

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2003.72.05.006252-5/SC

AUTOR : COMUNIDADE INDÍGENA DA TERRA INDÍGENA LA KLÃNÕ
RÉU : UNIÃO FEDERAL
RÉU : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : CHRISTINA MARIA VALORI POMPEU CAPUTO
ADVOGADO : IMAR ROCHA
RÉU : FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDÍO (FUNAI)
PROCURADOR : DERLI CARDOZO FIUZA

SENTENÇA**VISTOS, ETC.**

A COMUNIDADE INDÍGENA DA TERRA INDÍGENA IBIRAMA LA KLÃNÕ qualificada na inicial, patrocinada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL propôs AÇÃO CIVIL PARA REPARAÇÃO DE DANOS COLETIVOS CULTURAIS, MATERIAIS E MORAIS, DECORRENTES DE OBRA PÚBLICA, contra a UNIÃO FEDERAL, o ESTADO DE SANTA CATARINA e a FUNDAÇÃO NACIONAL DO INDÍO (FUNAI).

Em síntese alega que a "presente ação objetiva a reparação, em dinheiro e em forma específica (execução de obras e programas de auto-sustentação), de danos materiais e culturais suportados historicamente pela autora, decorrentes da edificação e operação da Barragem Norte, construída sobre o Rio Hercílio, no município de José Boiteux, para o controle de cheias na Bacia do Rio Itajaí-Açú mediante o represamento de águas. Embora a barragem tenha sido construída próxima do perímetro da terra indígena demarcada pelo decreto presidencial de 1996 (e mais próxima ainda com a nova demarcação), seu funcionamento ordinário - através do represamento temporário do Rio Hercílio - provoca a formação de uma bacia de acumulação de água justamente no interior da terra indígena, causando danos de ordem econômica e cultural, privando a comunidade indígena do usufruto da parte baixa do valo do Rio Hercílio, originariamente e tradicionalmente ocupada, degradando o meio ambiente e a paisagem, alienando e aniquilando a referência cultural daquele território e dos próprios Rios Hercílio e Platê, destinados à pesca, ao transporte e à consolidação cultural do grupo, além da remoção para as encostas do mesmo vale, concorrendo inclusive para a perda da identidade cultural daquela minoria étnica. A reparação em forma específica (obras de engenharia e infra-estrutura e programa de auto-sustentação), em oposição à reparação 'por equivalente em dinheiro', decorre da celebração de sucessivos convênios objetivando execução de obras em favor da autora. O primeiro convênio foi celebrado em 1981 entre o DNOS e a Funai (fl. 363 e 1120 PA-MPF 08122-1.00692/97-16, anexo), e parcialmente reiterado em 1987 (fl. 381 PA-MPF). Quando da inauguração da Barragem Norte, em 1992, a União, a Funai, e agora também o Estado de Santa Catarina, celebraram um 'protocolo de intenções' (fl. 45 PA-MPF) para execução de: 'a) ações emergenciais', 'b) obras de engenharia acordadas anteriormente e ampliadas pelo natural aumento das demandas comunitárias' (abastecimento de água, rede elétrica, edificação de 198 casas, escola, igreja, estradas ligando aldeias, pontes, etc.), e c) programa de auto sustentação. Como esse convênio foi amplamente descumprido (cf. 'apenso V' do 'dossiê 493/95', anexo), os mesmos entes celebraram novo convênio em 1998 (fl. 538 e 838 PA-MPF), que então culminou com a construção e entrega, até o ano 2000, de 134 casas de alvenaria, inclusive com instalações hidro-sanitárias e elétricas, remanescendo todavia obras não executadas: p. ex., quanto à infra-estrutura, melhoria e abertura de estradas ligando a aldeia Sede às aldeias Toldo e Bugio, elevação de ponte sobre o Rio do Toldo, construção de ponte pênsil; e quanto às edificações, 10 casas para os índios Guarani da aldeia Toldo, unidade sanitária, igreja e casa de pároco, e campo de futebol. A partir do ano 2002, foram alocadas novas verbas federais (fl. 1.032 ss. e 1071 ss. PA-MPF) para construção - que está em curso neste ano de 2003 - de 48 casas (para alcançar o número de 188 casas previstas

originalmente em 1992), conjunto de obras que todavia não repara em toda extensão os danos incorridos." Sustenta a legitimidade passiva dos réus e faz um histórico da ocupação indígena das terras; a sua inserção na economia regional; a construção da Barragem Norte entre 1976 e 1992; a primeira indenização paga pelo DNOS em julho de 1980; e, a segunda indenização paga pelo DNOS em setembro de 1983. Fundamenta a causa de pedir na responsabilidade objetiva do Estado (art. 107 da CF/69 e art. 37, § 6º, da CF/88). Discorre sobre o esquema básico de funcionamento da Barragem Norte; a inconstitucionalidade do uso de terra indígena como bacia de acumulação; a privação do usufruto sobre as terras cedidas à bacia de contenção; a dimensão cultural e coletiva do usufruto indígena (natureza cultural do dano fundamental). Acrescenta que eventual alegação de que a privação do usufruto já foi indenizada pelo DNOS, em setembro de 1983, não subsiste porque "A) A INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO DE 1983 DESCONSIDEROU A DIMENSÃO CULTURAL DO AMBIENTE E OUTROS DANOS DECORRENTES; B) AS OBRAS RESULTANTES DE CONVÊNIOS SUBSTITUÍRAM BENS PREEXISTENTES." Destaca a aptidão agrícola das terras atingidas pela bacia de contenção, e diz que os indígenas foram removidos para as encostas íngremes do rio Hercílio, sem aptidão agrícola, dispersando a ocupação e subvertendo relações sociais e ambientais consolidadas. Alega que houve a inundação do cemitério indígena, o que constitui dano imaterial e penal ("crime contra o respeito aos mortos"). Diz que a alteração do "comportamento" do Rio Hercílio, após a construção da barragem (com o fechamento das comportas ocorrem cheias acima dos níveis normais anteriores e após a abertura das mesmas resta "no leito da bacia de acumulação uma camada de material lamacento e fétido, inexistente antes da obra, e ambientalmente impactante"), prejudicou a sua função ambiental e cultural "como fonte de proteína animal, como meio de transporte e como elemento integrante da identidade cultural do grupo étnico". Alega que também a morte de indígenas por afogamento, em razão das cheias repentinas ocasionadas pelo fechamento das comportas, além da impossibilidade das crianças frequentarem "a escola (que fica dentro da terra indígena) por até quinze dias consecutivos, uma vez que a precária ponte que liga essa aldeia, na margem esquerda do rio, à estrada geral da margem direita, fica completamente submersa." Assevera que houve uma aceleração do processo de perda da identidade cultural; cita conceitos antropológicos em torno da transformação cultural e diz que a dispersão geográfica das comunidades indígenas gera a "pulverização" de lideranças e o acirramento das disputas internas (e externas) de poder econômico e político (em razão da extração de madeira). Houve também uma "estigmatização do elemento índio perante a sociedade envolvente, em nível local e regional, revelada pela percepção dominante de que o índio da Terra Indígena Ibirama: *'não quer trabalhar...não produz nada...depende do governo pra tudo'*.", o que é "fato notório, particularmente na região do Vale do Rio Itajaí-Açú - cujo grupo social é marcadamente referenciado aos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do empreendedorismo - sendo o padrão de conduta do grupo social indígena associado injustamente à ociosidade e à dependência do Estado".

À fl. 134 determinou-se a citação dos réus.

A autora aditou a inicial e requereu a correção da grafia do seu nome (fl. 35).

À fl. 36 a petição de fl. 35 foi admitida como emenda à inicial e determinada a retificação da autuação.

À fl. 49 Certidão da Secretaria relacionando os documentos que acompanharam a inicial e que estão depositados na Secretaria.

Os réus foram citados (União - fl. 40 e verso; Estado de Santa Catarina - fl. 42 verso; e FUNAI - fls. 46 e 48).

A FUNAI apresentou manifestação requerendo que "seja deslocada para o pólo ativo do processo, sob pena de em relação a ela posteriormente ser decretada carência de ação por falta de interesse de agir e de legitimidade passiva *ad causam*" (fls. 50 a 52).

A União Federal apresentou contestação acompanhada de documentos (fls. 54 a 97), aduzindo que "nada mais distante da verdade" a idéia do Ministério Público Federal "de que tanto a União como a FUNAI teriam se quedado inertes, no mister de zelar pela defesa dos interesses da população indígena que habita esta paragens. Posto que teriam permitido que este Plano de Contenção de Enchentes do Vale do Itajaí fosse executado de maneira adoçada e predatória aos interesses dos indígenas. Somente privilegiando os anseios dos habitantes das cidades que sofriam os efeitos das constantes enchentes que se abatiam na localidade". As obras "proporcionando o acionamento do sistema de contenção - que pode ser controlado de acordo com o volume de água gerado pelas condições climáticas de cada estação, posto que não se trata de um mecanismo rígido, que não permita seu adequado funcionamento - sempre que este seja necessário para evitar a ocorrência de novas enchentes na região do Rio Itajaí-Açu. Fato reconhecido pela própria *exordial*, que admite não apenas a eficácia do artefato de contenção, mas também o grande benefício que trouxe à comunidade local". Aduz que "num Estado Democrático de Direito não existem direitos absolutos, que estejam livres de todo e qualquer condicionamento no seu exercício". E que é verdade "que os indígenas sofreram limitações quantos ao uso das terras que tradicionalmente ocupam. Cuja exploração, por força de prescrição constitucional, cabe-lhes com exclusividade. Ressalvada a hipótese, também constitucional, de utilização de recursos nestas terras existentes, se assim deliberarem os Poderes Constituídos, e forem ouvidas as populações de índios implicadas (CF, art. 231, §§ 2º e 3º)". E, que é inquestionável "que estas obras foram feitas com amparo no ordenamento jurídico", cabendo apenas "examinar se as comunidades indígenas atingidas com a medida, teriam sido devidamente compensadas pela limitação que estão tendo de suportar no uso destas áreas que tradicionalmente ocupavam". Assevera que a própria inicial menciona diversas indenizações que já teriam sido concedidas e numerosas construções que foram, e continuam sendo feitas para abrigar a comunidade indígena. Diz que "o Governo Federal vem adotando as providências necessárias para dar fiel cumprimento aos termos de compromissos assinados. Que esquadrinham um cronograma de compensação aos indígenas dos empecilhos que tiveram de suportar, como consequência da indispensável construção da indigitada Barragem Norte." Aduz que somente não entregou o restante das quantias faltantes, porque os indígenas não demonstraram "aptidão para receber estas quantias em mãos", dilapidando os valores "das formas mais reprováveis e inúteis possíveis". E, também, em razão da notória falta de recursos "do Governo Brasileiro de levar adiante uma série de programas sociais para a melhoria da vida não apenas dos indígenas, mas de toda a sociedade." Resta claro que o "problema, como se depreende, não é a falta de pagamento propositado das quantias indenizatórias. É, sim, de contingenciamento da liberação destes aportes pecuniários. Pois, sendo limitados os recursos de que se dispõe, faz-se necessário que haja um escalonamento destes repasses. Visando a dar pronto atendimento ao maior número de pessoas possível". Diz que o feito deve ser julgado improcedente, pois "a questão já foi decidida há muito tempo." Alega que "a execução das obras de infra-estrutura para a compensação dos transtornos eventualmente sofridos pela Comunidade Autora, ficou sob a responsabilidade do Estado de Santa Catarina." Aduz, ainda, que a questão não pode ser objeto de análise pelo Poder Judiciário, porquanto afeta ao mérito administrativo, "Devendo ser deixado ao administrador a incumbência de determinar quanto, quando e como, serão liberados os recursos para o pagamento de indenizações já reconhecidas pelo Governo Federal". Assevera que o pedido "de pagamento anual, de forma permanente, de quantias indenizatórias pelos supostos males a que os Indígenas estariam expostos ano a ano", "não pode de maneira alguma ser acolhido. Pois representaria verdadeiro locupletamento. Gerando um enriquecimento sem causa pelos membros desta Comunidade. Porque o plano de compensação, com a construção de todas as obras requeridas (ex: casas, ruas, igrejas, etc), e a elaboração de projetos sociais de inclusão dos indígenas, já contempla todos os eventuais prejuízos que foram causados aos habitantes destas localidades. Seria um pagamento em dobro, e perpétuo, que seria suportado desarazoadamente por toda a sociedade. Deixando de configurar um ato reparatório, e passando a representar um ostensivo e odioso privilégio a uma determinada categoria de pessoas. Que não encontra similar no sistema de atendimento de carências sociais vigentes na nação".

O Estado de Santa Catarina apresentou contestação (fls. 99 a 117) argüindo preliminares de ilegitimidade passiva e de falta de interesse de agir. No mérito aduz que "a construção da Barragem Norte foi motivada por forte interesse público, em razão das trágicas

enchentes que haviam devastado a região nos anos anteriores". A barragem foi "projetada e executada por autarquia federal, o DNOS, órgão com capacidade técnica para realização dessa obra. Frente as limitações impostas ao uso pleno de parte de seus território, a Comunidade autora não só foi indenizada em dinheiro, fato confirmado na própria exordial, como também forma conveniadas obras e serviços entre a União o Estado de Santa Catarina e a Funai." Assevera que eventual responsabilidade do Poder Público implica na adoção da teoria do risco administrativo (objetiva - art. 36, § 7º da Constituição Federal ou subjetiva - art. 159 do Código Civil) a qual exige a presença de dois elementos: o dano e o nexo de causalidade entre o dano e a ofensa. Cita jurisprudência e assevera que no "presente caso não se vislumbra qualquer ato ou omissão do Estado de Santa Catarina a ensejar os danos apontados na exordial". Transcreve trechos de estudos e afirma que a causa e a origem da transformação cultural dos índios não foi a construção da barragem nova, mas que a transformação decorreu de um processo histórico que houve em todo o território nacional. Assim, "diante das circunstâncias do caso, que demonstram a falta de imediatidade e nexo de causalidade entre os prejuízos elencados pela autora e ato ou omissões imputáveis ao Estado réu, afastada está a responsabilidade que se quer atribuir ao contestante, merecendo, assim, serem julgados improcedentes os pedidos da comunidade autora." Impugna o valor pretendido a título de indenização por dano moral/cultural (quinze milhões de reais), "por falta de sustentação probatória da origem desse valor". Por fim, diz que a inalienabilidade e a indisponibilidade das terras indígenas previstas no art. 231, § 4º da CF/88 devem ser interpretadas em conjunto com o art. 5º, XXIII da Constituição Federal, que confere função social à propriedade. E, a "construção da Barragem Norte, que resultou na restrição de uso de área territorial da autora, não teve qualquer intuito de exploração comercial, mas sim por necessidade do interesse público, fato este também notório". Pede a improcedência.

A autora manifestou-se sobre as contestações e juntou documentos (fls. 119 a 137).

À fl. 137 certidão da Secretaria de que a réplica veio acompanhada do documento representado pelo "APENSO II; Assunto: Impactos da Barragem Norte; Dossiê CODID nº 493/95.", que foi depositado em Secretaria.

Pelo despacho de fl. 138 foi determinado à Secretaria que certificasse o decurso de prazo para a FUNAI apresentar contestação; a intimação das partes para especificação de provas e manifestação sobre a documentação acostada, bem como a depositada em Secretaria; vista do requerimento da FUNAI das fls. 50-52 à União e ao Estado de Santa Catarina.

Certidão da Secretaria de decurso de prazo para a FUNAI apresentar contestação à fl. 138 verso.

A autora requereu o depoimento pessoal "de alguns índios" e a produção de perícia antropológica (fl. 139).

A União disse não ter provas a produzir e se opôs à intenção da FUNAI ser deslocada para o pólo ativo da ação (fls. 141 e 142).

O Estado de Santa Catarina requereu a permanência da FUNAI no pólo passivo do feito (fl. 144).

Pelo despacho de fl. 145 determinou-se à Secretaria que certificasse o decurso de prazo para o Estado de Santa Catarina especificar provas; foi decretada a revelia da FUNAI; indeferiu-se o pedido da FUNAI de deslocamento para o pólo ativo do feito; e determinou-se a intimação da FUNAI acerca do despacho de fl. 138.

Certidão da Secretaria de decurso de prazo para o Estado de Santa Catarina especificar provas à fl. 145 verso.

A FUNAI interpôs agravo retido às fls. 148 a 151.

Decorreu *in albis* o prazo para a FUNAI manifestar-se sobre o despacho de fl. 138, item "2" (especificação de provas) - fl. 152.

Manifestação da União às fls. 153 e 154.

Saneador à fl. 156 mantendo a decisão agravada pela FUNAI (agravo retido das fls. 148-151); postergando a análise das preliminares argüidas pelo Estado de Santa Catarina por ocasião da sentença; indeferindo a perícia antropológica e o "depoimento pessoal de alguns índios"; determinado, no entanto, a juntada de documentos pela União ("a) mapa localizando o local da barragem, a área indígena e a área da bacia de contenção (terras inundadas e/ou inundáveis); e b) documento que quantifique a área indígena (x hectares) e a área abrangida pela bacia de contenção (x hectares) localizada dentro e fora da área indígena.") e pelo Estado de Santa Catarina ("a) documentos e fotos que comprovem os itens do convênio 041/98 que foram cumpridos; e b) eventuais justificativas pelo não-cumprimento dos demais itens.").

O Estado de Santa Catarina juntou documentos às fls. 158 a 200 e fls. 205 a 292.

A União requereu que a FUNAI fosse intimada para juntar os documentos relacionados no saneador de fl. 156, porquanto os mesmos "são disponíveis somente no acervo da autarquia indígena co-ré" (fl. 294), o que foi deferido à fl. 295.

A FUNAI acostou documentos às fls. 297 a 311.

A autora manifestou-se sobre os documentos acostados à fl. 313 e a União às fls. 315 a 320. A FUNAI e o Estado de Santa Catarina não se manifestaram (fls. 322 verso e 323 verso).

À fl. 324 foi esclarecido que nada havia "a prover com relação à parte final do item 'a' da petição de fls. 315-320 (... a fim de que possa ser devidamente aquilatada a necessidade de requerer-se a realização de prova pericial)", e, determinada a intimação das partes para alegações finais e manifestação sobre toda a documentação acostada e depositada na Secretaria da 1ª Vara (certidão de fl. 49).

Alegações finais da União, com juntada de documentos, às fls. 325 a 441.

Alegações finais da autora às fls. 449 a 451.

Alegações finais do Estado de Santa Catarina à fl. 454.

Alegações finais da FUNAI às fls. 457 e 460.

Os autos vieram conclusos para sentença.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

Trata-se de "Ação civil para reparação de danos coletivos culturais, materiais e morais, decorrentes de obra pública" visando (fl. 30) "primeiro, a reparação em dinheiro, inclusive em caráter permanente, enquanto durar o funcionamento da barragem; segundo, a execução e entrega de obras cuja legitimidade já foi reconhecida em diversos convênios celebrados; por fim, a execução de programa de auto-sustentação da comunidade autora, que também foi objeto de convênios, não implementados no ponto".

DAS PRELIMINARES

Da ilegitimidade passiva

Alega o Estado de Santa Catarina que "não é parte legítima para residir no pólo passivo da presente demanda, porquanto, como comprova a própria autora, a Barragem que deu origem à presente demanda foi construída pela extinta autarquia federal DNOS - Departamento Nacional de Obras e Saneamento". Diz que para justificar sua presença no pólo passivo a autora invoca a Lei Estadual nº 9.748/94, que "dispõe sobre política estadual de recursos hídricos, que prevê a compensação aos municípios que sofreram prejuízos decorrentes de inundações de áreas por reservatórios". No entanto, referido dispositivo não se aplica à autora, pois dispõe sobre "compensação em se tratando de município e não de comunidades isoladas, como é o caso da Comunidade autora que está, geograficamente, inserida no município de José Boiteux". Diz, também, que a autora pretende a sua inclusão no pólo passivo "em razão dos convênios por ele firmados com a União e a Funai, para execução de obras, com financiamentos estaduais, que entrariam como contrapartida do Estado e outras que seriam realizadas através de repasses de verbas federais". Contudo, a "execução das obras conveniadas está diretamente vinculada à União, a quem recai legitimidade para responder sobre a questão". Acrescenta que "todo o projeto, construção e funcionamento da referida Barragem Norte esteve a cargo de órgão federal". Assevera, ainda, que "justifica a autora a legitimidade do Estado de Santa Catarina afirmando que '*pelo fato de ter sido o Estado-membro beneficiado pela obra da barragem norte, que se destinava a mitigar o problema histórico das enchentes incidentes nas regiões do médio e alto vale do Rio Itajaí-Açu, cuja bacia hidrográfica envolve dezenas de municípios do Estado, correspondendo portanto a uma demanda regional, no interesse preponderante do Estado de Santa Catarina, quanto ao desenvolvimento industrial, prosperidade econômica e estabilidade social daquela região.*' Esta diferenciação que a autora faz entre brasileiros de origem indígena e não indígenas, catarinenses de origem indígena e não indígena, fazendo crer que o interesse público está voltado para o atendimento de determinado grupo regional, infringe o princípio da igualdade entre todos os brasileiros, prescrito no artigo 19, inciso II, da Constituição Federal".

Pelo que se vê do Protocolo de Intenções (fls. 373 a 378, 404 a 409) e do Convênio nº 41/98 - SEP/RE/MPO (fls. 379 a 387, 411 a 417), o Estado de Santa Catarina assumiu a responsabilidade pela construção de várias obras, as quais não teriam sido concluídas.

Assim, é o Estado de Santa Catarina parte legítima para o feito.

Afasto a preliminar.

Da falta de interesse de agir

Alega o Estado de Santa Catarina que "Mediante protocolos de intenção e convênios a União e o Estado têm compensado os prejuízos sentidos pela Comunidade autora, realizando obras, construindo casas de moradia, quadras poliesportivas, etc. Dentro das possibilidades orçamentárias, Estado e União têm disponibilizado recursos, para as obras de que tratam os convênios juntados aos autos. Aliás, para a realização de maior parte das obras, o Estado depende de verbas repassadas pela União. Tanto é que nota técnica da Secretaria de Infra-Estrutura Hídrica do Ministério de Integração Nacional, relaciona as obras já executadas e as em execução, decorrentes do convênio 041/98, que tem por objeto a realização de construções na Reserva Indígena de Duque de Caxias (doc. Anexo) Além disso, a comunidade autora já recebeu da União Federal, em duas oportunidades, nos anos de 1980 e 1983, indenização em dinheiro, como afirmado na inicial. Vem, portanto, a comunidade autora recebendo a compensação pelo restrição imposta ao

uso de parte de suas terras, o que deixa caracterizada a falta de interesse da comunidade autora na propositura da presente demanda".

A preliminar levantada diz com o mérito da ação, pelo que a rejeito.

DO MÉRITO

A Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional 1969, prescrevia:

"Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União:

...

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;"

"Art. 8º - Compete à União:

...

XVII - legislar sobre:

...

o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;"

"Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio."

A Constituição Federal de 1988 prevê:

"Art. 20. São bens da União:

...

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios."

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

...

XIV - populações indígenas;"

"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

...

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;"

"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."

Da reparação em dinheiro

Alega a parte autora que é inconstitucional o uso de terra indígena como bacia de acumulação; embora a bacia de contenção da Barragem Norte seja temporária e intermitente há privação do usufruto sobre as terras cedidas à bacia de construção; o usufruto constitucional sobre as terras indígenas constitui direito cultural das comunidades indígenas. Diz que "a remoção a que foram submetidos os membros da comunidade autora, de seu lugar tradicional e histórico de ocupação e trabalho, para as encostas do mesmo vale, ensejou um dano que não se restringe à mera privação de usufruto sobre essas terras, traduzindo-se fundamentalmente na ruptura experimentada por aquela comunidade com seu próprio passado histórico, no esfacelamento das formas tradicionais de vivência e convivência radicalmente ligadas àquele território; em prejuízo direto ao próprio 'complexo cultural', que lhe confere identidade em face dos outros grupos étnicos e sociais". E, que a "segunda forma de reparação em dinheiro que se pede é a título permanente, ou seja, mediante pagamentos anuais de valor monetário arbitrado judicialmente, enquanto perdurar o funcionamento da barragem. Funda-se tal pedido, primeiro, em que a própria função da Barragem tem caráter permanente, e bem assim seus efeitos danosos e inconstitucionais sobre a cultura indígena, que se prolongam no tempo enquanto durar o funcionamento da obra. Segundo, a inalienabilidade constitucional das terras indígenas deslegitima sua afetação para fins diversos. Uma tal forma de indenização (prestação periódica permanente) não é estranha ao tráfego civil - antes o contrário - sendo amplamente utilizada em caso de responsabilidade civil pelo sustento de dependentes de pessoa morta ou incapacitada por acidente (pensão alimentícia). Esse raciocínio não é incompatível com os direitos coletivos decorrentes de danos patrimoniais e culturais".

A construção da Barragem Norte teve início com o Decreto nº 76.392, de 06-10-1975 (fl. 1026 do volume "V" em apenso - capa amarela):

"Art. 1º Fica declarada de utilidade pública, para fins de desapropriação pelo Departamento Nacional de Obras de Saneamento, Autarquia vinculada ao Ministério do Interior, uma área de terreno titulada a diversos particulares, com aproximadamente 14.000.000m² (quatorze milhões de metros quadrados), com benfeitorias, situada no Município de Ibirama, no Estado de Santa Catarina, necessária à construção da Barragem Norte e obras complementares, inclusive áreas para explorações de jazidas de materiais, e faixa para implantação de nova estrada de contorno. A bacia hidráulica, destinada à contenção de cheias, terá o seu perímetro limitado pela curva de nível de valor 306,50m (trezentos e seis metros e cinquenta centímetros), (cota arbitrária), podendo variar em cada caso particular, com formato irregular, relativa à planta nº 1.478 - 11ª DRS, constante do processo nº 12.050-MI-75, devidamente rubricada pelo Secretário Geral do Ministério do Interior.

Art. 2º Excetuam-se desta declaração de utilidade pública, as áreas existentes na região, que constituem Reservas Indígenas.

Art. 3º A desapropriação, a que se refere o presente Decreto, é considerada de urgência, para os efeitos do artigo 15, do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, modificado pela Lei nº 2.786, de 21 de maio de 1956.

Art. 4º O Departamento Nacional de Obras de Saneamento fica autorizado, com os seus próprios recursos, a promover e executar, amigável e judicialmente, a presente desapropriação.

Art. 5º Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

O Decreto nº 76.392/75 não desapropriou as terras indígenas, até porque não poderia, uma vez que as terras indígenas pertencem à União (art. 4º, IV, da Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969).

Pelo que se vê do mapa de fl. 300 (mapa entre as fls. 20 e 21 do apenso "II" - capa verde), a Barragem não foi construída em área indígena, área esta que é de 14.084,88 ha. Apenas uma área de 817,4270 ha é atingida/alagada quando do fechamento das comportas (para conter a enchente).

Referida área alagada é a situada nas margens de rios (bacia de acumulação) - e corresponde a 5,8% do total da reserva indígena, percentual este muito pequeno considerando a totalidade da reserva.

Como visto, a Constituição de 1967/1969 reconhecia apenas a posse permanente e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes (art. 198).

Isto significa dizer que os direitos indígenas eram restritos à posse da terra; não havia qualquer menção ao aspecto cultural (costumes, organização social, crenças, ...) - inovação advinda com a Constituição Federal de 1988.

No entanto, a inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 não leva ao reconhecimento da inconstitucionalidade do uso de terra indígena como bacia de acumulação; nem a privação parcial do usufruto leva à indenização em dinheiro pretendida.

Repita-se, as terras indígenas pertencem à União, e, a União construiu a Barragem no interesse público (prevenir ou pelo menos amenizar as enchentes do Vale do Itajaí) - inclusive no Decreto nº 76.392/1975 consta que a desapropriação é de urgência -, e na vigência da ordem constitucional de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969 (ato jurídico perfeito).

Assim, não há falar em responsabilidade objetiva ou subjetiva do Estado a ensejar indenização em dinheiro.

E, como consta na inicial (fl. 14):

"São inegáveis os benefícios sociais e econômicos proporcionados pelas barragens aos grupos sociais das regiões do médio vale do Rio Itajaí-Açu, e ao desenvolvimento econômico do Estado de Santa Catarina, ao proverem segurança às atividades econômicas de trabalho, de investimento, de produção de bens e serviços, de circulação e de consumo, havidas nessa região."

De todo modo, no próprio Relatório de Viagem (datado de 19-05-1998) firmado pelas Antropólogas Elaine de Amorim Carreira e Maria Fernanda Paranhos de Paula e Silva (fls. 463 a 471 do volume "II" em apenso - capa amarela) consta:

fls. 470 e 471

"É importante ressaltar que destinar dinheiro aos povos indígenas sem planejamento é promover mais a auto-destruição desses povos que sua auto-sustentação. Sabemos que contratos indenizatórios pouco elaborados, incapazes de considerar as características próprias dos grupos no que diz respeito à sua organização sócio-política e sua situação de contato, beneficiam somente setores ou pessoas isoladas dentro da comunidade. O efeito acaba sendo não a reparação de danos, mas sua intensificação ao desorganizar as relações políticas internas e externas do grupo, acentuando suas divergências e deteriorando ainda mais as relações com o órgão tutor e com a sociedade envolvente como um todo."

Portanto, os recursos destinados à reparação de danos e mitigação de impactos negativos em terra indígena devem ser veiculados por programas destinados a apoiar ações na área de saúde, de educação, de fomento à produção, de vigilância e proteção ambiental, e, no primeiro momento, de obras de infraestrutura quando necessárias."

E, no Ofício nº 007/06/AGU/PSU/BNU, de 16-01-2006 (fls. 329 a 337), juntado pela União nas alegações finais, também, consta:

fl. 337

"... como Indigenista sabemos que qualquer pagamento em espécie e que não venha através de um Programa de longo prazo que vise melhorar as condições sócio-econômica e cultural dos Xokleng de Ibirama e que os faça ter confiança no poder público e poder visualizar um futuro melhor pela frente, estará fadado ao fracasso e simplesmente acirrará os ânimos existentes e o Stress Físico e Cultural dos Xokleng."

Improcede o pedido de reparação em dinheiro.

Da remoção para as encostas íngremes do Hercílio, sem aptidão agrícola, dispersando a ocupação e subvertendo relações sociais e ambientais consolidadas

Alega a autora que a "parcela do território indígena sujeito à acumulação da água represada pela Barragem Norte constitui justamente a área de maior aptidão agrícola de toda terra indígena Ibirama, porque antes da Barragem Norte constituía uma 'planície aluvial ... fertilizada em ciclos de cheias e vazantes com sedimentos fluviais'". E, que além "da privação imediata - e definitiva - das terras e das águas cedidas à bacia de contensão, suportou a autora outro prejuízo - também imaterial - consubstanciado no fato de as famílias que então habitavam as terras baixas do vale dos Rios Hercílio e Platê terem sido removidas para uma região mais alta - e mais íngreme - desses vales, fora do perímetro ideal da bacia de acumulação, mas ainda dentro da Terra Indígena Ibirama La Kľaño". E, ainda que a "altitude e a inclinação da nova localização das famílias constitui prejuízo imaterial porque todas as formas de uso da terra nesse altiplano (para fins de moradia, cultivo da terra com roças e pasto para gado, além da própria locomoção), são fortemente limitadas pela circunstância elementar de a inclinação dificultar permanentemente a posição física do homem no solo, o que, aliada à altitude, subverte sua relação com o território e o ambiente. Uma tal relação ambiental ostenta importância inoidável para qualquer comunidade indígena, daí porque ser protegida constitucionalmente, não só a do homem em geral (art. 225 CF) como especialmente a do homem indígena (art. 231, § 1º CF). Outra consequência danosa dessa remoção para as encostas do vale, tanto do ponto de vista material quanto cultural, foi o prejuízo à comunicação e ao trânsito mútuo entre os habitantes das duas margens do Rio Hercílio - agravada pela destruição, com a enxurrada de 1978 (de resto provocada pela obra da barragem), da ponte pênsil que havia na confluência entre o Hercílio e o Rio Platê (cf. mapa fl. 1148 PA-MPF), e até hoje não reconstruída - privando a comunidade de um trânsito seguro, mais freqüente e menos custoso (a pé) entre as margens opostas do Rio Hercílio. Esse quadro vem acentuar ainda mais o prejuízo - também cultural - às relações sociais consolidadas há décadas entre as diversas famílias do grupo indígena".

Embora a autora esteja privada do uso da terra na bacia de acumulação durante as enchentes, este fato não configura prejuízo imaterial a ensejar indenização, pois como consta na inicial (fl. 21), os Xokleng não tinham "costume imemorial de agricultura", sendo que "a prática da agricultura foi introduzida na cultura dos grupos com os quais o 'pacificador' Eduardo Hoehran estabeleceu contato, a partir de 1914".

De todo modo, no documento da FUNAI, datado de março/1991 - fls. 27 e 28 do apenso "II" - capa verde consta:

"Existem em toda a reserva um total de aproximadamente 500ha de solos com aptidão para o cultivo. Essas áreas originam-se de capoeiras e capoeirões exploradas pelos indígenas e áreas recém desmatadas, onde, pela ação do fogo e das foices foram abertas novas roças. Estão localizadas nas encostas onduladas próximo à sede do posto e nas localizadas da Paca e do Platê, sendo somente aptas para o cultivo manual e o uso eventual de tração animal, sendo inviável sua mecanização.

Nestas terras há um potencial imediato de cultivo de culturas alimentares como o milho, a mandioca, o feijão e a batata doce o quê garantiria o abastecimento do grupo Xokleng.

A fim de incrementar a produtividade do trabalho, recomendamos o uso da tração animal, para o quê sugerimos a aquisição e manutenção pela comunidade/posto de 20 juntas-de-boi.

Além disso, existem cerca de 100 ha de áreas agrícolas de declividade menor e que podem ser destocadas com auxílio de tratores de esteira (lâmina) para permitir o uso de equipamentos mecanizados de plantio e tratos culturais. Sugerimos uma integração com a Prefeitura Municipal, ACARESC/CIDASC, Secretaria da Agricultura de Santa Catarina e FUNAI, a fim de viabilizar-se o aproveitamento racional destas terras, garantido a assistência técnica aos

empreendimentos.

....

Um total de aproximadamente 1500 hectares da terra indígena Duque de Caxias apresentam um grande potencial para a pecuária leiteira e de corte. São áreas ocupadas por capoeiras e capoeirões, com relevo ondulado e forte ondulada, extremamente ácidos e de baixa fertilidade, onde as lavouras anuais são inviáveis. Podemos salientar a existência de terras localizadas no Bugio, no Platê, na Paca e no Toldo.

As terras ácidas e fracas destas localidades podem ser adequadamente exploradas com o plantio de pastagens adaptadas, as quais poderão ser aproveitadas para a bivinocultura leiteira ao nível familiar."

Às fls. 29 a 34 do referido apenso há referência ainda à exploração de agroindústria e de pequenas indústrias comunitárias.

E às fls. 552 e 553 (556 e 557) do volume "II" em apenso - capa amarela consta o Ofício nº 066/98/GAB/ERA CWB, datado de 02-09-1998, da FUNAI, que consigna:

"Reportamo-nos ao vosso OF. n.º 920/98, datado de 18.08.98. que versa acerca de projetos que estão sendo implantados nas Aldeias da Terra Indígena IBIRAMA, temos a informar:

01 - No final do exercício de 1997, a pedido das lideranças das aldeias, em conjunto com a Chefia do Posto Indígena, técnico da Prefeitura de José Boiteux e EPAGRI, elaboramos projeto para a implantação de galpões para criação de aves de pequeno porte (avicultura de postura e corte), e lavouras de milho e feijão, além de horticultura. Após a liberação dos recursos necessários, procedemos a certame licitatório e aquisição direta de materiais de construção, sementes, insumos e equipamentos.

Já decorridos oito meses do corrente exercício, somente na Aldeia figueira foi iniciada a construção do galpão. Quanto ao plantio, o mesmo já teve início e deverá estar concretizado no mês corrente. - custo R\$44.922,70.

02 - Está sendo implementado o plantio de reflorestamento com eucalipto e pinus, em regime familiar, totalizando num primeiro momento 175 mil mudas. - custo R\$6.478,80.

03 - Tendo como proponente a EPAGRI - Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural de Santa Catarina, com recursos do Ministério da Agricultura, está sendo implantado o Projeto Extração de Mel - EMEL, que objetiva 'viabilizar à população indígena e aos produtores rurais, alternativa extrativista e auto-sustentável de produção econômica de mel e seus derivados'.

Após a efetiva implantação do projeto, a população indígena poderá ser largamente beneficiada, considerando-se o potencial melífero da região.

04 - Esta Administração ainda possui recursos orçamentários que dentro do exercício 98 deverão ser utilizados para investimento nos projetos já iniciados ou que venham a ser concebidos."

E, ainda, na foto nº 23 (Relatório das Obras - anexo capa incolor e espiral) já se vê plantação perto das novas casas construídas.

Assim, a agricultura havida na bacia de acumulação pode perfeitamente ser cultivada nas partes superiores da área indígena, e inclusive com adaptação de outras agriculturas

e/ou atividades.

Das inundações de cemitério pela bacia

Alega a parte autora que o cemitério indígena mais antigo sofre constante inundação quando do acionamento da barragem. E que a "inundação, decorrente de obra humana, de um local que guarda restos mortais de antepassados comuns, constitui dano imaterial independente de identidade *étnica* do grupo social, porque não é o aspecto étnico que está em conta, no ponto, mas sim e sobretudo a dimensão *humana* - por isso cultural - da ligação do homem - de qualquer homem - com seus antepassados".

No volume "V" em apenso - capa amarela constam declarações:

fl. 1017

Antonio Caxias Popó

"Perguntado ao declarante se tem conhecimento de que a bacia da barragem, em época de cheia, inunda cemitérios indígenas, respondeu que sim: que dos quatro cemitérios existentes na aldeia Figueira apenas um deles é utilizado atualmente, mas não é atingido pelas cheias. Dos três cemitérios antigos, que não são mais utilizados, e que antigamente abrangiam toda comunidade indígena, porque a Aldeia Figueira foi a primeira, um deles é sempre inundado pelas águas quando há o fechamento das comportas da barragem; que as comportas são fechadas conforme as chuvas, podendo ser quatro, cinco ou mais vezes por ano. Que essa cobertura do cemitério pelas águas nunca ocorrera em relação a esse cemitério, antes da construção da barragem; nesse cemitério há uns dez corpos enterrados, o que o declarante não pode afirmar com segurança porque esse cemitério é 'muito antigo' e dele só tem informação pelos mais velhos; que a vó da esposa do declarante está enterrada naquele local. Que antes da construção da barragem nenhuma autoridade havia indagado ao declarante sobre a existência de cemitérios na área destinada à bacia de contenção, mas após a sua construção, esse assunto foi discutido nas reuniões sobre a indenização pela barragem. Relativamente aos outros dois cemitérios antigos, que ficam em lugar mais alto que anterior, o declarante pode dizer que nunca foram propriamente inundados, mas eles se situam na parte interna da cota da bacia de contenção, a qual foi marcada com 'piquetes pelos engenheiros' e que segue sendo sempre a mesma, sem alteração; sabe quando as comportas são fechadas porque o 'guarda da barragem informa'".

fl. 1019

Voia Patté

"Perguntado ao declarante se tem conhecimento de cemitérios indígenas inundados pela bacia da barragem, em época de cheia, respondeu que sim: que na aldeia Palmeira não os há; mas na aldeia Figueira sim; que em um deles, inundado pelas águas da barragem, por ocasião das cheias, encontram-se enterradas as duas avós do declarante, por parte de pai e mãe; que o declarante conheceu as duas avós, mas não acompanhou seu enterro; que o declarante tinha uns seis anos de idade quando suas avós morreram. Que o declarante, quando criança, costumava visitar o cemitério onde suas ancestrais jaziam e participava das cerimônias que os índios celebravam. Que depois da mocidade do declarante 'as rezas já eram de brancos'. Que o 'pessoal da barragem', na

época de sua construção, prometeu a comunidade indígena realizar a remoção desse cemitério, mas até hoje isso não foi cumprido."

fl. 1020

Brasílio Priprá

"Perguntado ao declarante se tem conhecimento de cemitérios indígenas inundados pela bacia da barragem, em época de cheia, respondeu que sim: que no local onde hoje é a aldeia Sede, que é o mesmo em que houve a pacificação em 1914, onde o rio Platê encontra o rio Hercílio, há um cemitério 'na barra do rio Platê', bem próximo ao rio Hercílio, que naturalmente é inundado por ocasião do uso da barragem. Que o declarante conhece o local, mas não sabe quantos corpos teriam sido enterrados ali, sabendo que ali é um cemitério através dos índios 'mais velhos'. Que na aldeia Sede há outros dois cemitérios, mas não ficam dentro da 'cota da barragem': um deles é um cemitério dos 'cafuzos' que não é mais utilizado porque os cafuzos foram removidos da terra indígena na década de oitenta".

Com efeito, dos depoimentos vê-se que apenas um cemitério é atingido (os demais, inclusive, não são mais usados), e, que havia a promessa de remoção do cemitério.

Assim, a questão resolve-se com a remoção do cemitério pela FUNAI.

Da subversão da função ambiental e cultural do Rio Hercílio pelo represamento. Mortes por afogamento

Alega a autora que o "Rio Hercílio a montante da barragem foi profundamente alterado em seu 'comportamento', e sua água também, em sua composição e aspecto, por conta do represamento. Quando, em período de cheias, as comportas da barragem são fechadas para a formação do lago e proteção da população a jusante de enchentes o Rio 'sobe' em maior velocidade e seu nível atinge maior altitude do que o fazia até antes da Barragem. Segundo, quando, após a formação do lago, as comportas são abertas e a água suja é escoada, resta no leito da bacia de acumulação uma camada de material lamacento e fétido, inexistente antes da obra, e ambientalmente impactante. Tudo isso importa em prejuízo imaterial porque além da depreciação paisagística, foi mesmo subvertida, senão aniquilada, a própria função ambiental e cultural do rio como fonte de proteína animal, como meio de transporte e como elemento integrante da identidade cultural do grupo étnico. O rio a montante deixa de ser um rio para se tornar um inimigo que ameaça e deprecia o ambiente, de modo que também o Rio Hercílio, que outrora corria naturalmente, foi arrancado e alienado do patrimônio material e imaterial indígena, fato que não é de ser desprezado". E que há relatos de mortes por afogamento "por ocasião da cheia repentina em razão do fechamento da barragem". E, ainda, que por "conta das cheias 'da barragem', as crianças da aldeia Toldo deixam de freqüentar a escola (que fica dentro da terra indígena) por até quinze dias consecutivos, uma vez que a precária ponte que liga essa aldeia, na margem esquerda do rio, à estrada geral da margem direita, fica completamente submersa. Alie-se a isso o compreensível medo de usar canoas para a travessia, então resulta uma privação - causada pela Barragem Norte - à própria locomoção no interior da terra indígena, inclusive para acesso à saúde, pelos membros da Aldeia Toldo, de etnia predominantemente Guarani, e especialmente a privação de acesso à educação, pelas crianças dessa aldeia".

No volume "V" em apenso - capa amarela constam declarações datadas de agosto de 2001:

fl. 1017

Antonio Caxias Popó

"Perguntado ao declarante se tem conhecimento da ocorrência de mortes de indígenas por afogamento nas águas do Rio Hercílio, a montante da barragem ali construída, respondeu que tem conhecimento; o primeiro caso de óbito nessas circunstâncias, quanto aos índios da Aldeia Figueira, é o do índio Ndili Camblém, ocorrida em 1985, quando foi tentar atravessar a nado o rio Hercílio, porque não possuía canoa; que nessa ocasião as comportas da barragem estavam fechadas e as águas estavam subindo; que o corpo foi encontrado umas três horas depois, próximo à outra margem, mas há mais de dez quilômetros da barragem propriamente. Que em fevereiro do ano em curso, o índio Serginho José Anacleto, com vinte e seis anos, também morreu afogado nas águas de um ribeirão afluente do Rio Hercílio, quando as comportas da barragem estavam fechadas e as águas a montante da barragem subindo rapidamente; que a casa do declarante fica na parte alta da região e sua criação de gado fica na parte baixa, que o declarante solicitou a Serginho Anacleto, casado com a neta do declarante, que fosse recolher o gado que pudesse ser atingido pela subida das águas; que o declarante percebeu que a vítima estava em perigo quando ouviu os gritos de suas netas de que Serginho estaria se afogando; que as águas desse ribeirão já mediam uns quarenta metros de margem a margem; que em época de seca esse ribeirão tem uma largura mínima, de uns dois metros.

Perguntado ao declarante como era o estado da água do rio Hercílio antes da construção da barragem, respondeu que era uma água 'completamente limpa'; que depois da construção da barragem a água tornou-se suja porque 'fica presa, parada'. Que antes da construção da barragem era comum o uso de canoas pelos índios, pelo rio Hercílio, mas depois da barragem ninguém usa mais canoa porque para transpor a barragem há que passar por uma área de muita lama."

fl. 1019

Voia Patté

"Perguntado ao declarante se tem conhecimento da ocorrência de mortes de indígenas por afogamento nas águas do Rio Hercílio, a montante da barragem ali construída, respondeu que sim; que seu filho Gakrám Patté com trinta e seis anos, morreu afogado nas águas do rio Hercílio, há uns dez anos atrás; que o declarante todavia não presenciou o afogamento. Que a vítima deixou um filho menor, que é criado pelo declarante, avô do menor.

Perguntado ao declarante como era o estado da água do rio Hercílio antes da construção da barragem, respondeu que era uma água limpa e na qual o declarante, quando mais moço, costumava pescar mandim, traíra e cascudo, com tarrafa de náilon. Que depois da construção da barragem a água tornou-se suja e é muito raro algum índio pescar nessas águas, apenas por necessidade ou laser."

fl. 1020

Brasílio Priprá

"Perguntado ao declarante se tem conhecimento da ocorrência de mortes de indígenas por afogamento nas águas do Rio Hercílio, a montante da barragem ali construída, respondeu que sim; que em 1990 faleceu o Sr. Valter Antonio Duarte conhecido de vista do declarante; que o afogamento se deu no num trecho do rio Hercílio entre a aldeia Palmeira e a aldeia Figueira; que na ocasião a água do rio estava 'bem alta'; que o declarante acompanhou o resgate do corpo e soube que a vítima foi atravessar o rio nadando, não tendo conseguido porque naquele ponto o rio era 'muito largo'. Que a vítima era lavrador e deixou um filho pequeno. Que sabe ainda do afogamento de Clendô Pembá, estudante, com

quinze anos à época, em 1993; Que o declarante acompanhou o resgate do corpo da vítima, sabendo que ao voltar da aula, por volta do meio-dia, a vítima tinha pego carona com um caminhão, que o deixou na estrada geral da Terra Indígena, e ao tentar atravessar o rio Hercílio para chegar à aldeia sede, morreu afogado. Que as águas do rio 'não estavam muito cheias, mas fora do nível normal'. Que o resgate se deu rapidamente, entre quarenta minutos e uma hora depois, porque outros estudantes avisaram o declarante. Que também no final de 1993 faleceu o Sr. Sebastião Gonçalves, que era amigo do declarante; que nessa ocasião as águas estavam 'muito altas', aproximadamente 40 metros de altura e 300 metros de largura, entre a aldeia Palmeirinha a aldeia Sede; que Sebastião se afogou num sábado e seu corpo só foi encontrado na quinta-feira seguinte, em meio a muita 'terrorada', porque aquele ponto era próximo à barragem e as águas já haviam baixado o nível.

Perguntado ao declarante como era o uso da água do rio Hercílio antes da construção da barragem, afirmou que era 'muito limpa' em que se via fundo a mais de 'dois metros', que havia 'muitos peixes' e que quando o declarante era menino costumava nadar e pescar no rio. Que antigamente era muito comum apanhar cascudo em todas, debaixo d'água, bem como o uso de 'seve', um instrumento indígena feito com tiras de taquara, que eram arrajadas de modo que captar a água do rio, afunilando-a, para capturar os peixes que eram tragados e que ficavam presos. Que para pescar lambaris usava-se um balaio comum, que posto na água limpa com a boca para baixo, meio deitado, jogando-se farinha na água para atrair os peixes, os quais entravam no balaio, que era então suspenso. Que o declarante chegou a utilizar todos esses instrumentos."

Quanto às mortes relatadas, estas poderiam acontecer independentemente da barragem, pois sempre há o risco de afogamento quando se entra em qualquer rio.

No entanto, é público e notório que a bacia de acumulação causa efeitos na vida do rio.

Entretanto, esses efeitos não levam a uma indenização em dinheiro, mas ao desenvolvimento de eventual projeto para readaptação da vida no local.

Note-se que no apenso "II" - capa verde há a foto nº 30 com a observação: "Rio Platê. Grande riqueza de recursos hídricos. Grande potencial para a piscicultura".

Da perda da identidade cultural: desculturação. Da dispersão geográfica. Das consequências sociais da dispersão geográfica: acirramento de conflitos e estigmatização social do índio

Alega a parte autora que a transformação cultural, na modalidade negativa - a desculturação - foi acelerada: "a) pela construção e funcionamento da Barragem Norte e b) pela ação ilícita de servidores da 4ª Delegacia da Funai, sediada no Estado do Paraná, em facilitar, devendo e podendo evitá-lo, o esfacelamento do sistema cultural de lealdade entre os membros da comunidade indígena, nos episódios de dispersão geográfica para o Bugio em 1979, e na conseqüente disputa interna por poder político e econômico (exploração da madeira), entre as lideranças das diversas aldeias incipientes". E, que a história da "dispersão geográfica está conectada à construção da barragem por pelo menos duas circunstâncias: primeiro, porque as famílias indígenas que até a construção da Barragem viviam mais agregadas umas às outras, às vezes nas margens opostas de um rio que lhes era próximo e vital, viram-se desalojadas para as encostas dos morros, sem comunicação com os habitantes da 'outra margem'. A segunda razão da conexão está em a perspectiva de inundação da área florestal ter deflagrado, na comunidade indígena, o interesse na exploração (venda) dessa madeira virtualmente 'perdida', e obtenção de algum 'ganho'. Acrescenta que as

"primeiras conseqüências sociais nefastas desse processo de dispersão geográfica foram a pulverização de lideranças e o acirramento das disputas internas (e externas) de poder econômico e político, na medida em que as lideranças indígenas - e seus clientes - que emigraram para o Bugio, fundando essa nova nucleação, passaram a explorar a madeira daquela região (rica em sassafrás) em maioria de ocultação e clandestinidade do que se o fizessem em locais mais próximos ao Rio Hercílio, em face da distância física da localidade Bugio em relação à sede do Posto Indígena (aldeia Sede), que era local de 'gravitação' das famílias indígenas em função da existência dos serviços federais de apoio à comunidade". "A segunda série de conseqüências sociais negativas desses arranjos econômicos em torno de práticas marginais de exploração do patrimônio indígena, sob chancela explícita ou implícita do órgão federal indigenista, e acentuadas pela Barragem Norte, diz precisamente com a estigmatização do elemento índio perante a sociedade envolvente, em nível local e regional, revelada pela percepção dominante de que o índio da Terra Indígena Ibirama: *'não quer trabalhar ... não produz nada ... depende do governo para tudo'*. A estigmatização do índio, pela sociedade envolvente, constitui fato notório, particularmente na região do Vale do Rio Itajaí-Açu - cujo grupo social é marcadamente referenciado aos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do empreendedorismo - sendo o padrão de conduta do grupo social indígena associado injustamente à ociosidade e à dependência do Estado. A manifestação desse estigma revela-se numa expectativa ilegítima da sociedade regional de que o grupo social indígena conduza seu comportamento, em relação ao trabalho e à subsistência, não do modo propriamente indígena, mas sim de um modo similar ao desempenhado pelos membros do grupo social envolvente, culturalmente diverso".

Como refere a própria inicial (fl. 03), a comunidade indígena de Ibirama é constituída por Xokleng (ocupantes originários), Kaingang (trazidos do Paraná em 1914) e Guarani (introduzidos no território na década de 1950) e "atualmente miscigenadas entre si".

À fl. 10 do apenso II - capa verde consta (documento datado de março de 1991):

"Dados demográficos mais recentes indicam uma população indígena assim distribuída:

ETNIA	FAMÍLIA	POPULAÇÃO
Xokleng e Kaingang	200	1.210
Cafusos	27	165
Guarani	6	36
Mestiço	6	36
TOTAL	239	1.447

Esses dados são aproximativos, sendo 60% constituída por menores de 15 anos. Destes, aproximadamente 250 encontram-se freqüentando as escolas de 1ª a 4ª série existentes na área."

Com efeito, a própria formação da comunidade indígena de Ibirama, que é uma miscigenação, favorece a "desculturação".

E, com o passar do tempo, e com as condições socioeconômicas da região do Vale do Itajaí, é público e notório que os "índios" não vivem mais como índios.

A autora quer fazer crer que a razão desta "desculturação" foi a construção da Barragem, e que isto ensejaria indenização por "dano cultural".

Embora não se possa negar que referida construção teve influência na vida dos índios (assim como na vida de todas as pessoas do Vale do Itajaí), esta influência não leva à qualquer indenização monetária, pois não há como exigir que o índio do Vale do Itajaí viva ou cultive suas

tradições como o índio no meio da floresta amazônica.

A justificar este raciocínio, como exemplo, as fotos nºs 10 e 26 (casas com antena parabólica), contidas no Relatório das Obras "REFERENTES AO CONVÊNIO 041/SEPRE-MPO" em anexo (capa incolor com espiral).

E, ao referir o termo "acelerado", a própria autora reconhece que o processo de desculturação já ocorria anteriormente à construção da Barragem.

Das indenizações

Alega a autora que as indenizações recebidas (pagas pelo DNOS) desconsideram, em primeiro lugar, "as dimensões paisagística e cultural do ambiente, como elemento constitutivo da identidade étnica da comunidade autora, além de outros danos decorrentes. Em segundo lugar, a forma irresponsável como se deu o pagamento - sustenta agora o MPF - carrou efeitos sociais verdadeiramente degradantes, terminando por agravar a discriminação social do índio e sua dependência para com a sociedade regional".

Como se vê da inicial (fls. 10 a 13), a autora reconhece o pagamento de indenizações.

No Ofício nº 007/06/AGU/PSU/BNU de 16 de janeiro de 2006 (fls. 329 a 337) consta informação sobre o pagamento de indenizações em dinheiro, inclusive à fl. 340 há um recibo.

No entanto, para a autora ainda remanesceria uma indenização pela desconsideração das dimensões paisagísticas e cultural.

Contudo, como decorre da fundamentação do item "da reparação em dinheiro" já apresentada, inexistia qualquer direito à outra indenização.

Da execução de obras

Alega a autora que "Tomando-se como referência normativa o protocolo de intenções de janeiro de 1992 e o convênio 41 de 1998 celebrados entre a Funai, a União e o Estado de Santa Catarina, que prevêem a entrega de obras diversas, e tendo em conta o 'Relatório das obras referentes ao convênio 041/Se-pre-Mpo' (anexo), elaborado pela Funai, acerca do cumprimento parcial desses acordos, é possível identificar obras de infra-estrutura e de edificação prometidas e não cumpridas, e cuja construção e entrega ora se pede. Relativamente às obras de infra-estrutura previstas nesses acordos (estradas, pontes - 'contrapartida' do Estado de Santa Catarina - e eletrificação), cumpre reconhecer que a extensão da rede elétrica e ligações domiciliares foram em grande parte concluídas. Todavia, não foram executadas as seguintes obras de infra-estrutura: a) a abertura e macadamização de duas estradas, uma ligando a Aldeia Sede à Aldeia Bugio (16 Km)⁵⁴, e outra à Aldeia Toldo (12 Km); b) elevação da Ponte sobre o Rio Toldo que dá acesso à Aldeia Toldo, que é inundada toda vez que a barragem é fechada; c) elevação da Ponte sobre o Rio Toldo que dá acesso à Aldeia Toldo, que é inundada toda vez que a barragem é fechada; c) a construção de ponte pênsil sobre o Rio Hercílio, em local a ser definido pela autora. Entre as obras de edificação, reconhece-se que foram devidamente construídas e entregues à comunidade indígena, com verbas federais, 134 (cento e trinta e quatro) casas de alvenaria de 90 m², incluindo instalações hidrosanitárias (água e esgoto) e ligações domiciliares à rede de energia elétrica (quanto a esta última falta a ligação de quatro casas). Todavia, não foram entregues as 10 casas destinadas à Aldeia Toldo (etnia Guarani), nem foram construídas a escola de 285 m², as duas Igrejas de 69 m², as duas casas de pároco de 51 m², uma unidade sanitária de 18 m², e um campo de futebol, todas previstas no

convênio 41/98 e no contrato celebrado entre o Estado de Santa Catarina e a Empresa CCP Construções Civas Ltda (fl. 875 PA-MPF). No ano de 2002 a União empenhou e disponibilizou ao Estado a verba de 1,5 milhão de reais (fl. 1032 PA-MPF) para o fim de dar seguimento ao cumprimento dos convênios, tendo sido priorizado pela autora a construção de 48 novas residências de alvenaria na terra indígena, de modo a alcançar o número de casas originalmente previstas no protocolo de intenções de 1992, tendo essas últimas construções sido contratadas com a Construtora e Incorporadora GG Bruschi Ltda. (fl. 1073 PA-MPF), estando em fase de execução neste segundo semestre de 2003".

Nos autos e seus apensos existem cópias de Protocolo de Intenções e Convênio para execução de várias obras.

Odete Medauar, *in* Direito Administrativo Moderno, 5ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 275, escreve:

"a) Protocolos - São firmados entre a Administração e um particular, entre Administração e vários sujeitos privados ou entre órgãos estatais; mediante esse instrumento se ajusta a realização de atividade ou de certas condutas ante uma questão; por exemplo: protocolo entre poder público, montadoras (de automóveis) e sindicato dos metalúrgicos visando a não demissão de empregados em troca de maior produtividade ou benefícios fiscais. Nesse tipo se inclui o protocolo de intenções que, em geral, desencadeia futuros convênios ou contratos, como especificações ou concretização daquele."

Marçal Justen Filho, *in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª edição, São Paulo, Dialética, 2002, p. 606, ensina:

"Já no chamado 'convênio administrativo' a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem - ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe. No convênio, a assunção de deveres destina-se a regular a atividade harmônica de sujeitos integrantes da Administração Pública, que buscam a realização imediata de um mesmo e idêntico interesse público."

No Protocolo de Intenções firmado em 29-01-1992 consta (fls. 373 a 378 e 404 a 409):

"CLÁUSULA PRIMEIRA - DO PROJETO

Constitui objeto do presente Protocolo de Intenções a compensação à comunidade indígena Duque de Caxias, da Reserva Indígena Ibirama, situada nos territórios municipais de José Boiteux e Victor Meireles, face aos prejuízos decorrentes da ocupação da parte de suas terras pela bacia de acumulação de Barragem Norte, construída no curso do Rio Hercílio ou Itajaí do Norte, no Estado de Santa Catarina.

Parágrafo único: A compensação de que trata este Protocolo de Intenções obedecerá ao estabelecido na Exposição de Motivos Interministerial nº 00671, de 03.12.91, aprovada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, compreendendo:

- a) ações emergenciais, visando ao atendimento de necessidades imediatas da comunidade indígena;*
- b) obras de engenharia acordadas anteriormente e ampliadas pelo natural aumento das demandas comunitárias;*

c) implementação de um conjunto de ações, doravante denominado Programa Ibirama, a ser elaborado por um Grupo de Trabalho multidisciplinar e interinstitucional, através do qual se buscará o reequilíbrio sócio-econômico e cultural de comunidade afetada.

CLÁUSULA SEGUNDA - DO PROGRAMA IBIRAMA

O Programa Ibirama - que integrará o presente Protocolo de Intenções independentemente de transcrição - será elaborado no prazo de 30 (trinta) dias a contar de sua assinatura.

Parágrafo Único - O Grupo de Trabalho constituído de acordo com a alínea 'c', Parágrafo Único da Cláusula primeira será estabelecido mediante Portaria do Presidente da FUNAI, no prazo de até 3 dias após a celebração do presente Convênio, e contará com representantes da SDR, do Governo do Estado e da FUNAI, podendo ser convidados representantes de outras instituições, cuja participação seja considerada relevante para o alcance dos objetivos propostos.

CLÁUSULA TERCEIRA - DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES:

DA SDR

I - Responsabilizar-se pelo repasse à FUNAI dos recursos financeiros destinados à cobertura das ações de que trata a alínea 'C' do Parágrafo Único da Cláusula Primeira deste Protocolo de Intenções;

II - responsabilizar-se pelo repasse ao Governo do Estado dos recursos financeiros destinados à cobertura das ações de que trata as alíneas 'a' e 'b' do Parágrafo Único da Cláusula Primeira deste Protocolo de Intenções;

III - indicar representante(s) para compor o Grupo de Trabalho de que trata a alínea 'c' de Parágrafo Único da Cláusula Primeira;

IV - indicar representante para compor o Conselho Gestor de que trata a Cláusula Sexta;

DO GOVERNO DO ESTADO

I - responsabilizar-se pela execução parcial dos trabalhos objeto deste Protocolo de Intenções comprometendo-se a efetuar até 07.02.92 o adiantamento dos recursos de que trata este fim, no valor de Cr\$ 340.000.000,00 (trezentos e quarenta milhões de cruzeiros).

II - dar cumprimento, nos anos de 1992 e 1993, ao disposto na alínea 'b' do Parágrafo Único da Cláusula Primeira, comprometendo-se a iniciar a execução das obras em março de 1992, e a realizar no primeiro ano 60% do total das obras que são:

a) construção de 10 (dez) casas de madeira, com 70 m² de área cada, a margem do Rio Hercílio, na aldeia de Guarani, com as respectivas instalações hidráulicas, de energia elétrica e demais acabamentos, utilizando material do canteiro de obras;

b) construção de 188 (cento e oitenta e oito) casas de alvenaria, a serem implantadas na reserva indígena, sendo 68 (sessenta e oito) delas com 110 m² e 120 (cento e vinte) com 70 m²;

c) construção de uma escola de alvenaria, com 240 m², incluindo casa do professor, com as respectivas instalações elétricas e hidráulicas, na margem esquerda do rio Hercílio, no local denominado Toldo;

d) construção de uma igreja de 240 m², de alvenaria com instalações elétricas e hidráulicas, incluindo também móveis e sistema de som com aparelho de alto falante, na margem direita do Rio Hercílio, próximo ao Rio Traira;

e) construção de uma de alvenaria para o Pastor, de 80m², com instalações

elétricas e hidráulicas;

f) instalação de rede de abastecimento de água para a sede administrativa da reserva indígena, segundo especificação técnica a ser apresentada;

g) elevação da ponte sobre o Rio Platê, em 2 metros, aproveitando a estrutura da ponte já existente;

h) extensão de 12 Km de estrada, sendo 08 Km a construir e 4 Km a melhorar, no entorno à margem esquerda da bacia de acumulação, com respectivos bueiros e pontes, ligando a Denecke;

i) extensão de 16 Km de estradas, sendo 08 Km a construir e 08 Km a melhorar, ligando a sede do Posto Indígena à aldeia de Bugio;

j) construção de passarela para pedestres junto à foz do Rio Platê, com extensão de 30 metros;

l) instalação de rede de energia elétrica, trifásica, com 57 Km aproximadamente, para locais a serem definidos com as especificações técnicas;

m) construção de um campo de futebol de 10.000 m², em local a ser escolhido pela comunidade, com um pavilhão de madeira medindo 60 m², em substituição ao existente em área a ser alagada;

n) remoção de famílias que ainda se encontram à margem direita do Rio Hercílio, entendendo-se que essa remoção compreende a transferência e a reconstrução de suas casas, à margem esquerda daquele rio, em local próximo ao Posto Indígena, fora da área a ser ocupada pela bacia de acumulação;

III - indicar representante(s) para compor o Grupo de Trabalho de que trata a alínea 'c' do Parágrafo Único da Cláusula Primeira;

IV - indicar representante(s) para compor o Conselho Gestor de que trata a Cláusula Sexta;

DA FUNAI

I - acompanhar o cumprimento, pelo Governo do Estado, das obras de engenharia de que trata a alínea 'b' do Parágrafo Único da Cláusula Primeira;

II - acompanhar o cumprimento das ações emergenciais, a serem executadas pelo Governo do Estado;

III - indicar representante(s) para compor o Grupo de Trabalho de que trata a alínea 'c' do Parágrafo Único da Cláusula Primeira e entre eles, aquele que será o seu gerente, que terá as seguintes atribuições;

a) adotar as providências administrativas para a formação do Grupo de Trabalho;

b) promover a participação da comunidade indígena e de outras instituições, cuja a contribuição seja considerada relevante para o alcance dos objetivos propostos;

c) adotar instrumentos gerenciais simplificados e objetivos de registro de metas físicas financeiras, de modo a consolidar a memória do Programa Ibirama, consoante a legislação vigente;

d) coordenar a execução das atividades previstas no Programa Ibirama;

IV - indicar representante para compor o Conselho Gestor de que trata a Cláusula Sexta;"

No Convênio 041/SEP-RE-MPO consta (fls. 69 a 77, 162 a 170 e 379 a 387):

"CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

O presente Convênio tem por objeto a construção de estradas de acesso, a implantação de rede de distribuição de energia elétrica e a execução de edificações, na Reserva Indígena Duque de Caxias, Município de José Boiteux, no Estado de Santa Catarina com vistas a compensar os prejuízos verificados na Reserva Indígena decorrentes da construção da Barragem Norte no Vale do Itajaí/SC.

PARÁGRAFO ÚNICO

Este Convênio dá cumprimento ao Protocolo de Intenções, firmado em 29 de janeiro de 1992, entre a extinta Secretaria de Desenvolvimento Regional da Presidência da República, a FUNAI, e o Governo do Estado de Santa Catarina.

CLÁUSULA SEGUNDA - DOS SERVIÇOS E OBRAS

Os serviços objeto do presente Convênio, constantes do anexo Plano de Trabalho, envolvem obras de aberturas e macadamização de estradas e construção de pontes, obras de implantação de rede de distribuição de energia elétrica, e obras de urbanização e edificações na área indígena.

PARÁGRAFO PRIMEIRO

Os serviços e obras constantes deste Convênio conforme anexo Plano de Trabalho, serão implementados pelo ESTADO, através da SDF.

PARÁGRAFO SEGUNDO

A estrada de acesso situada na Área Indígena Duque de Caxias deverá ser implantada de acordo com Plano de Inserção aprovado pela FUNAI, em conformidade com as lideranças indígenas e com as necessidades de conservação ambiental na Área Indígena.

CLÁUSULA TERCEIRA - DO ACOMPANHAMENTO DOS SERVIÇOS E OBRAS

Será instituída uma Comissão Executiva - CET, integrada por representantes da SDF, do DER, da SEPRE e da FUNAI para o acompanhamento dos serviços e obras objeto deste Convênio.

PARÁGRAFO ÚNICO

Os membros da CET serão indicados logo após a assinatura deste Convênio e deverão participar do acompanhamento das obras e serviços constantes do Plano de Trabalho.

CLÁUSULA QUARTA - DA RESPONSABILIDADE DAS PARTES

I - Compete ao MPO, através da SEPRE:

- a) repassar ao ESTADO os recursos necessários à execução dos serviços e obras objeto deste Convênio, de acordo com o Plano de Trabalho.*
- b) integrar a CET;*
- c) supervisionar os serviços prestados no Plano de Trabalho.*

II - Compete ao ESTADO, através da SDF:

- a) executar os serviços previstos no Plano de Trabalho;*
- b) integrar a CET;*
- c) prestar constas dos recursos recebidos através deste Convênio.*

III - Compete ao ESTADO, através do DER:

- a) apoiar a SDF, executando as estradas e pontes na Área Indígena, conforme Plano de Trabalho e de acordo com a FUNAI;*
- b) garantir os recursos correspondentes à construção das estradas e pontes, que*

entrarão como contrapartida do ESTADO para efeito deste Convênio.

IV - Compete à FUNAI:

- a) tratar junto aos índios da Área Indígena Duque de Caxias das ações e serviços previstos naquela área por conta deste Convênio;*
- b) representar os índios da Área indígena Duque de Caxias para todos os efeitos deste Convênio;*
- c) aprovar o Plano de Inserção das estradas internas na Área Indígena Duque de Caxias, de modo a minimizar os riscos de impacto ambiental na área do reservatório da Barragem Norte e evitar o assoreamento dos descarregadores de fundo dessa barragem;*
- d) acompanhar os serviços na Área Indígena Duque de Caxias de modo a garantir a plena segurança dos executores e a boa adequação da obra ao objetivo proposto."*

Na Nota Técnica - MEA 03/2003, do Ministério da Integração Nacional - Secretaria de Infra-Estrutura Hídrica - Departamento de Obras Hídricas, juntada com a contestação do Estado de Santa Catarina, consta (fls. 115 e 116):

"O convênio, originário da extinta SEPRE e subrogado a este Ministério, tem por objeto a melhoria na qualidade de vida na Reserva Indígena Duque de Caxias, como forma de compensação pelos prejuízos causados na área da reserva pela construção da Barragem Norte no rio Itajaí, pelo extinto - DNOS. As ações previstas no Plano de Trabalho aprovado são:

a) ações a serem executadas com recursos da União:

- construção das casas dos indígenas em 3 aldeias.

b) ações a serem executadas com recursos do Estado (contrapartida):

- estradas, pontes (2), rede elétrica e construção de escola.

Com os recursos inicialmente liberados no valor de R\$ 3.000.000,00, o conveniente executou 134 casas, equivalente a cerca de 86% do proposto. A execução física foi comprovada através de vistoria 'in loco' realizada, por técnicos do Ministério, em outubro/99.

O convênio ficou sem repasse de recursos desde 98 até 21/08/2002, quando foi liberada parcela no valor de R\$ 1.500.000,00, mediante Termo Aditivo de suplementação de recursos, destinada a continuação da construção de casas. Nessa fase esta prevista a edificação de 56 residências, e a construção de complexo escolar poliesportivo.

O Estado está integralizando sua contrapartida através da construção de complexo esportivo/educacional (Escola, Ginásio de Esportes e Casa de Memória). A construção desse complexo atende solicitação dos indígenas e determinação legal (Plano Nacional de Educação, capítulo referente à educação indígena).

A Secretaria da Cidadania e Justiça é atualmente responsável pelo convênio em substituição a Secretaria da Família;

O convênio encontra-se vigente até 29/06/03, necessitando de adicionais de recursos para prosseguimento das ações previstas.

Para o corrente ano a comunidade indígena reivindica recursos no valor de R\$ 1.500.000,00 para a finalização das obras na Reserva Indígena Duque de Caxias, cujo valor se encontra disponibilizado no OGU 2003."

Às fls. 400 e 401 consta Nota Técnica SJS 162/06, do Ministério da Integração Nacional - Secretaria de Infra-Estrutura Hídrica - Departamento de Obras Hídricas, juntada pela União, onde consta:

"1. As ações destinadas à compensação, no âmbito deste Ministério, inserem no contexto do Convênio 041/98, firmado em 02/07/98, como decorrência do previsto no Protocolo de Intenções, de 29/01/1992, tendo como signatários o Governo de Santa Catarina e a FUNAI. Através do Convênio e do 5º Termo Aditivo de Recursos foram transferidos valores correspondentes a R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos reais) da União;

2. Em relação ao Convênio foram previstos recursos totais no montante de R\$ 4.384.300,00 (quatro milhões, trezentos e oitenta e quatro mil e trezentos reais), sendo R\$ 3.490.000,00 (três milhões, quatrocentos e noventa mil reais), a serem repassados ao Estado pelo MPO, através da SEPPE, e R\$ 894.300,00 (oitocentos e noventa e quatro mil, e trezentos reais) à conta do Conveniente. Dos recursos do Concedente foram liberados R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), destinados a construção de estradas de acesso, implantação de rede de distribuição de energia elétrica e a execução de edificações, conforme Plano de Trabalho integrante do Convênio;

3. Quanto ao 5º Termo Aditivo, no valor de R\$ 1.800.000,00 (um milhão e oitocentos mil reais), sendo R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), do Concedente e R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) do Proponente, os recursos se destinaram a 48 unidades habitacionais e construção de ginásio de esportes;

4. Resumindo, registra-se que os recursos oriundos da União foram disponibilizados em 3 (três) parcelas, totalizando o montante de R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais), a crédito da conta corrente n.º 76264-4, Agência 16-7, Banco do Brasil S/A, por meio das ordens bancárias a seguir relacionadas:

PARCELAS	ORDEM BANCÁRIA	DATA	R\$
1ª PARCELA	1998OB000711	03/07/1998	2.000.000,00
2ª PARCELA	1998OB000767	27/11/1998	1.000.000,00
3ª PARCELA	2002OB002435	21/08/2002	1.500.000,00
TOTAL			4.500.000,00

5. O Conveniente apresentou prestações de contas relativas aos recursos do Convênio, no valor R\$ 4.028.457,77 (quatro milhões, vinte e oito mil, quatrocentos e cinquenta e sete reais e setenta e sete centavos), em 06/12/2000, incluídos os de contrapartida e rendimentos financeiros, bem como realizações executadas. A relativa aos do 5º Termo Aditivo, em 16/12/2004, no valor de R\$ 1.977.177,13 (um milhão, novecentos e setenta e sete mil, cento e setenta e sete reais e treze centavos) incluindo a contrapartida, rendimento financeiros e ações executadas;

6. Consta participação do Estado, como contrapartida, a construção de Complexo/educacional Escolar, Ginásio de Esporte e Casa de Memória, atendendo solicitação da comunidade indígena e em atendimento ao capítulo referente a educação indígena do Plano Nacional de Educação;

7. O Convênio teve a vigência expirada em 29/06/2003 e o processo correspondente encontra-se em fase final de execução física para posterior encaminhamento para análise financeira;"

Com efeito, pelos documentos dos autos vê-se que houve o compromisso com a

execução de várias obras, sendo que todas ainda não foram concluídas.

A autora requer a execução das seguintes obras (fl. 31):

"a) a abertura e macadamização de duas estradas, uma ligando a Aldeia Sede à Aldeia Bugio (16 Km)⁵⁴, e outra à Aldeia Toldo (12 Km); b) elevação da Ponte sobre o Rio Toldo que dá acesso à Aldeia Toldo, que é inundada toda vez que a barragem é fechada; c) a construção de ponte pênsil sobre o Rio Hercílio, em local a ser definido pela autora."

E mais as edificações:

- 10 casas destinadas à Aldeia Toldo (etnia Guarani);
- a escola de 285 m²;
- duas igrejas de 69 m²;
- duas casas de pároco de 51 m²;
- uma unidade sanitária de 18 m²;
- um campo de futebol.

No anexo "Relatório de Obras" - anexo capa incolor e espiral, elaborado pela FUNAI, consta:

"Meta 1 - Construção de Infra-estrutura.

1.1 - Elevação de ponte sobre o rio Platê

*Não realizada a meta como mostra a **foto 1**, a ponte sobre o rio platê não foi mexida há muitos anos.*

O relatório da SDF-SC (anexo 3) confirma a não realização.

1.2 - Abertura e macadamização da estrada ligando a Aldeia Sede a Aldeia Toldo (extensão 12 km).

*Esta estrada foi iniciada durante a construção da Barragem Norte, havia já dentro a floresta o leito apenas raspado com maquinas por aproximadamente 5 km quando chegaram as atuais obras, pois os Índios desde aquela época reivindicam a estrada, como verificamos facilmente na **foto 2**, não há transito pela estrada, há presença de erosões em seu leito e o próprio solo exposto mostrando que não há macadamização, o que as máquinas do Estado de SC fizeram foi apenas uma raspagem superficial onde já havia a abertura inicial como dissemos anteriormente nesses aproximados 4 a 5 km, sabemos que até a raspagem que foi quando do reinício dos trabalhos terá que ser feita novamente, para retirada da vegetação que cresceu em seu leito e reparar erosões etc. (**foto3**). Portanto consideramos o item não realizado.*

O relatório da SDF-SC (anexo 3) confirma a não realização.

1.3 - Abertura e macadamização da estrada ligando a aldeia Sede a Aldeia Bugio (extensão 16 km).

*A **foto 4**, ilustra bifurcação da estrada da Aldeia Sede com a inserção do início do que seria a estrada Sede - Bugio, a abertura que vemos é proveniente de antigos carregadores para exploração de madeira, que coincidem com a melhor localização para passagem da citada estrada, como vemos não há nenhum trabalho realizado pelas obras do referido Convênio, sabemos que foi pago aos Índios a abertura de picada para passagem da estrada, picada esta que se recobrirá de vegetação sendo necessário de novo a sua abertura quando do possível reinício dos trabalhos. Portanto consideramos o item não realizado.*

O relatório da SDF-SC (anexo 3) confirma a não realização.

1.4 - Execução da Ponte Pênsil.

*Este item se reporta ao item j) do Protocolo de Intenções (anexo 4) de 29/01/92, a **foto 5** ilustra o local onde seria construída, o que não ocorreu até presente data. **Portanto consideramos este item não realizado.***

O relatório da SDF-SC (anexo 3) confirma a não realização.

Meta 2 - Edificações

2.1 - Chalé modelo A - 90,00 m2 (64 unidades)

2.2 - Chalé modelo B - 90,00 m2 (68 unidades)

*Os dois itens acima citados comentaremos de forma conjunta pois tratam-se das casas construídas para os Xokleng e tiveram suas plantas modificadas em sua maioria, a pedido dos proprietários Índios, modificações estas que passaram a ser aceitas tanto pelos técnicos da SDF, como da Construtora e por nós da FUNAI pois mantinham a metragem original, portanto iremos nos referir adiante aos Chalés como casas. Foram edificadas no total 134 casas com 90m2 dentro da Terra Indígena Xokleng, duas a mais do que o apontado no Plano de Trabalho como demonstram **os termos de aceitação definitiva da obra**, emitidos pela SDF, com a anuência da FUNAI representada pelo Engº Wagner Morgan de Almeida (anexo 6) ilustramos as casas com algumas **fotos de nº 15 a nº 28**.*

*O Protocolo de Intenções de 29/01/92 mostra, na sua clausula terceira, inciso II, letra b) - construção de 188 (cento e oitenta e oito) casas de alvenaria, a serem implantadas na reserva indígena, sendo 68 (sessenta e oito) delas com 110 m2 e 120 (cento e vinte) com 70 m2. **O que nos aponta para um déficit de 54 casas de alvenaria a serem ainda edificadas para cumprimento do citado Protocolo.***

*Não entanto os itens 2.1 e 2.2 constantes no Plano de Trabalho do Convênio 041/98, não mencionam os totais acima descritos. **Portanto consideramos esses itens realizados.***

O relatório da SDF-SC (anexo 3) confirma a realização.

2.3 - Chalé de madeira - 90,00 m2 (10 unidades)

*Este item, referido no Protocolo de Intenções de 29/01/92, trata da construção de 10 casas de madeira para a Aldeia dos Guarani, na **foto 29** vemos precária habitação Guarani, que aguardam ansiosamente as construções das mesmas. **Portanto esse item não foi realizado.***

O relatório da SDF-SC (anexo 3) confirma a não realização.

2.4 - Igreja - 69 m2 (2 unidades)

Item não realizado.

O relatório da SDF-SC (anexo 3) confirma a não realização.

2.5 - Casa do pároco - 51 m2 (2 unidades)

Item não realizado.

O relatório da SDF-SC (anexo 3) confirma a não realização.

2.6 - Unidade Sanitária - 18,80 m2 (1 unidade)

Item não realizado.

O relatório da SDF-SC (anexo 3) confirma a não realização.

2.7 - Escola - 286,00 m2 (1 unidade)

Item não realizado.

O relatório da SDF-SC (anexo 3) confirma a não realização.

2.8 - Infraestrutura/Campo de Futebol (1 unidade)**2.8.1 - Infra estrutura****2.8.1.1 - Terraplanagem**

Item realizado.

2.8.1.2 - Ligação domiciliar de água e esgoto.

Item realizado.

2.8.1.3 - Ligação domiciliar de energia elétrico.

Faltam segundo citado no item 1.5 deste relatório a ligação domiciliar de 4 casas, portanto, item não totalmente concluído.

2.8.1.4 - Abertura de acesso secundário as residências.

Item realizado.

2.8.2 - Execução de campo de futebol.

Item não realizado."

No Ofício nº 007/06/AGU/PSU/BNU, de 16 de janeiro de 2006, juntado pela União com as alegações finais, também consta (fls. 329 a 337):

fl. 333

"- Em 29 de janeiro de 1992, houve a assinatura de outro Protocolo de Intenções desta vez entre SDR, FUNAI e Governo do Estado de Santa Catarina, (cópia anexa).

Este Protocolo de Intenções também não foi cumprido na sua totalidade, houve a extinção da Secretaria de Desenvolvimento Regional - SDR - gerando, após ocupação dos Xokleng na Barragem outro Convênio que veremos a seguir.

- Em 2 de julho de 1998, Assinam o Convênio 041/SEPPE, O Ministério de Estado de Planejamento e Orçamento, Secretário Especial de Políticas Regionais, FUNAI, Governador do Estado de Santa Catarina e outros (cópia anexa).

Este Convênio realizou as seguintes Obras até a presente data:

- Repasse ao Governo do Estado de Santa Catarina de R\$ 3.000.000,00 em 1998/1999, que deram origem a construção de 132 mais duas casas para aplacar tensões internas na Comunidade total 134 casas de alvenaria na Terra Indígena Xokleng.

Foi extinta a SEPPE e o Ministério do Planejamento e Orçamento, transformou-se em Ministério da Integração Nacional. Após o repasse acima houve descontinuidade no cumprimento do Convênio 041/SEPPE e nova ocupação da Barragem pelos Xokleng

- Repasse do Ministério da Integração Nacional ao Governo do Estado de Santa Catarina de R\$ 1.500.000,00 Em 2003/2004 que deram origem a construção de mais 48 casas de alvenaria na Terra Xokleng.

No entanto o restante das obras de Engenharia previstas pelo Convênio não foram feitas, como pontes, estradas, igreja, campo de futebol etc. e o mais importante para a Comunidade Xokleng que é o Programa Ibirama, visando melhorar a condição sócio-econômica do Grupo não tem sido assumido pelo Ministério da Integração Nacional os custos para sua implementação."

A União alega:

fl. 316

*"Então, eventual responsabilidade pela eventual mora na construção de **estradas e pontes, previstas no Convênio**, cabe única e exclusivamente ao Estado de Santa Catarina, não tendo a União legitimidade passiva ad causam, nesse particular, **que se argúi nessa oportunidade**, pois a construção de estradas e pontes é incumbência do respectivo Governo **tanto no que se refere ao financiamento, como no que permite à execução**, não tendo que se falar, ademais, em obrigação da União a compeli-lo a tal execução, já que se trata de ente federativo com autonomia política, administrativa e financeira."*

fl. 318

*"Tanto é assim, Exa., sem prejuízo do já mencionado, no tocante à incumbência exclusiva do Estado para custear e executar as **estradas e pontes**, as demais obras supostamente faltantes, apontadas pelo douto Parquet, na manifestação de fls. 313 - 'c) 10 chalés de madeira para a Aldeia Toldo; d) unidade sanitária; e) escola; f) casa de pároco; g) campo de futebol' - **foram todas objetos de contrato por 'Empreiteira Global', pelo preço de R\$ 3.490.000,00, celebrado entre o Estado de Santa Catarina e a empresa CCP Construções Civas Ltda. (Contrato n.º 179/98, cláusula 1.ª - fls. 219), no ano de 1998.***

Cabe notar, Exa., que o fato de terem sido contratadas as obras, faz presumir, ao menos, que os recursos já estavam disponibilizados e/ou tinham sua disponibilização atrelada ao cronograma de execução, como previsto na cláusula 5.ª, parágrafo segundo do Convênio n.º 41/98, pois, nos termos do art. 7.º, § 2.º, inciso III da Lei n.º 8.666, de 1993, somente pode haver licitação, que antecede ao contrato, 'quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma'."

Pelo Protocolo de Intenções firmado, caberia à Secretaria de Desenvolvimento Regional - SDR a responsabilidade pela repasse de recursos ao Estado de Santa Catarina para cobertura das ações de que trata a alínea "b" (cláusula terceira), ou seja, as obras de engenharia.

Documentalmente esta provado que as obras acordadas não foram realizadas. E, se houve repasse de recursos e não execução de obras, por parte do Estado de Santa Catarina, isto não é objeto desta ação.

Assim, devem a União (repasse de verbas) e o Estado de Santa Catarina (execução) cumprirem o acordado.

No entanto, como as obras dependem de orçamento, as partes terão um prazo de 3 anos, a partir do trânsito em julgado do presente, para execução e conclusão das referidas obras.

Quanto à ponte pênsil sobre o Rio Hercílio, a autora diz que esta deve ser "em local a ser definido pela autora".

Contudo, a construção de uma ponte não pode ser onde se quer, mas onde é viável técnica e financeiramente.

No pedido (fl. 31) a autora refere "b) elevação da Ponte sobre o Rio Toldo". No entanto, como no Protocolo de Intenções está consignado Rio Platê, está elevação é a que é deferida.

Quanto ao pedido contido à fl. 31:

*"O pedido de abertura de estrada ligando a Aldeia Sede à Aldeia Bugio (fl. 839, item 1.3, PA-MPF) fica **substituído** pela melhoria da estrada municipal hoje existente ligando a Aldeia Bugio ao município de José Boiteux, e que contém trechos bastante críticos junto às Serras Moema e Vigante, em José Boiteux (mapa fl. 1148 PA-MPF)."*

como não houve impugnação, o mesmo deve ser acolhido.

Da formulação e execução de programa de auto-sustentação

Diz a autora que "A idéia da implementação de um programa de apoio produtivo à comunidade autora foi formalizada no convênio de 1981, cuja cláusula primeira, alínea 'g' referia ao *'financiamento, por parte do DNOS, de um projeto de desenvolvimento agrícola e florestal, no valor de dois milhões de cruzeiros, a ser elaborado pela Fundação, visando o aproveitamento das áreas agricultáveis das encostas, como forma de recompensar a Comunidade Indígena da perda que sofrerá em decorrência da submersão das terras cultiváveis...'*, tendo sido retomada à época da inauguração da barragem, pelo protocolo de intenções de 1992, que previa, a título de *'compensação ... face aos prejuízos decorrentes da ocupação de parte de suas terras'*, três tipos de ações, inclusive um programa de auto-sustentação". E acrescenta "Uma tal programa nunca foi executado pelos réus: a fl. 446 do PA-MPF há um esboço de programa de auto-sustentação (todavia sem indicação de autoria). Os documentos constantes do 'apenso IV do dossiê 493' (anexo, capa verde) revelam que embora tenham sido deflagradas ações a esse título pela Secretaria de Desenvolvimento Regional da Presidência da República, uma divergência esse órgão e a Funai quanto ao plano de trabalho e a alocação das verbas terminou por frustrar sua continuidade. Quanto a este ponto, pede a autora sejam condenados os três réus a garantir no tempo aporte orçamentário ao projeto de auto-sustentação, e a União e a Funai a também organizar e planejar sua formulação e execução, envolvendo a comunidade autora e suas organizações em todo processo de implementação do projeto".

O programa de auto-sustentação está previsto no Protocolo de Intenções, firmado pela União (Secretaria do Desenvolvimento Regional da Presidência da República), pelo Estado de Santa Catarina e pela FUNAI (fls. 373 a 378 e 404 a 409):

"CLÁUSULA PRIMEIRA - DO PROJETO

Constitui objeto do presente Protocolo de Intenções a compensação à comunidade indígena Duque de Caxias, da Reserva Indígena Ibirama, situada nos territórios municipais de José Boiteux e Victor Meireles, face aos prejuízos decorrentes da ocupação da parte de suas terras pela bacia de acumulação de Barragem Norte, construída no curso do Rio Hercílio ou Itajaí do Norte, no Estado de Santa Catarina.

Parágrafo único: A compensação de que trata este Protocolo de Intenções obedecerá ao estabelecido na Exposição de Motivos Interministerial nº 00671, de 03.12.91, aprovada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, compreendendo:

...

c) implementação de um conjunto de ações, doravante denominado Programa Ibirama, a ser elaborado por um Grupo de Trabalho multidisciplinar e interinstitucional, através do qual se buscará o reequilíbrio sócio-econômico e cultural de comunidade afetada.

CLÁUSULA SEGUNDA - DO PROGRAMA IBIRAMA

O Programa Ibirama - que integrará o presente Protocolo de Intenções independentemente de transcrição - será elaborado no prazo de 30 (trinta) dias a contar de sua assinatura.

Parágrafo Único - O Grupo de Trabalho constituído de acordo com a alínea 'c', Parágrafo Único da Cláusula primeira será estabelecido mediante Portaria do Presidente da FUNAI, no prazo de até 3 dias após a celebração do presente Convênio, e contará com representantes da SDR, do Governo do Estado e da FUNAI, podendo ser convidados representantes de outras instituições, cuja participação seja considerada relevante para o alcance dos objetivos propostos.

CLÁUSULA TERCEIRA - DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES:**DA SDR**

I - Responsabilizar-se pelo repasse à FUNAI dos recursos financeiros destinados à cobertura das ações de que trata a alínea 'C' do Parágrafo Único da Cláusula Primeira deste Protocolo de Intenções;

...

III - indicar representante(s) para compor o Grupo de Trabalho de que trata a alínea 'c' de Parágrafo Único da Cláusula Primeira;

...

DO GOVERNO DO ESTADO

...

III - indicar representante(s) para compor o Grupo de Trabalho de que trata a alínea 'c' do Parágrafo Único da Cláusula Primeira;

....

DA FUNAI

...

III - indicar representante(s) para compor o Grupo de Trabalho de que trata a alínea 'c' do Parágrafo Único da Cláusula Primeira e entre eles, aquele que será o seu gerente, que terá as seguintes atribuições;

a) adotar as providências administrativas para a formação do Grupo de Trabalho;

b) promover a participação da comunidade indígena e de outras instituições, cuja a contribuição seja considerada relevante para o alcance dos objetivos propostos;

c) adotar instrumentos gerenciais simplificados e objetivos de registro de metas físicas financeiras, de modo a consolidar a memória do Programa Ibirama, consoante a legislação vigente;

d) coordenar a execução das atividades previstas no Programa Ibirama;

IV - indicar representante para compor o Conselho Gestor de que trata a Cláusula Sexta;"

Com efeito, a pretensão da autora nada mais é do que o cumprimento do que foi acordado.

E, no Ofício nº 007/06/AGU/PSU/BNU, de 16-01-2006, juntado com as alegações finais pela União, há o reconhecimento de que a União não assumiu suas obrigações (fl. 334):

"O Programa Ibirama previsto no citado Protocolo de Intenções, ainda não teve o seu início assegurado porque o Ministério da Integração Nacional, e seus representantes em reuniões e atos congêneres, se recusam a assumir compromisso de levar aos seus superiores o que é necessário ou seja que o Ministério da Integração Nacional assuma os repasses anuais de recursos para a complementação do mesmo."

Por fim, consigne-se que no Programa Ibirama, que é o programa que visa a melhoria da condição sócio-econômica do Grupo, considera-se inserido o projeto de readequação referido no item da **"Subversão da função ambiental e cultural do Rio Hercílio pelo represamento"** desta sentença.

ISTO POSTO, e nos termos da fundamentação, afasto as preliminares de ilegitimidade passiva e de falta de interesse de agir, argüidas pelo Estado de Santa Catarina, e, no mérito, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para:

a) condenar a União (repasse de recursos) e o Estado de Santa Catarina (execução de obras), nos termos do Protocolo de Intenções (fls. 373 a 378 e 404 a 409) nas obrigações de fazer:

- abertura e macadamização de uma estrada ligando a Aldeia Sede à Aldeia Toldo (12 km);

- proceder à "melhoria da estrada municipal hoje existente ligando a Aldeia Bugio ao município de José Boiteux, e que contém trechos bastante críticos junto às Serras Moema e Vigante, em José Boiteux (mapa fl. 1148 PA-MPF)";

- elevação da Ponte sobre o Rio Platê;

- construção de ponte pênsil sobre o Rio Hercílio, em local viável técnica e financeiramente;

- construção de dez casas destinadas à Aldeia Toldo (etnia Guarani);

- construção de escola de 285 m²;

- construção de duas igrejas de 69 m²;

- construção de duas casas de pároco de 51 m²;

- construção de uma unidade sanitária de 18 m²;

- construção de um campo de futebol.

b) condenar a FUNAI a:

- remover o cemitério situado na bacia de acumulação, sujeito à inundação;

- elaboração e execução do Programa Ibirama.

A execução do determinado deverá ser efetivada no prazo de 3 (três) anos após o trânsito em julgado da sentença.

No caso de não cumprimento da obrigação no prazo assinalado, há incidência de penalidade pecuniária fixada em R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso, e devida individualmente pelos réus.

Sem custas e sem honorários.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Blumenau, 15 de junho de 2007.

Rosimar Terezinha Kolm
Juíza Federal