

POPULAÇÃO TRADICIONAL EM UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL: ENTRE A HIERARQUIA DA NORMA GERAL E A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE.

EVANDRO BASTOS SATHLER

Advogado socioambientalista;
mestre em ciências sociais e jurídicas (UFF);
doutor em geografia (UFF);

Professor substituto da Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri (UFVJM);
Professor licenciado da Universidade Severino Sombra (USS)

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a situação legal de comunidade tradicional em Unidade de Conservação de Proteção Integral – UCPI, propondo uma discussão entre a supremacia hierárquica da norma geral, no caso a Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC e a competência dos entes federativos para legislar concorrentemente sobre a situação em tela.

A discussão é guiada pelo Termo de Compromisso Ambiental - TCA, celebrado recentemente entre o Instituto Estadual do Ambiente - INEA, órgão executivo da política ambiental do Estado do Rio de Janeiro, e os integrantes da comunidade tradicional do Morro das Andorinhas, objetivando sua permanência nos limites do Parque Estadual da Serra da Tiririca - PESET.

Nos considerandos o TCA busca consonância com o SNUC, com o Decreto 4.340/02, que regulamenta alguns artigos do SNUC, e o Decreto 6.040/07, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Invoca, ainda, a Constituição Estadual do Rio de Janeiro, além de normas estaduais específicas para o PESET, como a Lei RJ 5.079/07, que o delimita definitivamente; a Lei RJ 2.393/95, que autoriza o Poder Executivo a assegurar às populações nativas há mais de 50 anos em unidades de conservação do Estado do Rio de Janeiro o direito real de uso, mediante contrapartidas de proteção ambiental. Com relação a esta última norma se concentra o imbróglgio jurídico em que este trabalho focaliza.

O objetivo desta abordagem é analisar o cenário divergente e de incertezas que regem a matéria, demonstrando que a realocação de comunidades tradicionais residentes em UCPI, nos termos do artigo 42 do SNUC, não é tarefa pacífica. Existem ou não brechas para outras interpretações? Seria possível deixar de lado a generalidade do SNUC e considerar individualmente cada caso, especialmente quando existente norma estadual especializada? É possível conciliar a norma, conservação do ambiente e dignidade da pessoa humana? Estas são algumas indagações que orientam a discussão, buscando um entendimento mais aprofundado sobre comunidade ou população tradicional, contrapondo fato, norma e compromisso (pacto).

A abordagem inicia com uma breve retrospectiva institucional do PESET. Avança para a inserção do Morro das Andorinhas nos limites da unidade após sua instituição formal, englobando a população tradicional nele residente há mais de século.

Após esta fase introdutória segue-se uma análise jurídica, enfrentando a questão da hierarquia da norma e a competência legislativa concorrente para a matéria em comento, momento em que o TCA é enfrentado.

Finalizando, são discutidos os “espaços de incerteza” e a “desterritorialização subjetiva” na qualidade de referenciais teóricos, explorados no propósito de subsidiar uma argumentação pró permanência definitiva de populações tradicionais em UCPI, conforme certas condicionantes.

2. PESET: BREVE HISTÓRICO¹

O Parque Estadual da Serra da Tiririca - PESET abrange a maior parte da Serra da Tiririca, entre a Rodovia Amaral Peixoto (RJ 106) e o oceano Atlântico. Recoberta por vegetação típica de Mata Atlântica, com alguns bolsões de floresta primitiva, este contraforte da Serra do Mar está alinhado no sentido sudoeste-nordeste, e se eleva em altitude média de 250 m., chegando a 412 m. na pedra do Elefante (Alto Mourão) à beira mar. A cumeeira da serra divide os municípios de Niterói e Maricá, ambos integrantes da zona metropolitana do Rio de Janeiro, portanto um parque urbano.

No final dos anos 1980 uma área da Serra da Tiririca, na vertente niteroiense, denominada Córrego dos Colibris, foi alvo de um empreendimento imobiliário, cuja legalidade foi questionada pelo Ministério Público – MP através da primeira Ação Civil Pública Ambiental – ACPA ajuizada na Comarca de Niterói. O MP saiu vitorioso e os réus apelaram. A instância superior negou provimento ao recurso. A investida imobiliária recuou. Anos mais tarde retomou a iniciativa empreendedora, sob nova roupagem, mas encontrou no Córrego dos Colibris um cenário completamente diferente: a área já havia sido recoberta pelo manto protetor da conservação ambiental, adiante relatada.

Por conta do empreendimento imobiliário retro mencionado a sociedade civil se mobilizou, formando a “Frente em Defesa da Serra da Tiririca”, integrada por ambientalistas como Alba Simon, Axel Graef, Cássio Garcez, Cláudio Martins, Gerhard Sardo, Jorge Antonio Lourenço Pontes, José Chacon, Laura França, Omar Serrano, Paulo Bidegain, Werther Holzer, entre tantos outros. Acreditava-se naquela época que uma Unidade de Conservação, na categoria de um Parque Estadual, serviria para frear a gana imobiliária.

O projeto idealizado por Paulo Bidegain e Werther Holzer foi abraçado pelo então deputado estadual Carlos Minc, que logrou aprovar a criação do Parque Estadual da Serra da Tiririca, através da Lei RJ nº 1.901, em 29 de novembro de 1991. Vez que a iniciativa de criação da unidade partiu do parlamento, não havia limites definidos, considerando que instituir limites é tarefa do Poder Executivo, que possui o aparato técnico e a competência para tal procedimento. Desta forma o PESET nasce sem limites, que seriam estabelecidos de

¹ As informações deste capítulo foram extraídas da tese de doutoramento do autor, intitulada “Os espaços de incerteza, a desterritorialização subjetiva e o pacto da conservação: perspectivas de uma geografia socioambiental das áreas naturais protegidas, disponível em www.ambiental.adv.br/textos.htm, visitada em 28.03.2012

forma participativa pelos mecanismos previstos na lei que o criou. É dizer, havia uma alma sem corpo.

Em 1992, sob influência da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Sustentável - ECO92, a Serra da Tiririca foi inserida na Reserva da Biosfera da Mata Atlântica. Além deste manto protetor complementar, a Serra da Tiririca já havia sido declarada Área de Preservação Permanente – APP na Lei Orgânica de Niterói (pela via do artigo 3º do Código Florestal – Lei 4.771/65), e declarada de Proteção Ambiental pela Lei Orgânica de Maricá.

Em 1993 o Decreto RJ nº 18.598 dispôs, entre outras providências, sobre os limites da área de estudo para a demarcação do perímetro definitivo do PESET, cujas providências deveriam ser tomadas imediatamente. A ausência de limites para o PESET forçou o órgão executor, o então Instituto Estadual de Florestas – IEF-RJ, a defender um limite de estudo, até que os mecanismos participativos previstos na lei fossem esgotados. Entretanto, tais limites de estudo foram incorporados como limites da unidade, que assim permaneceu por catorze anos, gerando uma série de interpretações jurídicas e uma infinidade de processos administrativos e judiciais, tramitando até os dias de hoje.

Em 1995 quase nenhuma providência havia sido encaminhada no sentido da efetiva delimitação e implantação do PESET, conforme determinava o decreto supra mencionado. Esta desídia motivou ONGs de Niterói e Maricá a representaram junto à Curadoria de Defesa do Meio Ambiente e do Consumidor de Niterói, tendo sido instaurado o Inquérito Civil Público – ICP 24/1995. Cinco anos mais tarde, por motivação semelhante, foi instaurado novo ICP (36/2000). Em que pese tais iniciativas, nenhum resultado efetivo foi alcançado.

Passados quase dez anos da criação do PESET por lei, a unidade seguia sem limites definitivos, sede, plano de manejo e demais iniciativas pró-gestão. É dizer, os objetivos institucionais de conservação não eram enfrentados nos termos da lei, considerando a promulgação da Lei 9.985/00, que instituiu o SNUC.

Em 2001 a ONG *Núcleo de Estudos Ambientais – NEA Protetores da Floresta* ajuizou uma Ação Civil Pública Ambiental – ACPA² em face do então IEF-RJ, da então Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – SEMADS e do Estado do Rio de Janeiro³. Esta ACPA foi a primeira do gênero demandando a implantação de uma unidade de conservação, saindo vitoriosa em primeira e segunda instância.

Em 2007 foi sancionada a Lei RJ nº 5.079 que delimitou definitivamente o PESET, com limites aproximados à área de estudo prevista pelo Decreto RJ 18.598/93, por consequência retirando o objeto da referida ACPA, cuja extinção foi requerida incontinenti. Não obstante o Estado do Rio de Janeiro seguiu recorrendo, até que por definitivo o Supremo Tribunal Federal, em 2011, considerou a perda do objeto e a extinção do feito como requerido pelo autor.

² Este autor foi o advogado patrono da ação.

³ Sobre esta iniciativa examinar o artigo intitulado “Implantação de unidade de conservação postulada em juízo via ação civil pública: o caso do Parque Estadual da Serra da Tiririca, RJ”, publicado em 2002 nos anais do III Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação.

No contexto da delimitação definitiva do PESET, materializada pela Lei RJ 5.079/07, foi incluído nos limites da unidade o Morro das Andorinhas, cujo topo e parte de uma vertente encontrava-se ocupada por longa data. Vale informar que a comunidade tradicional do Morro das Andorinhas vivia permanentemente ameaçada por investidas da indústria imobiliária, que enxergava no Morro das Andorinhas uma área nobre, com vista para o mar e acessibilidade. Os integrantes da comunidade acreditavam que integrar os PESET os protegeria da indústria imobiliária, razão pela qual postulavam sua inserção nos limites da unidade. Além do que a Lei RJ 2.393/95 era a garantia de que não seriam realocados, o que não era um entendimento cem por cento garantido. Além deste fato, uma emenda à Lei RJ 5.079/07, costurada pelo deputado Marcelo Freixo, garantiu no corpo da lei – ou seja, expressamente - às populações tradicionais inseridas nos limites do PESET as garantias representadas pela Lei RJ nº 2.393/95, que cuidam da permanência de populações nativas no interior de parques⁴. Meses mais tarde o PESET teve seus limites ampliados pela via do Decreto RJ nº 41.266/08, inserindo o entorno do complexo lagunar de Itaipu e dunas, englobando sítios arqueológicos representados por sambaquis. A iniciativa foi contestada por Mandado de Segurança por representantes da indústria imobiliária.

3. O MORRO DAS ANDORINHAS

O Morro das Andorinhas não se alinha ao eixo da Serra da Tiririca, sendo, portanto, um braço enviesado no sentido aproximado para o sul, integralmente no município de Niterói, separando os bairros/praias de Itaipu e Itacoatiara.

A ocupação do morro é caracterizada pelo Sítio da Jaqueira, uma área com aproximadamente 38.000 m², integrada por (ex)pescadores tradicionais da praia de Itaipu, cuja ocupação foi iniciada pelo Sr. Leonel Siqueira da Silva no século XIX. Os descendentes do Sr. Leonel ocupam o Morro das Andorinhas até os dias de hoje.

Documento⁵ subscrito pelo antropólogo e professor Ronaldo Lobão, da Universidade Federal Fluminense, argumenta sobre a tradicionalidade dos ocupantes do Morro das Andorinhas, defendendo sua permanência no local. Segundo Lobão “não há dúvidas quanto ao enquadramento do grupo, e do espaço a ele associado, como uma comunidade tradicional”, afirmando que “a regeneração da Mata Atlântica local está associada a efeitos antrópicos vinculados à presença do grupo no espaço”. O documento enfatiza a construção de uma territorialidade, por exemplo, ao “não permitir a invasão de seu território”, cobiçado pela indústria imobiliária em virtude de sua acessibilidade e vista para o mar, e que “não se trata apenas de um direito à moradia”. Afirma, ainda, que “Estamos diante do direito à reprodução de um grupo, de um modo de vida, de um saber, de um afeto estabelecido com um território específico, que são constitutivos da nossa própria identidade nacional”. Neste sentido argumenta que “Não são apenas moradias, não estão em qualquer lugar. Estão no Morro das Andorinhas, fazem parte da Comunidade Tradicional do Morro das Andorinhas”.

⁴ Sobre a Lei RJ 2.393/95 ver o artigo deste autor: “Populações residentes em unidades de conservação de proteção integral: a competência da lei (RJ) 2.393/95 para além do sistema nacional de unidades de conservação – SNUC”. In: Anais do 12º Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2008, pp. 705 a 722.

⁵ Autos do Inquérito Civil 120/2002, Ministério Público – Niterói - RJ

Em 2003, quando o Morro das Andorinhas não integrava o PESET, atendendo a requerimento do MP, o IEF/RJ realizou vistoria no local, cujo relatório foi assinado pelo biólogo Felipe de Souza Queiroz, concluindo que:

“A área conhecida como Morro das Andorinhas é considerada de preservação permanente; Embora o Morro das Andorinhas não esteja inserida no Parque Estadual da Serra da Tiririca, é considerada Área de Especial Interesse Ambiental pelo Plano Diretor do Município de Niterói; Por se tratar de área de preservação permanente, fica vedada qualquer edificação; (...) Pelo fato da área ser de preservação permanente, sugerimos a retirada das benfeitorias com posterior intervenção no sentido de recompor o aspecto ambiental original”⁶.

A titularidade sobre as terras englobando o Morro das Andorinhas não é pacífica, sendo praticamente impossível determinar com precisão a quem pertence. Segundo o Prof. Lobão⁷ há pelo menos duas "titularidades" reivindicadas para o Morro das Andorinhas: uma delas estaria relacionada ao espólio de um comendador de Itacoatiara. Este, enquanto vivo, não contestou a ocupação ou a presença das famílias no Morro das Andorinhas.

Há uma titularidade também reivindicada pela empresa imobiliária Mattos & Mattos, que avoca a propriedade da área como sucessora das áreas da VEPLAN, ou do Balneário Itaipu, duas grande empresas de loteamento. Pesquisando-se a cadeia possessória em cartório da circunscrição não se chegou a informações precisas, capazes de definir a titularidade do Morro das Andorinhas, que possui marcos demarcatórios espalhados por alguns pontos, e que aparentam ser bem antigos. Ainda, a definição do Plano Diretor de Niterói concernente ao Relevante Interesse Ambiental indica o Morro das Andorinhas como “Área Pública”.

A comunidade do Morro das Andorinhas já enfrentou pelo menos duas ações judiciais: uma Ação Civil Pública, ajuizada em 1994 e outra em 2000, ambas pelo Ministério Público. Na primeira delas figurava, entre os réus, o município de Niterói, não constando ou mencionando qualquer proprietário para responder à ação, que, atualmente, encontra-se harmonizada em virtude do apoio que vem sendo dispensado pelo departamento de antropologia da UFF. Reitera-se que este departamento defende os direitos de permanência desta comunidade na área, indiferentemente da discussão de eventual direito de propriedade. Atualmente a comunidade tradicional do Morro das Andorinhas é representada pela Associação de Moradores do Morro das Andorinhas – ACOTMA.

No ano de 2008 uma equipe do PESET vistoriou a área do Sítio da Jaqueira, acompanhada de representantes da ACOTMA, moradores e do prof. Ronaldo Lobão (UFF)⁸. Esta vistoria objetivava colher subsídios para um Compromisso Ambiental, nos moldes do SNUC e do Decreto 4.340/02⁹. Uma minuta do termo foi elaborada, em outubro de 2008, mas

⁶ Trecho do Parecer Técnico constante do Processo Administrativo E-07/301320/03, extraído dos autos do Inquérito Civil 120/2002. Ministério Público – Niterói - RJ

⁷ Conforme informações destacadas de correspondência eletrônica trocada com o autor.

⁸ Este autor participou da vistoria integrando a equipe do PESET.

⁹ O Termo de Compromisso ambiental, por conta do que determina o Decreto 4.340/02, deve ser assinado no prazo de um ano, no caso de unidade nova; ou no prazo de dois anos para as unidades já criadas anteriormente ao decreto em tela. Considerando que o Morro das Andorinhas foi anexado a um parque já criado, entendemos que por analogia a situação se equipara a um parque novo. Em qualquer caso, sendo parque novo (prazo de um ano) ou parque criado (prazo de dois anos) o Termo de Compromisso não foi formalizado, especialmente considerando que em nenhuma hipótese a comunidade estaria concordando em deixar o lugar.

a direção do então IEF-RJ (hoje Instituto Estadual do Ambiente – INEA) optou por não firmá-lo, por razões de Estado. Não obstante, o TCA tal qual a minuta elaborada, nos termos legais, não teria sido firmado pela comunidade. As razões, conforme indicadas à época, seriam a previsão de eventual realocação da comunidade, nos termos do SNUC, o que não era cogitado pelas lideranças em qualquer hipótese, posição esta aventada com lastro na Lei RJ 2.393/95, que assegura a permanência das populações nativas nas UC estaduais, conforme certas condicionantes, o que foi, inclusive, referendado no artigo 3º, parágrafo único, da Lei RJ 5.079/07 que delimitou o PESET definitivamente.

A previsão legal de realocação nos termos do SNUC, ou outra interpretação no sentido da permanência com base na lei fluminense, em nada exclui o Poder de Império do Estado, que por razões ambientais ou não, pode desapropriar a área por interesse social ou utilidade pública. Portanto, não está peremptoriamente afastada a possibilidade de realocação dos tradicionais do Morro das Andorinhas. A discussão está centrada na necessidade de realocação em virtude da decretação de uma UCPI, e as conseqüências da presença desta comunidade nos objetivos de conservação. Havendo harmonia nesta presença permanente nos limites da unidade, tanto menos necessária seria a realocação.

Neste sentido a administração do PESET¹⁰ convive com algumas questões referentes à presença de tradicionais nos limites da unidade. Entre elas destaca-se a existência de animais domésticos e espécies exóticas no entorno das residências. Há relatos de que cães enfrentam animais da fauna silvestre. E inúmeras espécies da flora exótica – a rigor – deveriam ser removidas por prejudicar a flora nativa. São questões que o TCA busca harmonizar, mas não é tarefa necessariamente fácil, pois envolve outros valores afetivos e utilitaristas. Por exemplo, os cães existem em várias outras residências no entorno e algumas nos limites do PESET, e os problemas com a fauna silvestre existem de igual forma, independentemente da tradicionalidade. Os cães montam guarda e pertencem, de certa forma, à família. Espécies exóticas da flora, como a jaqueira e outras frutas, também tem seu valor utilitário. Devem ou não ser erradicadas? Caso positivo então isto afeta todo o contingente de áreas particulares inseridas no PESET, que são às centenas.

Os efeitos de borda, considerados ao redor do sítio da Jaqueira, parecem crescer em relação ao observado no passado como também parecem estar crescendo a produção de resíduos sólidos, como informou Fernando Matias, administrador do PESET. Por esta razão seria necessário uma re-organização da distribuição e do acesso de serviços públicos ao alto do morro. No passado a oferta destes serviços sempre foi precarizada, pois a pouca visibilidade da comunidade e sua baixa capacidade de reivindicar direitos básicos os deixou de fora ou os tornou de certa forma cidadãos subalternos. Tal situação envolve o saneamento básico da comunidade (água e esgoto), eletricidade, telefone, coleta de lixo, entrega de correspondências, entre outros serviços a que os cidadãos em geral têm direito independentemente de onde vivem.

Apesar de flagrantes alguns problemas da presença da comunidade nos limites do PESET, a administração não vê uma necessidade absoluta de realocação. Para isto foi proposto o TCA, que, desta vez, foi recepcionado pela comunidade do Morro das Andorinhas, pois nele estão previstos algumas medidas para reorganizar, junto à concessionária de serviços públicos, o acesso a estes bens e direitos. É dizer que, enquanto o TCA estiver sendo cumprido pelas partes, tanto maior será o nível de confiança. E quanto mais as relações

¹⁰ Informações compartilhadas com o biólogo Fernando Matias (administrador do PESET), através de mensagens eletrônicas ao longo do mês de abril de 2012.

estiverem harmonizadas, menor será a demanda por realocação da comunidade. Mas há uma ressalva, pois nos dias de hoje, o Seu Bichinho¹¹, como é conhecido o patriarca da comunidade do Morro das Andorinhas, ainda exerce uma liderança no seio de grupo, e sua ausência no futuro não garante que os remanescentes mantenham a ocupação nos níveis de harmonia observados hoje e nas décadas passadas. Tal situação poderia inaugurar um novo cenário, de base conflituosa, e reacender as discussões pela não continuidade do TCA, e conseqüente realocação da comunidade. Mas esta é uma especulação futura, e neste momento apenas considerada em tese. Contra os fatos existentes hoje poucos ou nenhum são os argumentos que justificam ou sustentam a realocação.

4. HIERAQUIA DA NORMA GERAL E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE

O caso do Morro das Andorinhas torna-se emblemático, como veremos, e espinha dorsal desta abordagem. Neste alinhamento discutiremos a Constituição Federal de 1988 (CF88) contraposta ao SNUC.

Conforme o SNUC, na qualidade de norma geral, a área de algumas categorias de UCPI será de posse e domínio público¹². E eventuais áreas particulares serão desapropriadas.

A norma geral é clara, e, tendo em vista os objetivos de conservação das UCPI, a presença humana permanente nestas categorias é – via de regra – incompatível.

Esta assertiva traz à tona uma reflexão: se a presença humana em área decretada UCPI atenta contra os objetivos de conservação, por que incluir áreas ocupadas (antropizadas) nos limites de uma UCPI? Por que a área ocupada pela comunidade tradicional do Morro das Andorinhas – sabidamente secular – foi inserida nos limites do PESET? Não teria sido mais apropriado, do ponto de vista da conservação e dos objetivos institucionais de cada categoria de UCPI, e por que não do ponto de vista econômico ante a possibilidade de desapropriação, recortar dos limites propostos de uma unidade as áreas previamente ocupadas? E sequer estamos considerando qualquer tradicionalidade dos ocupantes, mas pressupondo que uma área ocupada destoa daquilo que se preconiza para integrar uma UCPI, especialmente uso residencial.

A reflexão, portanto, no caso do Morro das Andorinhas, nos leva a dois desdobramentos dicotômicos: (i) a área ocupada pela comunidade tradicional em tela apresenta níveis de conservação que justificaram sua inserção nos limites da unidade; (ii) a conservação desta área está diretamente ligada à ocupação destes mesmos tradicionais: ou os tradicionais não degradaram o ambiente ou promoveram sua conservação, ou ambas as situações simultâneas.

Diante destes desdobramentos é possível vislumbrar que uma ocupação tradicional não é necessariamente contrária aos objetivos de conservação de partes ou de toda a área de uma UCPI. Assim sendo, ou sendo isto possível, a norma geral representada pelo SNUC, que prevê sumariamente a posse e o domínio público da área integrante de uma UCPI,

¹¹ Américo Fernandes de Souza, 78 anos (enteado do Sr. Arsênio Siqueira da Silva), morador do Morro das Andorinhas desde os 11 anos de idade.

¹² Estação Ecológica (art. 9º), Reserva Biológica (art. 10) e Parque (art. 11). No tocante ao Monumento Natural e ao Refúgio de Vida Silvestre (arts. 12 e 13, respectivamente), há flexibilidade quanto à posse e o domínio público.

busca nivelar a situação fundiária, não questionando, com este nivelamento, a higidez ambiental de áreas ocupadas, sejam elas sob qualquer titularidade. Neste sentido desvincula a situação dominial da situação factual de conservação que justifica a inserção da área numa UCPI. Neste sentido deveria ser privilegiado o objetivo conservação em detrimento da formalidade (posse e domínio público) previsto pela lei.

A proteção do meio ambiente, incluída a instituição de espaços territoriais especialmente protegidos, a exemplo das Unidades de Conservação, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23 da CF88). A competência, segundo José Afonso da Silva¹³, “são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções, suas tarefas, prestar serviços”. Neste sentido, a competência comum pode ser exercida, simultaneamente, por todos os entes da federação, respeitados os limites constitucionais. É o que se subentende, por exemplo, na instituição de Parques Nacionais, Estaduais ou Municipais¹⁴.

E será concorrente a competência para legislar sobre conservação da natureza entre a União, Estados e o Distrito Federal (inciso VI do artigo 24 da CF88). Assim, a competência legislativa concorrente autoriza, por exemplo, que os entes federados legislem plenamente sobre aspecto para o qual inexistente norma geral (CF88, art. 24, § 3º). Ou suplementar a norma geral quando existente, que, segundo Machado, esta capacidade para suplementar a norma geral “está condicionada à necessidade de aperfeiçoar a legislação federal ou diante da constatação de lacunas ou de imperfeições da norma geral federal”¹⁵.

Em 1995 o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei 2.393¹⁶, objetivando assegurar às populações nativas há mais de 50 anos em unidades de conservação do Estado do Rio de Janeiro o direito real de uso, mediante contrapartidas de proteção ambiental. Obviamente, nesta época, não vigia o SNUC, muito embora já estivesse em ampla discussão. Com a Lei 2.393 o Estado do Rio de Janeiro exerceu a sua competência concorrente plena, haja vista a inexistência de lei geral disposta sobre a matéria. A lei do SNUC, editada em 2000, na qualidade de norma geral e, neste caso, superveniente à Lei RJ 2.393 (conforme a CF88, art. 24, § 4º), estaria autorizada a suspender a eficácia da lei fluminense naquilo que lhe fosse contrária. Nesta senda é importante a lição de Mukai¹⁷, para quem a prevalência da legislação federal não pode afetar “os princípios federativos das autonomias dos entes políticos”, que a rigor, quer dizer exatamente que a lei federal não pode determinar que os entes federados (Estados e Municípios) tenham que agir ou se abster em certo sentido. Cabe, desta forma, analisar se a concessão de direito real de uso de área de unidade de conservação estadual, como peculiaridade de um ente federativo, seria contrário à posse e domínio público pugnado pela norma geral (SNUC), considerando que a conservação do ambiente já está alcançada, devendo-se, apenas, buscar a manutenção deste status. Sob outra perspectiva, peculiaridade regional, que motivou a edição de uma norma estadual especializada, estaria ou não ferindo norma geral superveniente?

¹³ SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 72.

¹⁴ Parque Natural Municipal, como denominação prevista para a instância municipal, conforme o artigo 11, § 4º do SNUC.

¹⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 48.

¹⁶ Ver o artigo do autor, denominado “Populações residentes em unidades de conservação de proteção integral: a competência da lei (RJ) 2.393/95 para além do sistema nacional de unidades de conservação – SNUC”. In: *Anais do 12º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2008, pp. 705 a 722.

¹⁷ MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21

Muito embora a norma geral (SNUC) preveja a posse e o domínio necessário em favor do ente federativo que institui Estações Ecológicas, Reservas Biológicas e Parques, não há do ponto de vista jurídico – salvo melhor juízo – impedimento para que alguma área pública, integrante de uma unidade, seja cedida a um grupo particular diferenciado (= população nativa, tradicional ou culturalmente diferenciada). É perfeitamente possível, por exemplo, a concessão contratual de área ao particular, mediante procedimento licitatório, para instalação de equipamentos voltados aos objetivos da unidade, especialmente parques, como restaurantes, lanchonetes, lojas, entre outras facilidades. Mesmo presente o caráter retributivo e utilitarista em favor da administração da unidade, não há qualquer vedação neste sentido, apenas vinculação ao Plano de Manejo. Sabe-se que o Plano de Manejo é o documento que prevê e define quais equipamentos e áreas teriam ou não vocação para instalação na unidade, salvo situações de emergência.

A lei fluminense tem caráter de lei especializada. Trata da cessão de área pública ao particular, seja de forma definitiva ou precária, mediante certas condicionantes: tanto do ponto de vista dos destinatários da cessão (tradicionais) quanto do ponto de vista da contrapartida da cessão (participação na preservação, recuperação, defesa e manutenção da unidade). Tendo sido este o espírito do legislador fluminense à época, por qual razão a norma federal geral e superveniente poderia anular tal espírito? Apenas por mero capricho hierárquico?

Examinando o TCA celebrado com a comunidade tradicional do Morro das Andorinhas, na cláusula primeira, que trata do objeto, se verifica que a permanência da comunidade está vinculada ao disposto no artigo 42 do SNUC, ou seja, a permanência é aventada enquanto não houver a realocação da comunidade. A cláusula segunda trata da vigência do TCA, especificando cinco anos. As demais cláusulas e sub-cláusulas cuidam das obrigações recíprocas, alinhadas às contrapartidas previstas na Lei RJ 2.393/95.

Enquanto o TCA é remetido ao SNUC, fica restrito ao entendimento do artigo 42, ou seja, haverá em algum momento a realocação da comunidade, indenizando-se ou compensando-se eventuais benfeitorias.

No que toca à Lei RJ 2.393, o TCA não cuida da cessão de direito real de uso, vez que as terras não integram o patrimônio público do Estado do Rio de Janeiro. Portanto não há como invocar a lei fluminense, vez que sem a titularidade das terras o Estado do Rio de Janeiro não tem como cedê-las a quem quer que seja, seja a que título for.

Mas retornando ao artigo 42 do SNUC, é necessário analisá-lo. Prescreve este artigo que as populações tradicionais serão indenizadas ou compensadas por suas benfeitorias e devidamente realocadas. O que é possível entender por devidamente realocadas? Primeiramente, mesmo que a área ocupada pela comunidade tradicional do Morro das Andorinhas integrasse o patrimônio do ente instituidor da unidade, há implícito um desígnio de realocação, em cumprimento da lei, mas não há tempo e data certa para tal. Este arbítrio poderia se arrastar por décadas ou mesmo não ser efetivado. Como a área em questão não integra o patrimônio público, então não se está a falar em realocação, pois até que seja regularizada a questão fundiária, a área permanece na posse da comunidade. Ademais, se e quando ocorrer a realocação, é razoável que a comunidade seja realocada para local semelhante e próximo ao local onde hoje ocupa. Isto, em termos da região onde se insere o PESET, seria tarefa praticamente impossível, haja vista a inexistência de área com tal vocação, em vista do adensamento urbano e a supervalorização imobiliária. Não faria sentido,

tampouco, realocar a comunidade para uma favela distante da área onde as atividades tradicionais de pesca são praticadas, ou um conjunto habitacional na periferia, dezenas de quilômetros longe do mar. Tampouco se espera que a área de realocação custe aos cofres públicos milhões de reais, valores possíveis na região ante a valorização imobiliária, apenas para contemplar a proximidade da população realocada com a área original. Mais fácil que isso seria excluir a área ocupada pela comunidade (menos de quatro hectares) dos limites da unidade.

Realocar a comunidade para local distante da região ocupada seria – a rigor – um atentado à dignidade da pessoa humana (CF88, art. 1º, III), pois tal realocação romperia com laços familiares e profissionais da população inserida no contexto da pesca artesanal de Itaipu, entre outros engajamentos tradicionais¹⁸. É dizer que, ao mesmo tempo que se busca cumprir a lei se está a ferir a constituição federal, especialmente os artigos 1º, III; 215 e 216. Sob este entendimento a realocação estaria permeando a seara da inconstitucionalidade, não no sentido material, mas na sua execução, ante a impossibilidade de realocar a comunidade para área semelhante e próxima da área ocupada.

Esta situação nos remete aos espaços de incerteza geojurídica e à desterritorialização subjetiva, que passaremos a tratar adiante.

5. “ESPAÇOS DE INCERTEZA GEOJURÍDICA”, “DESTERRITORIALIZAÇÃO SUBJETIVA” E “PACTO DA CONSERVAÇÃO”: ELEMENTOS E ARGUMENTOS PARA UMA EVENTUAL DISPUTA JUDICIAL

Conforme Sathler¹⁹, o espaço no seu sentido mais amplo é o objeto da ciência geográfica. E a conduta humana o objeto do direito. Quando sobre o espaço, ou melhor, sobre um dado espaço recai alguma norma legal, geral ou específica, que cuida da conduta humana sobre tal espaço, vemos aí um casamento entre o direito e a geografia. Este espaço é possível denominá-lo “espaço geojurídico”. Neste sentido, o espaço geojurídico eivado de dúvidas e incertezas é denominado “espaço de incerteza geojurídica”.

É o caso, por exemplo, de área privada ou pública decretada UCPI, previamente ocupada, seja pelo proprietário ou por posseiro. É dizer que sobre a área ocupada pairam dúvidas quanto aos exatos limites físicos²⁰. Ou sob outro olhar quanto à extensão das limitações administrativas de uso e ocupação deste espaço, até que ocorra a regularização fundiária²¹ e a consolidação territorial²² em favor do Estado.

¹⁸ Sobre a pesca artesanal de Itaipu ver: LIMA, Roberto Kant de; PEREIRA, Luciana F. Pescadores de Itaipu: meio ambiente, conflito e ritual no litoral do Estado do Rio de Janeiro. Niterói: Eduff, 1997.

¹⁹ SATHLER, Evandro Bastos. Os espaços de incerteza, a desterritorialização subjetiva e o pacto da conservação: perspectivas de uma geografia socioambiental das áreas naturais protegidas; Orientador: Luiz Renato Vallejo. Tese (Doutorado em geografia) – Universidade Federal Fluminense, 2010.

²⁰ Os limites físicos fazem referência com a área ocupada: (i) em relação à área constante de eventual título de propriedade; (ii) em relação a disputa entre proprietário e posseiro; (iii) em relação à área ocupada (proprietário/posseiro) e a área da UCPI.

²¹ Na regularização fundiária o Poder Público discrimina a titularidade das áreas abrangidas pela UCPI, identificando o status de cada área (privada, pública ou devoluta). No tocante às áreas privadas, são utilizadas metodologias de avaliação e definição do valor destas áreas, dimensionando, assim, o quantum indenizatório em face da desapropriação. Assim procedida, a desapropriação (amigável ou judicial) deve transferir ao Poder Público o domínio e a posse das áreas privadas inseridas na UCPI, conforme Sathler, *op. cit.*

Avançando, a ocupação de espaços de incerteza geojurídica em UCPI tem o condão de gerar aquilo que Sathler²³ denomina “desterritorialização subjetiva”. Para compreender a desterritorialização é necessário entender território e territorialidade. O território é um espaço geográfico sobre o qual recaem relações de poder, formais ou não. E territorialidade a relação de indivíduos ou grupos – materializada por diferentes formas e sentidos - sobre um território. Territorialização é a capacidade de transformar em território o espaço geográfico, donde a desterritorialização assume um sentido inverso da territorialização: perda do poder sobre o território ou a desvinculação física de alguém sobre um espaço, do qual se extrai o vínculo territorial.

Neste diapasão a desterritorialização subjetiva é uma espécie de desvinculação com o território, que apenas ocorre no campo subjetivo. Subjetivo porque fisicamente o indivíduo ou o grupo permanece sobre o espaço geográfico. Ocorre a perda subjetiva da relação territorial, representada pela perda da capacidade de exercer poder. Ou de exercê-lo com limites, ou sob intenso conflito.

A desterritorialização subjetiva é um fenômeno verificado, comumente, em UCPI pendentes de regularização fundiária ou consolidação do território. Algumas áreas permanecem ocupadas por indivíduos e grupos, sujeitos por conta do artigo 28 do SNUC a limitações administrativas gerais. Outras limitações administrativas, neste caso específicas, podem emanar da norma que institui a UCPI.

A desterritorialização subjetiva pode ser considerada uma situação que atenta contra a dignidade humana. Neste sentido Sathler explora a possibilidade de pactualização dos conflitos gerados sobre os espaços de incerteza geojurídica, tendo por objetivo minimizar a desterritorialização subjetiva. Em que pese, esta iniciativa tem poucas possibilidades de prosperar, haja vista a supremacia do interesse público, geralmente, em desfavor do particular. Tal perspectiva dificulta e, por vezes, impossibilita a negociação do interesse público, como, por exemplo, negociar como e quando a norma será cumprida.

O caso do Morro das Andorinhas pode ser considerado um típico caso de espaço de incerteza geojurídica. Primeiramente porque a área era sabidamente ocupada previamente à sua inserção nos limites do PESET. Sendo uma área tão pequena (menos de quatro hectares, considerando que a unidade atinge mais de dois mil hectares), mesmo de grande importância para o PESET, sopesado os conflitos advindos desta inserção, talvez tivesse sido melhor deixar de fora dos limites da unidade a área ocupada pela comunidade, mesmo que tal inserção esteja consubstanciada na mencionada Lei RJ 2.393/95, e mesmo considerando a possibilidade de sua eficácia estar esvaziada pela superveniência do SNUC.

Em qualquer caso, a Lei RJ 2.393/95 não socorre os ocupantes do Morro das Andorinhas, haja vista que a área não integra o patrimônio público do ente instituidor na unidade. A titularidade do Morro das Andorinhas, como examinado, não é pacífica. E mesmo

²² Na consolidação do território protegido o Poder Público se dedica a harmonizar o uso dos recursos intra UCPI, regularizando as ocupações daqueles que utilizam recursos naturais por múltiplos meios e formas, indiferentemente de título civil sobre a área ocupada. Inclusive nos casos em que a ocupação se dá em terras públicas. A consolidação territorial abraça os posseiros, principalmente, no sentido mais extenso da expressão jurídica, englobando quilombolas, caiçaras e indígenas, entre outros atores que efetivamente ocupam áreas abrangidas por UCPI previamente à sua decretação, mas que não possuem título de domínio sobre a área ocupada, muito embora possuam, por vezes, direitos de ocupação assegurados constitucionalmente, conforme Sathler, *op. cit.*

²³ *Op. cit.*

que fosse conhecida a titularidade desta área, uma eventual demanda judicial para reivindicar a propriedade em face da comunidade tradicional tampouco seria pacífica, considerando o tempo de ocupação já somado pela comunidade, cuja iniciativa poderia ser contestada e a discussão se estender por anos no judiciário. Tampouco há predominância do SNUC, pois, tal qual no caso da lei fluminense, não sendo área pública, não há que se tratar da realocação de ocupantes, independentemente do status: tradicional, proprietário, posseiro etc. Por qualquer ângulo, o Morro das Andorinhas nos dias de hoje – salvo melhor juízo – está apenas sujeito às limitações administrativas gerais previstas pelo artigo 28 do SNUC.

O imbróglio jurídico, no caso em tela, não se limita apenas ao aspecto formal da lei fluminense: da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. A administração do PESET lida com um espaço ocupado e inserido nos limites da unidade e no qual os objetivos de conservação já ocorrem por longo tempo. Do ponto de vista formal a autonomia sobre o espaço é limitada, caracterizando um espaço de incerteza geojurídica também para o ente federativo. O espaço ocupado pela comunidade tradicional do Morro das Andorinhas está apenas inserido no PESET, mas não é território do PESET, pois há limitações sobre o exercício de poder que caracteriza o território. Tampouco é território da comunidade tradicional do Morro das Andorinhas, pois limitações administrativas e o Poder de Polícia da administração do PESET se encarregam de manter certo controle. Isto caracteriza o Morro das Andorinhas como um território híbrido.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Qualquer demanda judicial que envolva o Morro das Andorinhas estará fadada à última instância, haja vista a existência de matéria constitucional. Isto implica em longos anos tramitando administrativa ou judicialmente para se chegar a termo. O tempo tampouco garante sucesso para qualquer das partes demandantes, seja em defesa da comunidade, seja do próprio ente federativo.

É importante ressaltar, com relação ao parecer exarado pelo IEF-RJ, em 2003, acima transcrito, que, verdadeiramente, a vegetação do topo do Morro das Andorinhas deve ser considerada de preservação permanente, mas somente à partir de 1965, quando foi promulgado o Novo Código Florestal. O Sítio da Jaqueira, localizado no topo do Morro das Andorinhas, foi ocupado quando sequer existia o primeiro código florestal da década de 1930. Ou seja, a lei passou a valer a partir de 1965, não obstante a função ambiental da cobertura vegetal dos topos de morro, pugnada pelo instituto da Área de Preservação Permanente – APP no Código Florestal. Diga-se de passagem, a qualidade da floresta atlântica no topo do Morro das Andorinhas é invejável. Ainda, a consideração de Área de Especial Interesse Ambiental, declarada pelo Plano Diretor de Niterói, também tem sua eficácia a partir de sua promulgação, não retroagindo para prejudicar.

O TCA firmado tem eficácia relativa, ou quase nenhuma, o que não invalida sua iniciativa, pois não há qualquer problema, em se tratando da conservação do ambiente, que o Poder Público e a coletividade ajustem formas de ação ou inação no sentido de atingir objetivos públicos. Ademais o TCA serve para evitar uma mudança no curso da ocupação da comunidade, que, há décadas segue uma trajetória, que poderia ser alterada por múltiplas razões. Percebida qualquer alteração em desfavor dos objetivos de conservação da unidade ou do interesse público, um alerta deve soar no sentido da execução do TCA, ressalvadas outras medidas de interesse público.

Entende-se que o Estado do Rio de Janeiro - não sendo titular das terras ocupadas pela comunidade do Morro das Andorinhas – não está juridicamente habilitado para realocar os ocupantes da comunidade. Pode sim e deve pactualizar o uso e a ocupação, reforçando as limitações administrativas vigentes e fazendo valer a Lei 2.393/95, hibridizando a ocupação com base em diplomas legais de instâncias distintas, mas que no resultado final objetivam a higidez do ambiente com o respeito à tradicionalidade e às características culturais dos seus ocupantes.

Mesmo dispostos a pactualizar os interesses da ocupação com as normas de proteção do ambiente, como já o fizeram os tradicionais do Morro das Andorinhas, não há como negar que a realocação é hipótese que não se ventila. Isto não altera o fato de que esta comunidade passa a conviver com um intenso sentimento de dúvida sobre tal ocupação, consubstanciada na incerteza jurídica do que vai ou poderá acontecer no futuro. Neste sentido os ocupantes do Morro das Andorinhas podem ser considerados vítimas de uma desterritorialização subjetiva.