



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO IBAMA – SEDE NACIONAL

ORIENTAÇÃO JURÍDICA NORMATIVA Nº 33/2012/PFE/IBAMA
(revista e atualizada em março de 2016)

TEMA: COMPETÊNCIA DO IBAMA PARA LICENCIAR EMPREENDIMENTO RODOVIÁRIO QUE INTERCEPTA TERRA INDÍGENA

Parecer nº 043/2012/CONEP/KVBC, expedido no processo administrativo nº 02001.000147/2012-67, aprovado pelos Despachos nº 104/2012/CONEP/MMN e nº 155/2012-ASB/GABIN/PFE-IBAMA/SEDE/PGF/AGU. Aprovado pelo Sr. Presidente do IBAMA em 22.02.2012, como Parecer Normativo.

OJN revista e atualizada pelo Parecer nº 023/2016/CONEP/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU, aprovado pelos Despachos nº 054/2016/CONEP/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU e nº 111/2016/GABIN/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU.

Aprovado pela Srª Presidente do IBAMA em 04.04.2016, como Parecer Normativo.

Ementa

1. Alterações substanciais na sistemática legal de divisão de competência ambiental entre os entes federativos para licenciamento ambiental.
2. Interpretação literal do rol de competências do Ibama fixado no art. 7º, inciso XIV, da Lei Complementar nº 140/2011.
3. Competência do Ibama para licenciar qualquer empreendimento localizado no interior de terra indígena, conceito que exige a interceptação da área demarcada.
4. Não estão em área protegida os empreendimentos cuja faixa de domínio tenha sido excluída das áreas demarcadas como terras indígenas.
5. Interpretação literal e restritiva das competências da União, que melhor se coaduna com o espírito da Lei Complementar, respeitando a competência remanescente dos Estados-membros.

I – RELATÓRIO

1. Os presentes autos retornaram a esta Coordenação Nacional de Estudos e Pareceres - CONEP, após desarquivamento, em razão de demanda apresentada pela Coordenação Nacional de Contencioso Judicial - COJUD, para que reste complementada e atualizada a Orientação Jurídica Normativa nº 33/2012, a qual versa sobre divisão de competência licenciatória de empreendimento rodoviário em terra indígena, após a publicação da Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011.

2. Em análise do eventual interesse do Ibama em ingressar em Ação Civil Pública que discute a competência para licenciar obras de recuperação da Rodovia MA-006, revisitou-se a questão pertinente à divisão de atribuição licenciatória de empreendimento que corta e margeia terra indígena. Nos termos do Parecer nº 12/2016/COJUD/PFE/IBAMA/SEDE/PGF/AGU, "(...) a União somente pode licenciar se o empreendimento estiver localizado em (sobreposição cartorial) terra indígena ou UC instituída pela União (art. 7º, c e d), não bastando a mera vizinhança ou tangência, ainda que bilateral. (...)".

3. Tal entendimento já havia sido esposado por esta CONEP no Parecer nº 168/2014/CONEP/PFE-IBAMA, mas não foi objeto de análise da OJN nº 33/2012, que trata do tema, razão pela qual a COJUD sugeriu complementação da referida Orientação Normativa.

4. Na espécie, os presentes autos foram constituídos em razão de Ofício encaminhado ao Ibama pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI (fls. 02/03), que questiona a competência do órgão ambiental do Estado do Mato Grosso do Sul (IMASUL), para licenciar empreendimento de duplicação da rodovia MS 156, que incide na Terra Indígena de Dourados (fls. 02/03). Após manifestações da FUNAI e do IMASUL, a Coordenação Geral de Transportes, Mineração e Obras Civis – CGTMO da Diretoria de Licenciamento do Ibama – DILIC emitiu a Informação Técnica nº 35/2011/COTRA/CGTMO/DILIC/IBAMA (fls. 56/56-V), por meio da qual entendeu que:

(...) de posse dos documentos, foi possível constatar que o trecho licenciado pelo OEMA atravessa a Terra Indígena de Dourados, e, por mais que se alegue que as obras não impliquem alteração de faixa de domínio, o fato de o projeto desenvolver-se em rodovia localizada em terra indígena é suficiente para aplicação do Inciso I, Art. 4º da Resolução Conama nº 237, de 19/12/1997, conferindo ao Ibama, portanto, a competência deste licenciamento.

5. A Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio do Ofício de fls. 59/60, discordou do posicionamento da DILIC, sob os seguintes argumentos:

(...) 2. O projeto em destaque não trouxe alteração da faixa de domínio, mas apenas “alargamento do leito transitável” da rodovia “estadual” MS-156, trecho Dourados-Itaporã, em Dourados, a qual já existe há mais de 30 (trinta) anos, tendo sido, portanto, implantada antes da Lei Federal nº 6.938/1981, e cujas obras desenvolveram-se estritamente no leito da rodovia, de modo a afastar a assertiva de que o

empreendimento está localizado ou fora desenvolvido em terra indígena, não se subsumindo, pois, à prescrição do art. 4º da Resolução CONAMA nº 237/1997, consoante já esclarecido no Ofício/PGE/GAB/Nº 152/2010, em anexo.

6. Instada a se manifestar, mais uma vez, a DILIC sustentou a competência do Ibama, para o empreendimento em questão, suscitando questionamento a esta Procuradoria Federal Especializado - PFE/Ibama (fls. 63/63-V).

7. É o breve relato do que interessa.

II. DA COMPETÊNCIA DO IBAMA PARA LICENCIAR EMPREENDIMENTOS LOCALIZADOS OU DESENVOLVIDOS EM TERRAS INDÍGENAS

8. De início, importa comentar a disciplina legal vigente, que define a divisão de competência para emitir licenças ambientais entre a União, Estados e Municípios. Como se sabe, a Constituição Federal insere o licenciamento ambiental no grupo das competências comuns dos entes federados:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

(...) VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

(...) Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

9. Durante muito tempo, não existiu a Lei Complementar, a que se refere o art. 23 acima, sendo que, nesse período, os órgãos administrativos se valeram dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais, em especial da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, bem como dos atos normativos infralegais que regulavam a matéria, para solucionar questões relacionadas à distribuição de competências materiais. Em 08 de dezembro de 2011, contudo, foi editada a Lei Complementar nº 140, publicada em 09 de dezembro de 2011, que entrou em vigor no mesmo dia. Estabeleceu a recente Lei a competência dos Estados de "*promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º*" (inciso XIV do art. 8º). A regra atual, portanto, atribui aos órgãos ambientais dos Estados a competência para licenciar atividades ou empreendimentos utilizados de recursos ambientais. Excetuarão a competência licenciatória estadual as atividades que causem impactos meramente locais, em que a competência será dos órgãos municipais, e aquelas que possuam determinadas características especiais, seja em razão da sua localização, seja pelo caráter da atividade licenciada. Os casos, portanto, que atrairão competência da União estão expressamente previstos no art. 7º, inciso XIV, da referida Lei:

Art. 7º. São ações administrativas da União:

(...)

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;

- b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;
 - c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;**
 - d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);
 - e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;
 - f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;
 - g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou
 - h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento;
- (grifos nossos)

10. Em relação à competência da União, mais especificamente da sua Autarquia Federal com competência licenciatória (Ibama), a Lei dispensou qualquer outro requisito, além daqueles especificados nas alíneas do inciso XIV do art. 7º, acima transcrito. Diante disso, haverá competência do Ibama, caso a atividade ou empreendimento, a ser licenciado, localize-se ou se desenvolva em Terra Indígena - TI.

11. Em vista disso, é preciso reconhecer grande mudança na sistemática atualmente vigente de definição de competência. Diferentemente da legislação anteriormente aplicada (Resolução CONAMA nº 237/1997), o Ibama não terá mais competência para licenciar empreendimento, apenas em razão da abrangência do seu impacto ambiental. No momento, ainda que atividade tenha potencial poluidor de âmbito nacional ou regional, o Ibama não será competente para licenciar, a não ser que esteja configurada uma das hipóteses previstas nas alíneas do inciso XIV do art. 7º, que estabelece apenas critério de localização e de tipo de atividade ou no caso de empreendimentos que atendam a tipologia prevista na alínea "h" (atualmente definida no Decreto nº 8.437, de 22 de abril de 2015).

12. Há que se ressaltar, assim, que totalmente revisto pelo legislador os critérios de regionalidade/nacionalidade dos impactos causados pela atividade licenciada, para atrair a competência do Ibama. Forçoso reconhecer a revogação, por incompatibilidade com Lei Complementar que lhe é superior, do critério genérico definido no *caput* do art. 4º da Resolução CONAMA nº 237/1997, sendo que os seus incisos também não estão em perfeita consonância com a Lei Complementar.

13. Com efeito, apesar dos incisos previstos no art. 4º da Resolução CONAMA coincidirem, em sua maioria, com as alíneas do inciso XIV do art. 7º da LC nº 140/2011, não se pode ignorar que o critério do *caput* (art. 4º), que orientava a aplicação dos incisos, encontra-se revogado de forma tácita. Ademais, houve alterações no texto dos incisos, principalmente referente à definição de competência unicamente pela localização física do empreendimento, não mais havendo que se cogitar da abrangência dos impactos diretos ou indiretos causados pela atividade.

14. Assim, no caso concreto em análise, o fato de o empreendimento ser de pequeno porte (apenas 4,21 Km) e eventualmente não ser capaz de causar impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, é indiferente para atrair a competência do Ibama. Tem-se aqui configurada a atribuição federal, tendo em vista o fato de o empreendimento interceptar terra indígena, podendo-se afirmar que ele se desenvolve, pelo menos parcialmente, em área especialmente protegida pela Constituição Federal.

15. Destarte, a regra de competência – doravante definida pela LC nº 140/2011, e não mais pela Lei n. 6.938/1981 – passou a ser objetiva e literal: o Ibama será competente sempre que o empreendimento se enquadrar em qualquer hipótese listada no art. 7º, inciso XIV, da Lei Complementar.

16. A expressão ‘localizados ou desenvolvidos’ em terras indígenas para a definição da competência para o licenciamento”, deve ser compreendida de forma literal. Isso porque tal expressão há de ser interpretada com restrição, compreendendo-se como ali situados ou implementados, para efeitos de definição de competência para licenciamento ambiental, apenas os empreendimentos e atividades localizados geograficamente em área coincidente com a da TI. É que, como se disse, tendo sido alijado o critério de abrangência do impacto como definidor de competência, firmou-se como aplicável aquele da literalidade geográfica, pelo que apenas serão licenciadas pelo Ibama as atividades de empreendimentos localizados ou desenvolvidos dentro do perímetro definidor da TI.

17. Assim, a alínea “c” do inciso XIV do art. 7º da LC nº 140/2011 deve ser lida de maneira bastante estrita, de forma que não se pode definir como área protegida (para efeito de determinação de competência licenciatória) as áreas perimetrais, lindeiras ou tangenciais aos limites nela descritos. A conclusão é demasiadamente simples: se o empreendimento cuja atividade a ser licenciada estiver inserto em área de TI, a competência para conduzir o licenciamento será do Ibama; caso contrário, será do órgão ambiental estadual (não interessa para a fixação de competência para a condução do licenciamento, assim, se o empreendimento ou sua faixa de domínio localiza-se em espaço imediatamente vizinho ou lindeiro a TI, descabendo falar em estabelecimento de limite de tolerância – e, conseqüentemente, em critérios para tal).

18. No caso dos autos, contudo, há uma discussão irrazoável no que tange à existência de terra indígena nos limites da área abarcada pelo empreendimento. O Estado do Mato Grosso do Sul, com o fim de sustentar sua competência para licenciar a obra em questão, alega estar ela compreendida nos limites da faixa de domínio da rodovia MS 156, já implantada há mais de 30 anos. A Procuradoria daquele Estado adota uma interpretação ainda mais restrita e formalista do que pode ser compreendido como TI, para sustentar que a área correspondente à faixa de domínio (ainda que inserida no interior de terra indígena e compreendida pela demarcação da área) estaria naturalmente excluída da área especialmente protegida, pelo simples fato de ser uma faixa de domínio de rodovia implantada.

19. Tal visão formalista ao extremo não parece se coadunar com a intenção do legislador constitucional, ao garantir proteção especial às terras demarcadas como indígenas:

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.

(...)

20. A terra indígena Dourados, demarcada conforme mapa da FUNAI de fl. 57, encontra-se indubitavelmente interceptada pela rodovia MS 156, cujo traçado original está parcialmente inserido na área ocupada pelos índios, em ambos os lados da estrada.

21. Não há dúvida, portanto, que a obra em questão, de pavimento e duplicação da rodovia, desenvolve-se em terra indígena, sendo certo que trará ao povo tradicional ali instaurado consideráveis alterações de vida, tendo em vista o aumento intenso de tráfego diário naquela região. Nesse sentido, não resta dúvida ser necessário o efetivo controle do empreendimento, com vistas a garantir o respeito e a proteção da comunidade indígena que ali desenvolve suas atividades.

22. A competência do Ibama, no caso em análise, também é inquestionável, visto ser expressa a lei ao afirmar que é da Autarquia Federal a atribuição para licenciar empreendimento desenvolvido em terra indígena. O fato de já existir uma rodovia implantada que ingressa parcialmente no interior de área demarcada como indígena (e cuja demarcação não fez qualquer ressalva ao empreendimento e/ou à sua faixa de domínio) não garante à obra o direito de ignorar ou mesmo desrespeitar as especificidades do modo de vida desenvolvido no decorrer do trajeto da rodovia, merecedor de cuidado e atenção especial, com o fim de preservar a tradicionalidade ali existente. Observa-se que no conceito adotado pelo DNIT, rodovia já implantada não é nada mais do que a abertura de área que se enquadra nas normas de projeto geométrico aplicáveis à área rodoviária:

4.3 – IMPLANTADA – IMP

Rodovias construídas de acordo com as normas rodoviárias de projeto geométrico e que se enquadram em determinada classe estabelecida pelo DNIT. Apresentam superfície de rolamento sem pavimentação. Estas rodovias normalmente apresentam sua superfície em revestimento primário e permitem tráfego o ano todo.¹

23. Uma rodovia implantada, portanto, ainda que por décadas, e sem licença ambiental válida, há de se submeter, do mesmo modo, a processo de regularização ambiental, procedimento este que deve respeitar as características socioeconômicas da região e o componente indígena inserido na área interceptada, tudo em conformidade com a normativa própria que rege o licenciamento ambiental regularizatório. Tal processo deve ser obedecido, ainda mais, no caso de considerável ampliação do tráfego pré-existente, o que ocorre em

¹ Definição encontrada no Manual “Terminologias rodoviárias usualmente utilizadas” encontrado no site www.dnit.gov.br.

empreendimento de pavimentação e duplicação da rodovia implantada. O povo indígena, cuja área demarcada encontra-se interceptada pela rodovia, deve ser considerado no procedimento, sendo, portanto, a terra indígena, efetivamente interceptada pelo empreendimento, o fator decisivo para atrair a competência do Ibama.

24. Sem nenhuma razão o Estado do Mato Grosso do Sul, ao sustentar que a obra se localiza inteiramente nos limites da faixa de domínio, ignorando a terra indígena localizada na mesma região, cuja demarcação não fez qualquer referência/expressa exclusão da faixa de domínio da dita rodovia. Na realidade, a faixa de domínio compreende conceito rodoviário, intimamente ligado à questão física da obra de uma rodovia, que tem o objeto de garantir proteção a quem trafega ou ocupa áreas próximas à pista de rolamento. No glossário de Termos Técnicos Rodoviários, encontrado no site oficial do DNIT, a Faixa de Domínio é a base física sobre a qual assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros, obras-de-arte, acostamentos, sinalização e faixa lateral de segurança, até o alinhamento das cercas que separam a estrada dos imóveis marginais ou da faixa do recuo. Conforme o Art. 50 do Código de Trânsito Brasileiro, o uso de faixas laterais de domínio e das áreas adjacentes às estradas e rodovias obedecerá às condições de segurança do trânsito estabelecidas pelo órgão ou entidade com circunscrição sobre a via.

25. Portanto, a delimitação da faixa de domínio de uma rodovia tem o condão de garantir a perfeita utilização da via, com segurança, por todos os seus usuários e a proteção daqueles que residem às margens da rodovia. Não tem a faixa de domínio a aptidão de, por si só, excluir o direito e a proteção do povo indígena, que ali reside, como também não tem o poder de desconstituir a terra indígena demarcada naquele mesmo espaço físico, com exceção dos casos em que a demarcação da TI faça expressa e formal exclusão à faixa de domínio como área da TI. A região traçada pela rodovia deve possuir sim faixa de domínio, o que não significa dizer, contudo, que tal área, compreendida pela pista de rolamento e pela faixa de domínio, deixe de interceptar a terra indígena demarcada na região.

26. Em última instância, entender de forma diversa significaria retirar da Autarquia Ambiental Federal a atribuição para licenciar, por exemplo, todo e qualquer empreendimento hidrelétrico localizado em área indígena, visto que, formalmente, o corpo de água lá existente é rio pertencente à União e não terra indígena. Daí, poder-se-ia absurdamente sustentar que o leito do rio, ainda que ocupado por índios ribeirinhos, é área da União, não havendo necessidade de considerar os índios que habitam a região.

27. Tal argumentação mostra-se totalmente inválida, como também revela-se sem sentido o entendimento de que faixa de domínio que intercepta terra indígena é área da União, regulada pelo DNIT, desconsiderando-se a área indígena que engloba a região ocupada pelo traçado e pela faixa de domínio da rodovia.

28. É preciso reconhecer, por fim, e ainda que em tese, a possibilidade de configurar-se situação diversa. Com efeito, hipótese completamente diferente poderá ocorrer, caso em que a faixa de domínio da rodovia for expressamente excluída da terra indígena, quando de sua demarcação. Vislumbra-se possível tal situação, em sendo já concebida, implantada ou prevista a rodovia anteriormente ao processo de demarcação da TI. Nesses excepcionais casos, tendo sido a faixa de domínio do empreendimento expressamente excluída da área demarcada como

TI, não haverá que se falar em interceptação de terra indígena pelo empreendimento a ser licenciado, não se configurando, portanto, a competência do Ibama para a condução do referido processo.

III. DA DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA LICENCIATÓRIA

29. Como visto, o empreendimento de pavimentação e duplicação da Rodovia MS 156 intercepta terra indígena, motivo pelo qual é do Ibama a competência para licenciá-lo, com a participação efetiva da FUNAI. Contudo, apesar de plenamente configurada, no caso concreto, a competência licenciatória federal, encontra-se prevista, na LC nº 140/2011, a possibilidade de delegação da atribuição ambiental licenciatória, de um ente federativo a outro, desde que se respeitem os requisitos da lei, incluindo a formalização de um instrumento bilateral, que formalize o acordo. Segundo a Lei:

Art. 4º Os entes federativos podem valer-se, entre outros, dos seguintes instrumentos de cooperação institucional:

I - consórcios públicos, nos termos da legislação em vigor;

II - **convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público, respeitado o art. 241 da Constituição Federal;**

III - Comissão Tripartite Nacional, Comissões Tripartites Estaduais e Comissão Bipartite do Distrito Federal;

IV - fundos públicos e privados e outros instrumentos econômicos;

V - **delegação de atribuições de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar;**

VI - delegação da execução de ações administrativas de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar.

§ 1º Os instrumentos mencionados no inciso II do caput podem ser firmados com prazo indeterminado.

(...)

Art. 5º **O ente federativo poderá delegar, mediante convênio, a execução de ações administrativas a ele atribuídas nesta Lei Complementar, desde que o ente destinatário da delegação disponha de órgão ambiental capacitado a executar as ações administrativas a serem delegadas e de conselho de meio ambiente.**

Parágrafo único. Considera-se órgão ambiental capacitado, para os efeitos do disposto no caput, aquele que possui técnicos próprios ou em consórcio, devidamente habilitados e em número compatível com a demanda das ações administrativas a serem delegadas (Grifos nossos)

30. O ato de delegação, nos termos da Lei Complementar, pode ser praticado por qualquer ente federativo a outro, desde que este disponha de capacidade para assumir a ação administrativa que está sendo delegada. Vê-se, ainda, que a delegação de competência, prevista na LC nº 140/2011, encontra-se em consonância com a previsão genérica de delegação administrativa, contida na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.

§ 1º. O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.

§ 2º. O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.

§ 3º. As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

31. Assim, a delegação, para que tenha validade, deve observar os requisitos de legalidade, formalidade e publicidade, além de ser motivada, publicada no diário oficial e formalizada pelo instrumento legal indicado em lei. No caso de delegação de competência ambiental licenciatória, a LC nº 140/2011 exigiu expressamente sua formalização por meio de convênio. No caso, tem-se a utilização do termo "convênio" na sua acepção genérica ou doutrinária, que concebe um acordo bilateral com interesses comuns, de cooperação entre as partes. Nesse sentido, válidos são os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

(...) Quanto à sua formalização, são eles normalmente consubstanciados através de 'termos', 'termos de cooperação', ou mesmo com a própria denominação de 'convênio'. Mais importante que o rótulo, porém, é o seu conteúdo, caracterizado pelo intuito dos pactuantes de recíproca cooperação, em ordem a ser alcançado determinado fim de seu interesse comum. Tendo a participação de entidade administrativa, é fácil concluir que esse objetivo sempre servirá, próxima ou mais remotamente, ao interesse coletivo.²

32. Assim, o que se exige, para formalizar possível delegação de competência, é a celebração de um instrumento de cooperação, seja ele convênio, termo ou acordo de cooperação, não havendo que se falar, contudo, em contrato. Marçal Justen Filho explica, com clareza, a diferença entre as espécies convencional e contratual de acordos administrativos:

A Teoria Geral do Direito já pôs em destaque que o conceito tradicional de contrato está referido, fundamentalmente, a uma função 'distributiva' ou 'comutativa', em que o contrato é instrumento de repartição da riqueza. Mas existem avenças de natureza 'cooperativa' (ou organizacional), que são meio de aproveitamento conjunto e simultâneo dos bens e recursos humanos. Em um contrato 'comutativo', os interesses das partes são contrapostos: a vantagem de uma parte corresponde à desvantagem de outra. Já nos contratos 'cooperativos', não se configura essa contraposição de interesses, pois todos os partícipes do negócio estão voltados à consecução de um objetivo comum. Desse tipo, por exemplo, são os contratos societários.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 187 a 189.

Quando se alude a contrato administrativo, indica-se um tipo de avença que se enquadra, em termos de Teoria Geral do Direito, na categoria dos contratos 'comutativos' ou 'distributivos' (ainda quando se trate de contratos unilaterais). Em tais atos, não há comunhão de interesses ou fim comum a ser buscado. Cada parte vale-se do contrato para atingir a um fim que não é compartilhado pela outra. (...)

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 atividades orientadas à realização de interesses fundamentais similares.³

33. Em resumo, os contratos administrativos distinguem-se dos convênios por existir contraposição de interesses entre suas partes e, com frequência, um intuito lucrativo por uma delas. Diferentemente de um contrato administrativo, um convênio é sempre celebrado por dois ou mais partícipes que comungam, entre si, o mesmo interesse, com intuito de colaboração mútua e que visam a alcançar, com o ajuste, uma finalidade partilhada por todos. O possível ajuste ora em análise, portanto, que formalizará delegação de competência licenciatória, tem natureza convenial.

34. Considerando as funções institucionais das entidades e órgãos envolvidos, e o objeto do ajuste, vislumbra-se o interesse comum dos partícipes, o que pode ser formalizado com ou sem repasse de recursos financeiros, vez que a lei não faz qualquer restrição quanto a isso. Assim, havendo repasse de recursos, juntamente com a transferência de competência (delegação), estar-se-á diante de um convênio, nos termos previstos no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007. Nesse caso, deve-se aplicar todas as exigências previstas na citada norma, bem como na Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507, de 24 de novembro de 2011, que diferencia "convênio" em sentido estrito de "termo de cooperação":

Art. 1º Esta Portaria regula os convênios, os contratos de repasse e os termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvam a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

§ 1º Aplicam-se aos contratos de repasse as normas referentes a convênios previstas nesta Portaria.

§ 2º Para os efeitos desta Portaria, considera-se:(...)

VI - convênio: acordo ou ajuste que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, do Distrito Federal ou municipal, direta ou indireta, consórcios públicos, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;

(...)

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª edição. São Paulo: Dialética, 2008. p. 871.

XXIV - termo de cooperação: instrumento por meio do qual é ajustada a transferência de crédito de órgão ou entidade da Administração Pública Federal para outro órgão federal da mesma natureza ou autarquia, fundação pública ou empresa estatal dependente; (Grifos nossos)(...)

35. Assim, por se tratar de possível acordo entre entes federativos das três esferas de Governo, tem-se, no caso, a possibilidade de se firmar convênio em sentido estrito, caso se preveja o repasse de recursos entre eles.

36. De outro modo, haverá a possibilidade de se formalizar a delegação, sem repasse de recurso, situação em que ter-se-á um acordo de cooperação técnica, que não demandará a obediência do Decreto nº 6.170/2007 e da Portaria Interministerial acima citada. Nesse caso, inexistindo transferência de recursos do órgão delegante ao órgão delegado, deve-se utilizar a nomenclatura “Acordo de Cooperação Técnica”, para diferenciar do “Termo de Cooperação” previsto nas normas infra-legais citadas e que pressupõe o repasse de recursos financeiros.

37. Desta forma, poderá haver a celebração de um “Acordo de Cooperação” entre os entes federativos, para fins de delegação de competência licenciatória, sem transferência de recursos. Apesar de a LC nº 140/2011 se referir à espécie “convênio” para tal desiderato, tem-se aqui concepção do termo em sentido amplo. A celebração de convênio propriamente dito limitar-se-á aos casos de delegação realizados com repasse financeiro, situação que deve obediência às formalidades do Decreto nº 6.170/2007 e da Portaria Interministerial nº 507/2011.

38. Nos casos de delegação sem repasse de recursos, dever-se-á celebrar um Acordo de Cooperação, que dispensará a observância dos atos normativos acima citados. Isso não significa, contudo, que o instrumento poderá ser confeccionado de qualquer modo, uma vez que existem elementos mínimos necessários à sua formalização, tendo em vista figurar a Administração Pública como parte no acordo.

39. Acordo de Cooperação, celebrado com vistas a formalizar delegação de competência ambiental licenciatória, deve obediência aos ditames do art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.
(...)

40. No caso concreto, caso seja interesse do Ibama em delegar a competência para licenciar o empreendimento de pavimentação e duplicação da Rodovia MS 156, deve-se apurar previamente se há interesse da outra parte (Estado do Mato Grosso do Sul) em assumir tal atribuição, por instrumento de delegação. Em se configurando o interesse mútuo, o Ibama pode dar início ao procedimento prévio de celebração do Acordo de Cooperação, a ser firmado pelo Presidente da Autarquia, em observância ao dispositivo legal acima transcrito.

41. Por fim, caso haja interesse recíproco no ato, cabe ao órgão delegante fazer um controle de legalidade dos atos já praticados pelo órgão incompetente. É que sendo do Ibama a competência licenciatória em questão, não se pode negar que os atos anteriormente realizados o foram com vício de competência, sendo, destarte, anuláveis ou convalidáveis. Com efeito, o vício de competência, que atinge um determinado ato administrativo, é de natureza extrínseca, podendo ser convalidado pela autoridade competente. Nesse sentido, são as lições da respeitável doutrina pátria:

Nem todos os vícios do ato permitem seja este convalidado. Os vícios insanáveis impedem o aproveitamento do ato, ao passo que os vícios sanáveis possibilitam a convalidação. São convalidáveis os atos que tenham vício de competência e de forma, nesta incluindo-se os aspectos formais dos procedimentos administrativos. Também é possível convalidar atos com vício de objeto, ou conteúdo, mas apenas quando se tratar de conteúdo plúrimo, ou seja, quando a vontade administrativa se preordenar a mais de uma providência e aproveitar o ato quanto às demais providências, não atingidas por qualquer vício. Vícios insanáveis tornam os atos inconvalidáveis. Assim, inviável será a convalidação de atos com vícios no motivo, no objeto (quando único), na finalidade e na falta de congruência entre o motivo e o resultado do ato.⁴

42. Assim, caso o Ibama decida delegar a competência licenciatória em questão, deverá necessariamente decidir sobre a validade dos atos já praticados, podendo convalidá-los, por meio de uma ratificação ou exigindo reformas. Sobre o instituto e as espécies de convalidação, importa destacar entendimento doutrinário válido:

O instituto da convalidação tem a mesma premissa pela qual se demarca a diferença entre vícios sanáveis e insanáveis, existentes no direito privado. A grande vantagem em sua aceitação no Direito Administrativo é a de poder aproveitar-se atos administrativos que tenham vícios sanáveis, o que frequentemente produz efeitos práticos no exercício da função administrativa. Por essa razão, o ato que convalida tem efeitos ex tunc, uma vez que retroage, em seus efeitos, ao momento em que foi praticado o ato originário. Há três formas de convalidação. A primeira é a ratificação. Na definição de MARCELO CAETANO, “é o acto administrativo pelo qual o órgão competente decide sanar um acto inválido anteriormente praticado, suprimindo a ilegalidade que o vicia”. A autoridade que deve ratificar pode ser a mesma que praticou o ato anterior ou um

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.pp. 140/141.

superior hierárquico, mas o importante é que a lei lhe haja conferido essa competência específica. Exemplo: um ato com vício de forma pode ser posteriormente ratificado com a adoção da forma legal. O mesmo se dá em alguns casos de vício de competência. A segunda é a reforma. Esta forma de aproveitamento admite que novo ato suprima a parte inválida do ato anterior, mantendo sua parte válida. (...) A última é a conversão, que se assemelha à reforma. Por meio dela a Administração, depois de retirar a parte inválida do ato anterior, processa a sua substituição por uma nova parte, de modo que o novo ato passa a conter a parte válida anterior a uma nova parte, nascida esta com o ato de aproveitamento.⁵ (Grifos nossos)

43. Destarte, caberá ao Ibama, seja assumindo, seja delegando o licenciamento, manifestar-se sobre os atos já praticados, na condução do procedimento licenciatório pelo órgão estadual. A convalidação, por ratificação ou por reforma, poderá ocorrer, fazendo-se aproveitar os atos praticados com conteúdo e forma válidos, ou alterando-se aqueles eventualmente ilegais. Em qualquer caso, as condições de validade ou demanda de correção devem constar, de forma expressa e motivada, no ato de delegação, caso este venha a existir.

44. Em última instância, não se pode ignorar a possibilidade concreta de ter existido ilegalidade na prática de determinado ato administrativo com vício de competência. Nesse caso, a convalidação restaria prejudicada, mas a invalidação do ato também poderá estar limitada pela consumação do fato. Tal situação parece se configurar, por exemplo, com o esgotamento dos efeitos de uma licença ambiental prévia ou com a finalização da construção de empreendimento, após a concessão de uma licença de instalação indevidamente emitida. Nesses casos, pode-se estar diante de limitação à invalidação do ato administrativo, face à aplicação da teoria do fato consumado. É o que ensina renomado doutrinador:

Haverá limitação, ainda, quando as conseqüências jurídicas do ato gerarem tal consolidação fática que a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que a invalidação. “Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converte-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito. Essas singulares situações é que constituem o que alguns autores denominam de “teoria de fato consumado” dentro do Direito Administrativo. Nesses casos, é de se considerar o surgimento de inafastável barreira ao dever de invalidar da Administração, certo que o exercício desse dever provocaria agravos maiores ao Direito do que aceitar a subsistência do ato e de seus efeitos na ordem jurídica. Nota-se, por conseguinte, a prevalência do princípio do interesse público sobre o da legalidade estrita. Atualmente, como já observamos, a doutrina moderna tem considerado aplicável também o princípio da segurança jurídica (na verdade inserido no princípio do interesse público), em ordem a impedir que situações jurídicas permaneçam eternamente em grau de instabilidade, gerando temores e incertezas para as pessoas e para o próprio Estado.⁶

45. Assim, caso configurada a situação jurídica consolidada no caso em questão, tendo a licença de instalação, emitida pelo órgão incompetente, esgotado os seus efeitos legais plenos, poderá ser mais adequado ao Ibama exigir eventuais correções na próxima fase do licenciamento. É que, como se sabe, o procedimento licenciatório é complexo e compreendido

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Ob. Cit. P. 140.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Ob. Cit. p. 135.

por fases, de forma que o Ibama, de acordo com a sua discricionariedade técnica, poderá exigir a adoção de condicionantes ambientais e/ou o cumprimento delas em determinado prazo ou previamente à renovação de licença já emitida ou à concessão de nova licença. Em qualquer caso, cabe a regularização, na forma e nas condições, a serem estabelecidas pelo órgão delegante, formalizadas e inseridas no ato de delegação (convênio ou acordo de cooperação técnica).

46. No caso concreto sob exame, recomenda-se que, no mérito de eventual ajuste, seja inserida Cláusula, por meio da qual o Órgão Ambiental Estadual assuma o compromisso de considerar o componente indígena no processo de regularização, tudo em conformidade com a normativa própria aplicável, tendo em vista ter sido esse o objeto de irresignação da Autarquia indigenista.

IV. CONCLUSÃO

47. Ante o exposto, conclui-se ser do Ibama a competência original para licenciar o empreendimento de duplicação e pavimentação da MS 156, uma vez que a obra em questão intercepta terra indígena. Caso haja interesse do Ibama em delegar a presente atribuição licenciatória, poderá fazê-lo por meio de Acordo de Cooperação Técnica, exigindo-se, para tanto, a concordância do órgão ambiental estadual e a observância do procedimento prévio exigido pelo art. 116 da Lei nº 8.666/1993. Em qualquer situação, caberá à Autarquia, como órgão competente, analisar e se manifestar sobre os atos já praticados, podendo convalidá-los, ou exigir alterações em determinados prazos e condições, considerando eventuais situações jurídicas consolidadas.