do Planejamento, Ciência e Tecnologia; Companhia de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Salvador – CONDER; Centro de Recursos Ambientais – CRA. Plano de Manejo da APA – Área de Proteção Ambiental Tinharé / Boipeba. Salvador - Bahia, 1998.

<sup>73</sup>RISÉRIO, Antônio. Tinharé: História e Cultura no Litoral Sul da Bahia. Salvador: BYI Projetos Culturais Ltda., 2003

por famílias ligadas à terra por laços econômicos, sociais e políticos<sup>74</sup>. As grandes fazendas de coco são mais recentes que as fazendas de piaçava e dendê, e estão localizadas principalmente na costa atlântica da ilha que eram consideradas inferiores na época pelos fazendeiros de piaçava e dendê por ser castigadas pelo vento e por ser de difícil acesso pela navegação<sup>75</sup>, ao contrário da borda continental, protegida do vento e servida de canais fluviais de fácil navegação.

Foi apenas em meados desse século que surgiu o elemento que viria a transformar a configuração fundiária e economia do local: o turismo. Segundo a pesquisa realizada pela CONDER, é nesse período que “uma série de pessoas passou a frequentar os povoados de Morro de São Paulo, Gamboa e Boipeba, não necessariamente para trabalhar, seja na pesca ou na agricultura, ou simplesmente para visitar amigos e parentes. Os novos visitantes vinham apenas e tão somente para admirar a natureza”.

### **5. 1.2 O problema da titularidade da União sobre as ilhas do município arquipélago de Cairu/ba não solucionados pelo interpretação literal da Emenda Constitucional n. 46 de 2005**

A interpretação dada à EC n. 46/2005 pelos órgãos oficiais permitiu que apenas a ilha de Cairu fosse excluída do domínio da União, por ser a sede do município no sentido estrito do termo. O que não resolve a maioria dos problemas que a norma pretendeu tratar – problemas que já foram elencados no capítulo 2, tópico 3.1.5. Os conflitos da União com o Município de Cairu e os habitantes foram relativamente pacificados apenas na ilha sede do município. Entretanto, a ilha de Cairu é apenas uma das três maiores e mais habitadas ilhas do município arquipélago, e a menos relevante em termos de potencial turístico e riqueza natural, dentre outras razões, por ela não possuir a preciosa costa atlântica que tem as ilhas de Tinharé e Boipeba.

---

<sup>74</sup> BAHIA. Secretaria do Planejamento, Ciência e Tecnologia; Companhia de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Salvador – CONDER; Centro de Recursos Ambientais – CRA. Plano de Manejo da APA – Área de Proteção Ambiental Tinharé / Boipeba. Salvador - Bahia, 1998.

<sup>75</sup> BAHIA. Secretaria do Planejamento, Ciência e Tecnologia; Companhia de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Salvador – CONDER; Centro de Recursos Ambientais – CRA. Plano de Manejo da APA – Área de Proteção Ambiental Tinharé / Boipeba. Salvador - Bahia, 1998.



O povoado de Morro de São Paulo, que fica na ilha de Tinharé, é um dos três maiores povoados da municipalidade e o mais visitado por turistas, é considerado de dominialidade da União<sup>76</sup>. A SPU, partindo da premissa de que possui o domínio sobre toda a ilha de Tinharé, vem promovendo ações de fiscalização nessa localidade, multando e obrigando a regularização da ocupação ou constituição de foro com os possuidores desses imóveis, bem como exigindo o pagamento da respectiva taxa de ocupação ou do foro. Os habitantes desse povoado estão sendo surpreendidos e rotulados como ocupantes irregulares dos bens imóveis em que vivem, por vezes, há décadas, sob a alegação de que a propriedade da ilha de Tinharé pertence à União.

Não é preciso muito esforço para perceber que esse não foi o escopo da emenda constitucional. Não parece correto que ela tenha pretendido dar solução aos conflitos decorrentes do domínio da União sobre o arquipélago de Tinharé apenas em relação a ilha de Cairu. Ao contrário, seu escopo foi conferir isonomia de tratamento entre os habitantes e não criar tratamento desigual entre eles, excluindo do domínio da União apenas a ilha de Cairu. Forçoso concluir que o escopo almejado pela emenda só se atingirá se excluído do domínio da União também as ilhas de Tinharé e Boipeba, pois essas ilhas integram distritos do município de Cairu e servem de base ao governo e administração do município, bem como nelas estão localizados diversos povoados e vilarejos cujos habitantes não podem ficar sujeitos a tratamento desigual em relação aos habitantes das ilhas sedes do município e dos habitantes do continente.

Não é outra a conclusão que se chegou senão a de que seja por interpretação ampla do termo sede de município, seja por prevalência do escopo da Emenda Constitucional n. 46 de 2005 em detrimento do sentido literal do termo sede de município, essas ilhas devem ser consideradas excluídas do domínio da União por força dessa norma.

---

<sup>76</sup>Segundo entrevistas informais na SPU Salvador é comum na ilha de Tinharé a regularização de ocupação e cobrança anual da taxa de ocupação correspondente a 6% do valor do imóvel, e menos comum de contratos de enfiteuse administrativa e a cobrança de foro anual correspondente a x% o valor do imóvel, além da cobrança do laudêmio

## **6) CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por tudo que foi estudado nessa pesquisa, concluiu-se que a emenda Constitucional n. 46 de 2005 atribuiu sentido amplo ao termo sede de município, no sentido de excluir do domínio da União todas as ilhas que contenham distritos, subdistritos, povoados e vilarejos que sirvam de base, apoio e suporte à administração e governo do ente federativo municipal. Sendo certo que esse sentido amplo está alinhado com os demais elementos interpretativos. Não há fundamento na norma que justifique interpretação restritiva do termo sede de município para excluir do domínio da União apenas a ilha que contenha a cidade ou núcleo urbano que leva o nome do município.

Mesmo que o termo sede de município no sentido amplo que se julgou atribuído ao termo pela norma esteja fora do sentido literal possível, ainda assim, nesse caso o sentido literal possível deve ceder à teleologia da norma no sentido de conferir igualdade de tratamento aos habitantes das ilhas em relação aos habitantes do continente. Não havendo porque conferir essa igualdade de tratamento apenas aos habitantes da ilha sede de município e negá-lo aos habitantes das ilhas não sede de município.

Equívocada e contrária à constituição a interpretação realizada pela SPU no arquipélago de Tinharé no sentido de considerar excluído do domínio da União apenas a ilha de Cairu, posto que por força da Emenda Constitucional n. 46 de 2005 foram excluídas de seu domínio todas as ilhas costeiras que contenham distritos, subdistritos, povoados e vilarejos que sirvam de base, apoio e suporte à administração e governo do ente federativo municipal. O que significa dizer que a ilha de Tinharé e Boipeba também foram excluídas de seu domínio.

Ainda que se considere que essas ilhas não integram a sede do município de Cairu, elas devem ser excluídas do domínio da União por força do postulado de justiça e igualdade na exata medida em que, atento ao escopo da emenda, não há como justificar que foi dado igualdade de tratamento aos habitantes da ilha de Cairu em relação aos habitantes do continente e negado aos habitantes das ilhas de Tinharé e Boipeba.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica decisão, dominação. 2 ed. São Paulo, editora Atlas, 1994.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A ciência do direito. 2 ed. São Paulo, editora Atlas, 2012.

LARENZ, Karl: Metodologia da Ciência do Direito. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. 6 ed. Lisboa 2014

BONAVIDES, Paulo: Curso de Direito Constitucional Editora Malheiros 28 ed. São Paulo 2013

LIMA, Ruy Cirne: pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas 5 ed. Goiânia: Editora UFG 2002

PORTO, Costa. O Sistema Sesmarial no Brasil. ed. Universidade de Brasília, Distrito Federal

FILHO, Marçal Justen: Curso de direito administrativo. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2010.

BALDEZ Miguel Lazelloti; TORRES Paulo Rosa. Questão Agrária: *distribuição e concentração fundiária aspectos históricos e atuais*

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas. 2008

LARANJEIRA, Raymundo. Propedêutica do Direito Agrário. São Paulo: Editora LTR. 1975

CUNHA JUNIOR, Dirley. Terras devolutas nas constituições republicanas. Revista Jurídica dos formandos em direito da UFBA, Salvador, s/e., v.IV, pp. 261- 276, jul./dez. 1998

MEIRELES, Hely Lopes: Direito administrativo Brasileiro. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros 2002

FILHO Nagib Slaibi: Breve História do Controle de Constitucionalidade. Disponível em [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e8695704a09b786e3&groupId=1016](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e8695704a09b786e3&groupId=1016)

PAIVA, Adriano Martins. Revista do Tribunal Regional Federal da 1 Região, v. 18, n. 2, fev. 2006

RISÉRIO, Antônio. Tinharé: História e Cultura no Litoral Sul da Bahia. Salvador: BYI Projetos Culturais Ltda., 2003

BAHIA. Secretaria do Planejamento, Ciência e Tecnologia; Companhia de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Salvador – CONDER; Centro de Recursos Ambientais – CRA. Plano de Manejo da APA – Área de Proteção Ambiental Tinharé / Boipeba. Salvador - Bahia, 1998.