

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5004044-33.2012.4.04.7202/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL VÂNIA HACK DE ALMEIDA

APELANTE: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI (AUTOR)

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

APELADO: LUDESA ENERGETICA S.A. (RÉU)

ADVOGADO: ALESSANDRO MENDES CARDOSO

APELADO: INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE DE SANTA CATARINA - IMA - NOVA DENOMINAÇÃO DO FATMA (RÉU)

DATA DA DECISÃO: 23/08/2018

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PEQUENA CENTRAL DE ENERGIA ELÉTRICA. ÁREA EM DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. MANUTENÇÃO DA INSTALAÇÃO E DA OPERAÇÃO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

Em que pese a histórica sujeição dos povos indígenas pelos povos brancos, o fato hoje é que o território nacional abarca ambas as populações e devem as instituições, a par de garantir a demarcação das terras historicamente indígenas como forma de reparação das injustiças e danos sofridos no passado, promover a busca pela convivência pacífica, harmoniosa e em constante progresso, cada qual a seu ritmo e preservando reciprocamente suas crenças e seus direitos.

A construção, instalação e operação de pequena central elétrica, que ocupa parte ínfima da área objeto de estudo e demarcação de terra indígena, deve ser resguardada em prol do interesse público e coletivo, inclusive do próprio povo indígena.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela FUNAI contra sentença que julgou improcedente AÇÃO CIVIL PÚBLICA ajuizada contra LUDESA ENERGÉTICA SA. e FATMA, a qual visava à nulidade de Licença de Operação de empreendimento hidrelétrico emitido por órgão, em tese, incompetente e sem ter considerado o componente indígena local (TI Toldo Imbú). Entendeu o MM Juízo de primeiro grau, em síntese, que o procedimento para obtenção de licença ambiental para operação de uma pequena central hidrelétrica seria simplificado e que o empreendimento ocasionaria apenas impactos locais, sendo a atribuição para a sua análise da FATMA e não do IBAMA. Ademais, destacou que, não tendo sido

concluído o processo de demarcação, não deve ser acolhida a pretensão do Ministério Público Federal de invalidar o licenciamento ambiental sob o fundamento de que afetaria área indígena.

A FUNAI, que figura no polo ativo em litisconsórcio com o MPF, apela apontando, em síntese, que a demarcação de terra indígena é declaratória e não constitutiva, e que a TI Toldo Imbú já foi declarada por decreto, faltando exclusivamente homologação presidencial, do que indispensável a autorização do Congresso Nacional para exploração de recursos hídricos em terra indígena, indispensável a oitiva prévia da comunidade sobre o empreendimento e indispensável o licenciamento por órgão ambiental federal e não local.

Pelos mesmos fundamentos, apela o MPF. Sustenta, assim, que deve ser decretada a nulidade da Licença de Operação da Estação Hidrelétrica local, devendo ser refeito o licenciamento pelo IBAMA, com a oitiva do povo indígena local, devendo ser deliberada a exploração pelo Congresso Nacional. Aduz a necessidade de que seja realizado estudo e levantamento por equipe multidisciplinar dos danos já causados e a serem causados, cujo custo deve ser suportado pelo empreendedor e, durante todo este trâmite, a operação da hidrelétrica deve ser suspensa.

Oportunizado prazo para contrarrazões, vieram os autos conclusos.

Parecer do MPF pelo provimento de ambos os recursos.

É o relatório.

Peço dia.

VOTO

A Constituição Federal reconhece aos índios os direitos originários sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas. É o que dispõe o § 1º do art. 231 da Carta Constitucional:

Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Do texto extrai-se que a intenção do legislador originário foi proteger não só as terras efetivamente habitadas pelos índios em caráter permanente, mas também as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Cumpra assim, à UNIÃO e à FUNAI, promoverem o processo demarcatório, mediante regular processo administrativo, a fim de delimitar o território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas.

A primeira portaria para o início dos estudos de identificação e delimitação da TERRA INDÍGENA TOLDO IMBÚ, data de 1993, sob o nº 582, após elaboração do Relatório de Identificação e Delimitação de Terra Indígena ser elaborado pelo respectivo Grupo de Trabalho constituído para o estudo. A demarcação originária abarcava área de cerca de 2.000ha no Município de Abelardo Luz/SC. Em 1998, foi publicada a Portaria nº 763 constituindo novo GT. Os estudos foram aprovados pela FUNAI em 2001 e publicados no respectivo DO de 12/01/2001, reconhecendo os estudos de identificação da terra indígena como de ocupação tradicional do Povo Kaingang, com a determinação de que a publicação fosse afixada na sede da Prefeitura Municipal de Abelardo Luz. No anexo desse despacho, consta o resumo do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da Terra Indígena Toldo Imbú, inclusive com mapa e memorial descritivo da delimitação (Evento 1 – RELT21 e Evento 141 – OUT1). A Portaria pende de homologação presidencial, última etapa do procedimento demarcatório, conforme Decreto nº 1.775/96.

A TI TOLDO IMBU encontra-se nas proximidades da TI XAPECÓ, do que se depreende que toda a região é marcada por ocupação indígena em processo de consolidação legal.

Em que pese a histórica sujeição dos povos indígenas pelos povos brancos, o fato hoje é que o território nacional abarca ambas as populações e devem as instituições, a par de garantir a demarcação das terras historicamente indígenas como forma de reparação das injustiças e danos sofridos no passado, promover a busca pela convivência pacífica, harmoniosa e em constante progresso, cada qual a seu ritmo e preservando reciprocamente suas crenças e seus direitos.

Conforme site da ELETROBRÁS, "*A eletricidade se tornou a principal fonte de luz, calor e força utilizada no mundo moderno. Atividades simples como assistir à televisão ou navegar na internet são possíveis porque a energia elétrica chega até a sua casa. Fábricas, supermercados, shoppings e uma infinidade de outros lugares precisam dela para funcionar. Grande parte dos avanços tecnológicos que alcançamos se deve à energia elétrica. Obtida a partir de todos os outros tipos de energia, a eletricidade é transportada e chega aos consumidores no mundo inteiro por meio de sistemas elétricos complexos, compostos de quatro etapas: geração, transmissão, distribuição e consumo*".

As Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs) são usinas hidrelétricas de tamanho e potência relativamente reduzidos, conforme classificação feita pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) em 1997. Esses empreendimentos têm, obrigatoriamente, entre 5 e 30 megawatts (MW) de potência e devem ter menos de 13 km² de área de reservatório. Apesar do nome, que carrega o “pequenas” e seu peso pouco atrativo, as PCHs são hoje responsáveis por cerca de 3,5% de toda a capacidade instalada do sistema interligado nacional.

Especificamente em relação à PEQUENA CENTRAL HIDRELÉTRICA - PCH LUDESA, verifica-se que, em 17 de maio de 2001, a FATMA forneceu a Licença Ambiental Prévia–LAP N° 091/01, referente à capacidade de geração de energia elétrica da usina existente, totalizando 9MW. Em prosseguimento, o titular do empreendimento solicitou à ANEEL autorização para procedimentos de “Estudo de Projeto Básico da PCH–São Domingos, Sub–Bacia 73”, protocolado sob o número 48500003572 / 01-36. A ANEEL aprovou tal pleito em 29/11/2001. Posteriormente, com a proposta de mudança no potencial gerado para 28 MW, a LUDESA apresentou à FATMA pedido de adequação da LAP n° 091/01, mediante apresentação de novo Relatório Ambiental Simplificado–RAS1, nos termos da Resolução CONAMA n° 279/2001.

No Relatório Ambiental Simplificado–RAS foram avaliados os aspectos e impactos socioambientais (meios físico, biótico e social) relacionados ao empreendimento, sendo verificada a existência de comunidades indígenas fora da área do empreendimento.

Em 17/12/2002, a ANEEL concedeu à LUDESA ENERGIA S/A. o aproveitamento do potencial hidráulico do Rio Chapecó, na divisa entre os Municípios de São Domingos, Abelardo Luz e Ipuacú/SC, através da Resolução Autorizativa n° 705/02. A Resolução Autorizativa n° 533/06 da ANEEL, por sua vez, decretou a área do empreendimento como sendo de utilidade pública para fins de desapropriação e implantação/operação da respectiva Central.

Enfatize-se, tais atos não foram impugnados na exordial do MPF. Tais atos são, ademais, anteriores à Portaria n° 793/07 que declarou administrativamente a posse do grupo indígena Kaingang na TI TOLDO IMBU.

Em 14 de maio de 2007, a FATMA emitiu o Parecer Técnico 18/2007 avaliando os programas socioambientais, bem como as medidas de mitigação e controle dos impactos ambientais, concluindo pela regularidade do empreendimento. Em ato contínuo, na mesma data, foi deferida e concedida a Licença Ambiental de Operação, conforme Certificado da LAO n° 056/2007, com validade de seis meses, a qual foi substituída pela LAO 105/2008 em 12.06.2008, com validade por quatro anos, prazo dentro do qual foi requerida sua prorrogação, estando então em plena operação, acarretando o alagamento de 2ha.

Em contrapartida, em 2010, o MPF instaurou o ICP n° 133002000092/2010-91 para verificar a existência de impactos ambientais e

socioculturais sofridos pela comunidade indígena em razão de tal instalação, do que culminou a presente ACP.

Neste contexto tenho que devem ser analisados em conjunto e em mútuo respeito os direitos de todos os cidadãos envolvidos na celeuma em comento. A usina instalada tem potencial para abastecer 3000 residências nos municípios da região, ocupando área de 2ha da TI TOLDO IMBÚ, cuja demarcação é de área de 2.000ha e que, conforme breve síntese supra, demandou anos de estudo de seus efetivos limites. A usina, ademais, envolveu dinheiro público gasto em prol da comunidade e, considerando que os índios, a par de desenvolverem sua cultura milenar também abraçaram traços da modernidade, é inafastável que também farão bom uso da energia gerada em suas terras.

Assim, tenho que a sentença não merece retoques, já que o resultado prático hoje verificado no local é proporcionalmente mais benéfico a todos os envolvidos do que providenciar a suspensão de suas atividades por tempo indeterminado, gerando ainda maior insegurança em local no qual se sabe houve sérios e violentos enfrentamentos.

Assim, como razões de decidir, também adoto os fundamentos sentenciais, os quais peço vênha para transcrever, evitando tautologia:

b) Mérito

O Ministério Público Federal pleiteia, na presente ação civil pública: a) a anulação da Licença de Operação nº 105/2008 concedida à LUDESA ENRGÉTICA S.A para exploração do potencial hidrelétrico; b) a paralisação total das atividades da PCH LUDESA até que haja manifestação favorável do Congresso Nacional quanto à exploração de recursos hídricos em terras indígenas, na forma do art. CF/88; c) realização de consulta pública à população indígena afetada pela construção do empreendimento hidrelétrico, sobre a permanência e continuidade do funcionamento do empreendimento; d) a realização de estudos e levantamentos por equipe interdisciplinar, por conta do empreendedor, considerando os danos causados pelo empreendimento hidrelétrico à comunidade indígena afetada, com fixação de prazo específico para cumprimento, sob pena de fixação de multa diária.

A ação tem basicamente os seguintes fundamentos: a) as licenças ambientais foram emitidas por órgão ambiental incompetente - FATMA, quando a competência para tanto seria do IBAMA; b) a implantação e operação da PCH geraram impactos em território indígena, os quais sequer foram mencionados no Relatório Ambiental Simplificado - RAS elaborado pela FATMA; c) o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas depende de autorização do Congresso Nacional; d) qualquer intervenção em terras indígenas deve ser precedida de consulta às comunidades indígenas afetadas.

O julgamento de mérito da presente ação passa por duas questões fundamentais: i) primeiro, se a licença foi concedida por órgão com competência para tanto; ii) segundo, se a PCH Ludesa ocupa, ainda que parcialmente, terras indígenas, ou se ao menos afeta o meio

ambiente ou o modo de vida das comunidades estabelecidas nesse território.

b.1) Licenciamento Ambiental - Pequena Central Hidrelétrica - Órgão Competente - FATMA -Relatório Ambiental Simplificado

Dispõe o art. 225 da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

O art. 10 da Lei nº 6.938/81, recepcionado pela Constituição Federal e que regulamenta a exigência constitucional, prevê que a 'a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.'

Nos termos do § 4º desse dispositivo legal, revogado pela Lei Complementar nº 140/2011, porém vigente à época da concessão da licença, 'compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.'

Desses dispositivos se extrai que a atribuição para concessão de licenciamento ambiental é em regra do órgão estadual competente, tendo o IBAMA atuação meramente supletiva. Considerando a legislação vigente à época, somente obras de significativo impacto ambiental, e de âmbito ao menos regional, poderiam exigir licenciamento do IBAMA.

No caso da Pequena Central Hidrelétrica LUDESA, a área do reservatório corresponderia a aproximadamente 7 km² (700 ha), conforme se extrai do Relatório Ambiental Simplificado, das Licenças Ambientais Prévias - LAP nº 091/01 e Licenças Ambientais de Instalação - LAI nº 011/2004, 003/2005, assim como da Resolução nº 705, de 17/12/2002, da ANEEL (Evento 20 - REL11, p. 07, OUT18, 21, 23).

Embora o IBAMA tenha afirmado que haveria inundação de uma área um pouco superior (900 ha), tal informação se encontra isolada, não havendo indicação de

quais os dados foram utilizados para tal conclusão (Evento 1 - PROCADM3, p. 18).

*De acordo com a Resolução nº 705 da ANEEL, o potencial instalado da usina era de **26,2 MW**, ampliado para **30 MW** com o Despacho nº 423, de 03/03/2006.*

A Resolução nº 652, de 09/12/2003, da ANEEL, estabelecendo os critérios para o enquadramento de aproveitamento hidrelétrico na condição de Pequena Central Hidrelétrica (PCH), definia como tal a usina com potência entre 1 e 30 MW, destinado a produção independente, autoprodução ou produção independente autônoma, com área do reservatório inferior a 3,0 km². No que tange à área do reservatório, porém, ressalva-se o enquadramento caso o resultado de equação: valor da potência multiplicado pelo coeficiente 14,3, e dividida pelo valor da queda bruta, fosse maior que a área do reservatório, desde que essa não fosse superior a 13 km² (artigos 3º e 4º).

Considerando os valores dessas grandezas indicados no Relatório Ambiental Simplificado - Potência (28 MW) e Queda Bruta de 48 m (Evento 20, RELT11, p. 13) -, o resultado é maior que a área do reservatório, o que permitia seu enquadramento na categoria de PCH.

Merece destaque o fato de que a ampliação da potência da usina, de 9 MW para 28 MW, foi obtida com a mudança da capacidade dos equipamentos de geração de energia, sem necessidade de ampliação da área do reservatório, conforme se extrai do Parecer Técnico nº 132/02 da FATMA (Evento 20, PARECER27):

Não se trata, portanto, de empreendimento de impacto ambiental nacional ou regional, mas apenas local, não havendo elementos que permitam infirmar as conclusões da FATMA e do próprio IBAMA quanto à inexistência de necessidade de aprovação da autarquia federal de proteção ao meio ambiente para esse projeto.

No que tange ao tipo de estudo necessário ao licenciamento ambiental, a Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986, exigia a elaboração de estudo e relatório de impacto ambiental EI/RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, para atividades modificadoras do meio ambiente, dentre as quais usinas de geração de energia elétrica com capacidade acima de 10MW (art. 2º, XI).

Porém a Resolução Conama nº 279, de 27 de junho de 2001, alterou parcialmente essa exigência em relação aos produtores de energia elétrica, autorizando o licenciamento ambiental para empreendimentos com pequeno potencial de impacto ambiental:

*Art. 1º Os procedimentos e prazos estabelecidos nesta Resolução aplicam-se, em qualquer nível de competência, ao licenciamento ambiental simplificado de empreendimentos elétricos **com pequeno potencial de impacto ambiental**, aí incluídos:*

I - Usinas hidrelétricas e sistemas associados;

II - Usinas termelétricas e sistemas associados;

III - Sistemas de transmissão de energia elétrica (linhas de transmissão e subestações);

IV - Usinas Eólicas e outras fontes alternativas de energia

Tal normativo foi editado no contexto da aguda crise no abastecimento de energia elétrica vivido pelo país no ano de 2001, tendo sido uma das medidas adotadas à época pelo Governo Federal para incrementar sua oferta. A simplificação no procedimento também foi motivada pelas dificuldades de definir previamente à realização de estudos a dimensão do impacto ambiental causado pelo empreendimento. Transcrevo, a propósito, os fundamentos que constam no próprio normativo:

Considerando a necessidade de estabelecer procedimento simplificado para o licenciamento ambiental, com prazo máximo de sessenta dias de tramitação, dos empreendimentos com impacto ambiental de pequeno porte, necessários ao incremento da oferta de energia elétrica no País, nos termos do art. 8º, § 3º, da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001;

Considerando a crise de energia elétrica e a necessidade de atender a celeridade estabelecida pela Medida Provisória nº 2.152-2, de 2001/182;

Considerando a dificuldade de definir-se, a priori, impacto ambiental de pequeno porte, antes da análise dos estudos ambientais que subsidiam o processo de licenciamento ambiental e, tendo em vista as diversidades e peculiaridades regionais, bem como as complexidades de avaliação dos efeitos sobre o meio ambiente decorrentes da implantação de projetos de energia elétrica;

O fundamento normativo dessa Resolução era a Medida Provisória nº 2152-2, de 01/06/2001, que, além de criar e instalar a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, estabeleceu diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica, dispondo em seu art. 8º:

Art. 8º Os órgãos competentes, nos processos de autorização ou de licença dos empreendimentos necessários ao incremento da oferta de energia elétrica do País, atenderão ao princípio da celeridade.

§ 1º Os empreendimentos referidos no caput compreendem, dentre outros:

I - linhas de transmissão de energia;

II - gasodutos e oleodutos;

III - usinas termoelétricas;

IV - usinas hidroelétricas;

V - geração de energia elétrica por fontes alternativas; e

VI - importação de energia.

§ 2º Observado o disposto nos arts. 3º, inciso II, e 225 da Constituição, o licenciamento ambiental dos empreendimentos referidos neste artigo deverá ser

decidido pelos órgãos competentes, com todas as suas formalidades, incluída a análise do relatório de impacto ambiental, quando for o caso, no prazo de até:

I - três meses, no caso do inciso I do § 1º;

II - quatro meses, nos casos dos incisos II, III e V do § 1º; e

III - seis meses, no caso do inciso IV do § 1º.

§ 3º Até 30 de junho de 2001, o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA estabelecerá procedimentos específicos simplificados de licenciamento, com prazo máximo de sessenta dias de tramitação, para os empreendimentos, referidos no caput, de impacto ambiental de pequeno porte.

§ 4º Os estudos e pareceres necessários à autorização ou licenciamento referido no caput poderão ser realizados por pessoas físicas ou jurídicas, de notória especialidade, contratadas para este fim, pelos órgãos competentes.

A Resolução Conama nº 279/01 apenas regulamentou o disposto no § 3º do dispositivo acima transcrito, estabelecendo procedimento simplificado de licenciamento, com prazo reduzido para sua análise pelos órgãos ambientais, para empreendimentos de impacto ambiental de pequeno porte.

Destaca-se que o fato de se tratar de usina hidrelétrica não constitui de forma alguma impedimento para aplicação do regime jurídico diferenciado estabelecido pela Medida Provisória, sendo o texto legal expresso no sentido de que os empreendimentos a ele sujeitos incluíam usinas hidrelétricas.

De todo o exposto, conclui-se que o procedimento para obtenção de licença ambiental para operação de uma Pequena Central Hidrelétrica era simplificado, sendo a atribuição para sua análise da FATMA, e não do IBAMA.

No caso da PCH em questão, o processo de licenciamento ambiental teve início no ano de 1999, quando a Indústria de Papel L. Dall'Asta Ltda (IPDL), então proprietária da área e que operava desde 1972 uma Pequena Central Hidrelétrica (PCH São Domingos) no local, buscou ampliar sua capacidade de produção de energia elétrica, de 5 para 9 MW (megawatts).

Para tanto, ingressou com pedido para junto à Fundação Estadual do Meio Ambiente – FATMA para licenciamento do empreendimento, obtendo a Licença Ambiental Prévia – LAP nº 091/01, concedida em 17/05/2001, com validade de 12 meses. A licença foi renovada em 22/04/2012, pela LAP nº 110/02 (Evento 20, OUT8 e 9).

Posteriormente, a fim de ampliar sua capacidade de produção de energia para 28 MW, foi apresentado à FATMA pedido de adequação, instruído com Relatório Ambiental Simplificado – RAS, bem como Plano Básico Ambiental, elaborados por uma equipe técnica formada por 11 profissionais de diferentes áreas: 1) Bertoldo Silva Costa, Engenheiro Sanitarista e Ambiental e Engenheiro de Segurança do Trabalho, Coordenador Geral; 2) Mario Francisco Figueiredo Meyer, Engenheiro Civil e Sanitarista; 3) Paulo José Aragão, Engenheiro Sanitarista e Ambiental e Bacharel em Direito; 4) Cícero Mario Bortoluzi, Geólogo; 5) Hélia Laurea Dutra, Engenheira Sanitarista e Ambiental; 6) Carlos Gonzaga Aragão, Engenheiro Eletricista; 7) Valmiro Heidmann, Geógrafo; 8)

Nilton Schneider de Souza, Engenheiro Florestal; 9) Eliana Bittencourt, Engenheira Civil e Doutoranda em Engenharia Ambiental; 10) Alan Henn, Formando em Engenharia Sanitária e Ambiental; 11) Juliana Walendowsky, Estagiária do Curso de Engenharia Sanitária (Evento 20, RELT11 a 13; PROJ15 a 17).

A partir da documentação apresentada, em 22/07/2005 foi concedida a Licença Ambiental de Instalação nº 003/2005, nas seguintes condições (Evento 20, OUT21):

Com a Licença Ambiental de Instalação, passou-se à fase seguinte, de enchimento do reservatório, o que ocorreu em meados do ano de 2007.

Nesta etapa merecem destaque as conclusões de relatório de vistoria técnica feita pelo IBAMA na área que seria atingido pelo reservatório, feito a pedido do Ministério Público Federal a fim de constatar a presença de espécie nativa ameaçada de extinção (Ocotea Porosa - Imbuia). De acordo com os técnicos desse órgão quanto ao quase completo desflorestamento da área, formada por pastos e lavouras (Evento 1 - PROCADM3, pp. 19-20):

Realizadas vistorias na área antes e após o enchimento do reservatório, com avaliação, nesta última, do cumprimento dos programas de implementação - gestão de resíduos sólidos, controle da poluição dos recursos hídricos, controle da poluição atmosférica, treinamento e conscientização, supressão vegetal e limpeza geral do reservatório, resgate e monitoramento da fauna, manejo e conservação da flora, bem como indicação dos programas ambientais a serem implementados, concluindo-se favoravelmente à concessão da licença de operação (Evento 20 - PARECER25 e 26).

Após todo esse processo, foram emitidas as Licenças Ambientais de Operação nº 056/2007 e 105/2008 (Evento 20 - OUT22).

Apesar de simplificado, não é possível afirmar que o processo de licenciamento não tenha considerado os impactos ambientais resultantes da instalação da usina hidrelétrica. Dada a dimensão do empreendimento, que se enquadrava na categoria de Pequena Central Hidrelétrica, a atribuição para concessão do licenciamento ambiental era da FATMA, e não do IBAMA. Tendo a licença sido emitida pelo órgão com atribuição para tanto, e dentro do procedimento específico previsto à época na legislação, não há como reconhecer a procedência da pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal para anulação desse ato.

Por fim, observo que a previsão contida no art. 7º da Lei Complementar nº 140, de 08/12/2011, no sentido de competir à União o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades localizados ou desenvolvidos em terras indígenas, constitui exigência instituída somente após concluído o processo de licenciamento ambiental. Além disso, como se verá no capítulo seguinte da presente decisão, não é possível reconhecer que houve afetação de área indígena com a instalação da PCH.

b.2) Terra Indígena Toldo Imbú - Processo de Demarcação - Decreto Presidencial

O Ministério Público Federal alega que a implantação e operação da PCH Ludesa geraram impactos na Terra Indígena Toldo Imbú, o que teria reflexos sobre a validade das licenças ambientais concedidas para o empreendimento, na medida em que, nos termos da Constituição Federal, o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas depende de autorização do Congresso Nacional e que qualquer intervenção em terras indígenas deve ser precedida de consulta às comunidades indígenas afetadas.

É fundamental assim determinar se a PCH Ludesa de fato ocupa ou ao menos afeta o meio ambiente de comunidades estabelecidas em terras indígenas.

Dispõe o art. 231 da Constituição Federal:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

O processo de demarcação de terras indígenas encontra-se regulamentado pelo Decreto n. 1.775/1996, da seguinte forma:

Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

[...]

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes. [...]

Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto. [grifei]

Conforme se extrai desses dispositivos, a edição de portaria do Ministério da Justiça declarando os limites da terra indígena constitui apenas uma das etapas do processo de demarcação, o qual só é ultimado com a promulgação de Decreto, pela Presidência da República.

Nesse sentido é a previsão legal veiculada no art. 19 do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73):

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras. [grifei]

Nesse contexto normativo, parece inequívoco que enquanto não houver homologação pela Presidência da República não há terra indígena demarcada.

Esse é caso do processo de demarcação da Terra Indígena Toldo Imbú. Além de não concluído, tal processo se encontra paralisado há vários anos. Não obstante o Ministério da Justiça tenha editado, em 19/04/2007, a Portaria nº 793/2007, declarando de posse permanente do grupo indígena Kaingang a Terra Indígena Toldo Imbú, mesmo após transcorridos mais de 9 anos desse ato ainda não houve conclusão do processo demarcatório.

Conforme se extrai da informação prestada pela FUNAI e do relatório detalhado de movimentação processual que a instrui, em 07/11/2011 o processo de demarcação foi encaminhado à Presidência da República para promulgação de decreto de homologação. Todavia, em 21/08/2012 o processo foi remetido de volta ao Ministério da Justiça, mais especificamente para a Assessoria Especial de Participação Social, onde se encontra parado desde então (Evento 141, OUT2 e PET3).

Na manifestação técnica da FUNAI juntada no Evento 126, percebe-se que embora afirmado 'que os autos reencaminhados ao Ministério da Justiça não vieram acompanhados por questionamentos técnicos direcionados à FUNAI contendo dúvidas relativas aos estudos de identificação e delimitação da terra indígena que tenham o condão de questionar a tradicionalidade da ocupação indígena na área', nenhuma informação é prestada a respeito do motivo específico pelo qual tal medida foi adotada, o que apenas reforça a verossimilhança quanto à possível existência de uma decisão do Governo Federal de rever o procedimento adotado nos processos de demarcação de terras indígenas, conforme noticiado pela Folha de São Paulo e pelo Estado de São Paulo, em suas edições de 09/05/2013 (Evento 97 - OUT2 e 3).

De todo modo, repita-se, não há decreto homologando a demarcação da Terra Indígena Toldo Imbú, razão pela qual por ora existe uma mera expectativa de que a área definida na Portaria nº 793, de 19/04/2007, do Ministério da Justiça, venha de fato a ser constituída em território indígena.

Não tendo sido concluído o processo de demarcação, a pretensão do Ministério Público Federal de invalidar o licenciamento ambiental e, por consequência, a licença de operação da hidrelétrica, sob o fundamento de que afetaria área indígena, inclusive com a realização de estudos ou o acolhimento dos elementos apresentados para afirmar a ocupação, por indígenas, da área atingida pela barragem, representaria a possibilidade de reconhecimento de que se trata efetivamente de terra indígena por uma via absolutamente transversa, sem pedido específico para tanto e, o que é mais importante, em flagrante violação de Poderes, na medida em que, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, a declaração de determinada área como tal é ato privativo do Poder Executivo.

Finalmente, merece destaque também o fato de que à época de edição desse ato, o processo de licenciamento ambiental da PCH Ludesa, que tramitava há quase 10 anos, já estava praticamente concluído. Tenho assim como questionável, também sob este aspecto, a pretensão de invalidar todo o processo de licenciamento ambiental por ter desconsiderado a existência de que a área era tradicionalmente ocupada por indígenas, quando o primeiro ato oficial afirmando tal circunstância só foi editado poucos dias antes do enchimento do reservatório.

DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, julgo IMPROCEDENTE a pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal na presente ação civil pública."

Logo, os recursos de apelação não merecem acolhida.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por negar provimento aos recursos de apelação.