



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

ORIENTAÇÃO JURÍDICA NORMATIVA Nº 43/2012/PFE/IBAMA
(revista e atualizada em novembro de 2016)

TEMA: COMPETÊNCIA DO IBAMA PARA LICENCIAR EMPREENDIMENTOS APÓS A PUBLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011.

Parecer nº 023/2012/CONEP/PFE/IBAMA-SEDE/PGF/AGU, expedido no processo administrativo nº 02001.001697/2010-31, aprovado pelos Despachos nº 108/2012 - AGU/PGF/PFE/IBAMA-Sede/CONEP e nº 763/2012- asb/GABIN/PFE-IBAMA/SEDE/PGF/AGU. Aprovado pelo Sr. Presidente do IBAMA em 15.08.2012, como Parecer Normativo.

OJN revista e atualizada pelo Parecer nº 195/2016/CONEP/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU, aprovado pelos Despachos nº 309/2016/CONEP/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU e nº 658/2016/GABIN/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU.

Aprovado pela Srª Presidente do IBAMA em 25.11.2016, como Parecer Normativo.

Ementa

- I. Sistemática legal de divisão de competência ambiental licenciatória entre os entes federativos inaugurada pela Lei Complementar - LC nº 140/2011, com a mais recente regulamentação trazida pelo Decreto nº 8.437/2015, que estabeleceu as tipologias de empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será de competência da União.
- II. Em relação à competência do Ibama, a LC dispensou qualquer outro requisito (como a abrangência do impacto ambiental), além daqueles especificados nas alíneas do inciso XIV do art. 7º.
- III. A condução do processo licenciatório, iniciado com base na competência definida em legislação não mais vigente, deve ser finalizado pela mesma instância licenciatória, sem solução de continuidade. Cabe, contudo, a transferência da condução do processo após a finalização do procedimento,

quando já exarada a Licença de Operação, devendo suas renovações serem processadas pela nova instância competente, por analogia ao que estabelece o art 4º do Decreto nº 8.437/2015.

IV. Deve-se 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 perfeitamente de acordo com a atual Lei. Ademais, o dispositivo legal regulamentado pelo citado artigo, qual seja, o § 4º do art. 10 da Lei nº 6.938/1981, restou expressamente revogado pelo art. 21 da LC em análise.

V. No caso de Áreas de Proteção Ambiental - APAs, a competência do Ibama não se configura apenas em razão do ente instituidor da unidade de conservação. Será necessário que algum dos critérios previstos nas alíneas indicadas do inciso XIV do art. 7º esteja presente no caso concreto.

VI. A LC nº 140/2011 previu a possibilidade de delegação de competência licenciatória entre os entes federativos, o que exige a formalização de um instrumento de cooperação, seja ele convênio (com repasse de recursos financeiros) ou acordo de cooperação (sem transferência orçamentária).

VII. Ainda como forma de cooperação válida, previu-se a atuação subsidiária, que deverá ser solicitada pelo ente competente para licenciar, havendo apenas apoio, seja técnico, científico, administrativo ou financeiro, e não substituição de competência do ente solicitante.

VIII. Poderá, ainda, o Ibama atuar, na condução dos processos de licenciamento, de forma supletiva, seja no caso de descumprimento do prazo, seja nas situações de reconhecida inexistência de capacidade técnica do órgão originariamente competente.

I – RELATÓRIO

1. Os presentes autos foram constituídos com o fim de aprovar, como Orientação Jurídica Normativa – OJN, Parecer desta Procuradoria Federal Especializada – PFE/Ibama/Sede, que analisou questionamento apresentado, no ano de 2009, pela Diretoria de Licenciamento – DILIC do Ibama, no que tange aos limites da competência licenciatória desta Autarquia.

2. O citado Parecer foi devidamente aprovado pela Procuradora Chefe Nacional e convertido na OJN nº 15/2010 (fls. 10/15), conferindo-lhe caráter normativo no âmbito desta PFE/Ibama/Sede (fl. 09).

3. Em 02 de janeiro de 2012, os presentes autos foram desarquivados, para revisão da ONJ citada, tendo em vista a publicação da Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, que alterou a normativa aplicável à matéria em discussão. O assunto foi analisado por meio da OJN nº 43/2012, que, tendo sido também aprovada pelo Sr. Presidente do Ibama (fl. 44), vinculou toda a Autarquia no que tange à matéria.

4. Posteriormente, o Procurador-Chefe, juntamente com o Presidente da Autarquia, decidiram suspender o item "c" das conclusões apresentadas, que defendia a revogação por incompatibilidade com a Lei Complementar nº 140/2011 do critério genérico definido no *caput* do art. 4º da Resolução Conama nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Entendeu-se, por meio da Nota nº 004/2013/GABIN/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU (fls. 59/60), que a questão merecia maior amadurecimento, enquanto não aprovadas as tipologias de que trata o art. 7º, inciso XIV, alínea "h", da LC nº 140/2011, para se definir se realmente teria havido a citada revogação tácita ou, de outro modo, se o art. 18, § 3º, da mesma LC sinalizava uma possível ultratividade do dispositivo em questão.

5. Em 21 de outubro de 2016, a procuradora-chefe do Ibama solicitou a revisão/atualização da presente OJN, considerando a superveniente legislação acerca da matéria (Decreto nº 8.437, de 22 de abril de 2015) e a necessidade de uma nova avaliação sobre a suspensão do item "c" das conclusões da referida OJN (fl. 64).

6. É o relatório. Passa-se à atualização do assunto tratado na OJN 43/2012, com base na legislação atualmente vigente.

II - DA DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA EM MATÉRIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL - LEI COMPLEMENTAR Nº 140/2011

7. A Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, relaciona o licenciamento como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente e estabelece, no seu art. 10, que dependerão de prévio licenciamento ambiental “a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.

8. A Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997, conceitua o licenciamento ambiental como “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso” (art. 1º, inciso I).

9. O escopo do licenciamento é, assim, a compatibilização da proteção do meio ambiente com o desenvolvimento econômico sustentável, com foco nos impactos ambientais da atividade/empreendimento. Segundo a respeitada doutrina:

O licenciamento ambiental visa, portanto, a exercer um controle prévio e a acompanhar as atividades humanas capazes de gerar impactos sobre o meio ambiente, de modo a assegurar a qualidade de vida da população e promover o desenvolvimento sustentável, ao buscar conjugar a eficiência econômica e a justiça social à proteção do meio ambiente, e concretizar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em razão de sua finalidade, o licenciamento ambiental é considerado um dos mais importantes instrumentos de caráter preventivo da gestão ambiental, constituindo-se no principal canal de consideração das questões socioeconômicas, e de integração da preocupação ambiental, ao complexo de fatores que influenciam a tomada de decisão por parte da Administração¹.

10. Na Constituição Federal de 1988, o licenciamento está inserido dentre as 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.

11. 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 6.938/1981, bem como dos atos normativos infra-legais que regulavam a matéria, para solucionar questões relacionadas à divisão da competência ambiental licenciatória.

12. Em 09 de dezembro de 2011, foi publicada a Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, que, segundo sua ementa:

Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

13. Há de se pontuar que a nova LC operou grande mudança na sistemática atualmente vigente de definição de competência para a condução dos processos de licenciamento. A legislação anteriormente aplicada (Resolução Conama nº 237/1997) considerava abrangência do impacto ambiental da atividade ou empreendimento como ponto nodal para a definição de atribuição dos entes federados. Com a edição da LC nº 140/2011, os critérios definidores da competência estão expressa e pontualmente dispostos nos art. 7º, 8º e 9º.

¹ MACIEL, Marcela Albuquerque. Competência para o licenciamento ambiental: Uma análise das propostas de regulamentação do art. 23 da CF. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8759. Acesso em 16 de janeiro de 2012.

14. Assim, houve 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 recém editada Lei. Ademais, é preciso destacar que o art. 21 da LC nº 140/2011 revogou, de forma expressa, o art. 10, § 4º, da Lei nº 6.938/1981, que constituía o embasamento legal da regulamentação contida na Resolução Conama nº 237/1997.

III - DO MARCO TEMPORAL PREVISTO NA LC Nº 140/2011 E DA SUA APLICABILIDADE AOS PROCESSOS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM CURSO

15. Com a edição da LC nº 140/2011, houve uma ruptura do entendimento que vinha sendo aplicado à definição de competência dos órgãos ambientais para a condução do processo de licenciamento e autorização. Por essa razão, a própria Lei Complementar cuidou de estabelecer regras prevendo um marco temporal para fixar a sua aplicabilidade aos processos de licenciamento que já haviam sido deflagrados antes da edição da LC. Eis o que dispõem o seu art. 18, complementado pelo art. 22:

Art. 18. Esta Lei Complementar aplica-se apenas aos processos de licenciamento e autorização ambiental iniciados a partir de sua vigência.

§ 1º Na hipótese de que trata a alínea “h” do inciso XIV do art. 7º, a aplicação desta Lei Complementar dar-se-á a partir da entrada em vigor do ato previsto no referido dispositivo.

§ 2º Na hipótese de que trata a alínea “a” do inciso XIV do art. 9º, a aplicação desta Lei Complementar dar-se-á a partir da edição da decisão do respectivo Conselho Estadual.

§ 3º Enquanto não forem estabelecidas as tipologias de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo, os processos de licenciamento e autorização ambiental serão conduzidos conforme a legislação em vigor.

(...)

Art. 22. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

16. Assim, o novo regramento da LC nº 140/2011 não deve ser aplicado aos processos de licenciamento e autorização iniciados até a data de 08/12/2011, ou seja, anteriormente à sua entrada em vigor, que se deu em 09/12/2011.

17. O processo de licenciamento ambiental segue trâmites complexos, que envolve a realização de inúmeros atos e análises e uma séria de custos por parte do ente público e do empreendedor. A transferência de procedimentos ainda em curso - isto é, no qual pende a emissão da licença final - seria medida prejudicial, podendo-se vislumbrar algumas consequências negativas de eventual transferência de procedimento em trâmite administrativo:

1. Solução de continuidade da atividade de controle ambiental que acompanha o processo autorizativo;
2. Atraso ou paralisação da instalação do empreendimento, o que pode gerar prejuízos incalculáveis ao empreendedor, ao Estado e à própria proteção ambiental;
3. Não aproveitamento de atos administrativos pretéritas, inclusive em face da diversidade das técnicas e das metodologias de análise aplicáveis por cada instância competente, com desperdício dos recursos utilizados.

18. Nesse contexto, independentemente do órgão competente de acordo com as novas regras trazidas pelo art. 7º da LC nº 140/2011, não deverá o Ibama repassar para o respectivo órgão ambiental estadual os processos de licenciamento ou autorização nele iniciados até a data de 08/12/2011, cabendo à Autarquia Federal dar continuidade à condução dos procedimentos já em andamento.

19. Vê-se, assim, que a nova Lei garantiu a continuidade, nos termos da legislação anteriormente aplicada, dos processos de licenciamento e autorização ambiental iniciados antes de sua vigência. A disposição legal parece salutar e necessária, uma vez que, como visto, a transferência de competência de processos de licenciamento já conduzidos por um determinado ente federativo causaria uma análise tumultuada, com consideráveis prejuízos aos administrados, aos próprios entes competentes e quiçá ao meio ambiente.

20. É que cada ente licenciador é dotado de certa discricionariedade na análise e deferimento dos pedidos de licença e autorização que lhe são apresentados, seguindo procedimentos técnicos e interpretações próprias das normas de regência, de modo que a condução por órgão diverso de processo já iniciado em outra instância poderia inviabilizar os objetivos de controle e de mitigação de impactos, próprios do processo de controle ambiental.

21. Em face disso, o processo de transição da competência do Ibama para os órgãos estaduais e municipais e, em sentido contrário, destes para o Ibama, nos termos do já citado art. 18 da LC nº 140/2011, só deve ocorrer em relação aos procedimentos de licenciamento iniciados a partir da data de 09/12/2011. Os que forem considerados iniciados anteriormente a esta data devem ser conduzidos e finalizados pelo órgão competente antes da publicação da Lei Complementar em análise ou podem ser objeto de delegação, nos termos do art. 4º da mesma LC.

22. Feitos os esclarecimentos acerca do marco temporal definido pela legislação para aplicação da LC nº 140/2011 aos procedimentos em curso, mostra-se oportuno definir o que se deve entender por processos de licenciamento e autorização ambiental iniciados (art. 18, *caput*). Tal análise tem que levar em conta as normas legais que versam sobre o tema, em especial a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a Resolução Conama nº 237/1997 e a Instrução Normativa Ibama nº 184, de 17 de julho de 2008, considerando-se, logicamente, apenas os dispositivos de tais normativas que ainda se encontram vigentes.

23. A Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe de um capítulo específico para tratar do início do processo:

O Capítulo IV desse diploma normativo assim dispõe:

Art. 5º O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado.

Art. 6º O requerimento inicial do interessado, salvo casos em que for admitida solicitação oral, deve ser formulado por escrito e conter os seguintes dados:

I - órgão ou autoridade administrativa a que se dirige;

II - identificação do interessado ou de quem o represente;

III - domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações;

IV - formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos;

V - data e assinatura do requerente ou de seu representante.

Parágrafo único. É vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas.

Art. 7º Os órgãos e entidades administrativas deverão elaborar modelos ou formulários padronizados para assuntos que importem pretensões equivalentes.

Art. 8º Quando os pedidos de uma pluralidade de interessados tiverem conteúdo e fundamentos idênticos, poderão ser formulados em um único requerimento, salvo preceito legal em contrário.

24. Nos termos do que estabelece o art. 5º acima transcrito, o processo administrativo inicia-se de ofício ou a pedido do interessado. No caso do processo de licenciamento, vale consignar que existem normas específicas tratando da matéria e balizando o marco que configura o início do processo.

25. Para regulamentar os procedimentos para o licenciamento ambiental federal, o Ibama editou a Instrução Normativa nº 184/2008, que relaciona, especificamente no seu art. 7º e seguintes, as etapas de instauração do processo de licenciamento. Da leitura do artigo, depreende-se que, para que haja a formalização do processo de licenciamento, o empreendedor deverá, preliminarmente, atender às seguintes exigências:

Art. 7º A instauração do processo de licenciamento obedecerá às seguintes etapas:

Inscrição do empreendedor no Cadastro Técnico Federal -CTF do Ibama (<http://www.ibama.gov.br/cogeq>) na categoria Gerenciador de Projetos;

Acesso ao Serviços on line - Serviços - Licenciamento Ambiental pelo empreendedor, utilizando seu número de CNPJ e sua senha emitida pelo CTF e a verificação automática pelo sistema da vigência do Certificado de Regularidade, em consonância a Instrução Normativa 96/2006;

Preenchimento pelo empreendedor do Formulário de Solicitação de Abertura de Processo - FAP e seu envio eletrônico ao Ibama pelo sistema;

Geração de mapa de localização utilizando as coordenadas geográficas informadas na FAP, como ferramenta de auxílio a tomada de decisão;

Verificação da competência federal para o licenciamento.

Abertura de processo de licenciamento. Definição dos estudos ambientais e instância para o licenciamento (DILIC ou NLA).

26. Verifica-se, portanto, que a formalização do processo de licenciamento é composta por várias etapas. Para se precisar qual etapa deve ser considerada como marco inicial do processo de licenciamento, a interpretação do art. 7º da Instrução Normativa nº 184/2008 deve ser feita em combinação com a Resolução Conama nº 237/1997.

27. O art. 10 da referida Resolução estabelece as fases do procedimento de licenciamento e o seu inciso I dispõe sobre a primeira etapa, que consiste na definição pelo órgão ambiental dos documentos, projetos e estudos ambientais necessários ao início do processo de licenciamento.

Art. 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:

- I - Definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida;
- II - Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade;
- III - Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias;
- IV - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;
- V - Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;
- VI - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;
- VII - Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico;
- VIII - Deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade.

28. Nesse contexto, e partindo-se da interpretação integrada da Resolução Conama nº 237/1997 com a Instrução Normativa nº 184/2008, pode-se afirmar que o processo de licenciamento ambiental é iniciado com o cumprimento de todas as fases do procedimento previstas no art. 7º da Instrução Normativa Ibama nº 184/2008 e da primeira etapa prevista no art. 10 da Resolução Conama nº 237/1997, ou seja, a partir da definição dos estudos ambientais a serem apresentados pelo empreendedor.

29. Assim, deve o interessado se cadastrar no CTF, acessar os serviços online, preencher o Formulário de Solicitação de Abertura de Processo – FAP. Será, então, gerado o mapa de localização do empreendimento e definida a competência federal do licenciamento. Com a confirmação da competência desta Autarquia, o processo administrativo será aberto e haverá a definição dos estudos a serem apresentados. Destarte, após o cumprimento das fases previstas no art. 7º da Instrução Normativa nº 184/2008, com a definição dos estudos a serem apresentados, configurando-se também o atendimento à primeira etapa definida na Resolução Conama nº 237/1997, o processo administrativo de licenciamento ambiental deve ser considerado iniciado para fins de aplicação do art. 18 da Lei Complementar nº 140/2011.

30. O art. 22 da mesma Lei dispõe que sua entrada em vigor dar-se-á no dia da sua publicação, a qual ocorreu em 09 de dezembro de 2011. Dessa forma, nesta data, os processos de licenciamento em curso perante o órgão ambiental federal, que já tinham cumprido as etapas do art. 7º da Instrução Normativa nº 184/2008, com a definição dos estudos ambientais, seguirão a sua tramitação perante este órgão, independentemente das novas regras de atribuição definidas pela Lei Complementar nº 140/2011.

31. Para aqueles procedimentos considerados iniciados, a condução do licenciamento deverá permanecer com o Ibama. Nos demais casos, impõe-se a observância das

novas regras balizadas pelos arts. 7º, 8º e 9º da LC nº 140/2011, para se definir a quem pertence a competência para conduzir o licenciamento ambiental.

32. Por fim, ainda sobre o assunto, convém reconhecer que o art. 18 da LC nº 140/2011 definiu uma situação transitória, não podendo ser utilizado para manter, com determinado órgão ambiental, *ad aeternum*, a condução de um processo licenciatório, cuja competência foi transferida a outra instância pelo novo regramento aplicável.

33. De fato, a compatibilização da norma do art. 18, *caput*, com as demais disposições da LC n.º 140/2011 só se faz possível enquanto seja entendida como excepcionalidade voltada ao atendimento de conjuntura transitória, situada no curto período – anterior e posterior – que orbita a data de entrada em vigor da Lei Complementar.

34. Assim, o legislador julgou que o interesse público justificaria a continuidade e a finalização da condução do processo pelo ente originariamente competente. De outra banda, a norma do art. 18 permite o necessário tratamento diferenciado para a transferência da gestão das autorizações e licenças emitidas pelo ente anteriormente competente (e, por consequência, a transferência do controle ambiental do empreendimento/atividade licenciada ou autorizada).

35. Percebe-se, assim, que, não fosse a regra do art. 18, *caput*, a responsabilidade pela gestão das autorizações e licenças vigentes passaria, imediatamente, ao novo possuidor da competência. De outra banda, os entes anteriormente competentes ficariam tolhidos de exercer qualquer ato oriundo da atribuição, sob pena de violarem a distribuição de competência da Lei. Tudo isso ocorreria sem a oferta de tempo suficiente para viabilizar a devida atuação dos órgãos ambientais e para evitar a sobreposição de atividades licenciatórias, afastada pelo legislador.

36. O cenário hipotético descrito no item precedente representaria evidente prejuízo ao controle ambiental próprio da ação administrativa de controle e licenciamento ambiental. A norma do art. 18, contudo, evita esse mal, justificando, em caráter temporário e excepcional, a distorção da sistemática de distribuição de competências estipulada pela LC n.º 140/2011.

37. Entretanto, a regra de transição não alberga a prorrogação, *ad eternum*, da competência para emissão de autorizações e licenças e para as atividades decorrentes, referente aos processos iniciados antes da vigência da LC n.º 140/2011, por ente que, pelas regras dos arts. 7º, 8º, 9º e 10, não é mais competente para exercê-la.

38. Nesse diapasão, é preciso reconhecer que, uma vez finalizada a complexa análise administrativa, que resulta na emissão da Licença final (Licença de Operação, nos casos submetidos ao licenciamento ambiental em sentido estrito), deve-se realizar a transferência de controle licenciatório, cabendo ao novo órgão competente assumir a condução do processo, ou seja, as renovações das Licenças de Operação subsequentes.

39. Essa dinâmica, que parece a mais acertada no que tange à matéria, foi confirmada expressamente no recém editado Decreto nº 8.437, de 22 de abril de 2015, que

criou novas regras de competência federal, a partir da regulamentação das tipologias previstas no art. 7º, inciso XIV, alínea "h" da Lei Complementar nº 140/2011. No referido Decreto, estabeleceu-se o regramento afeto à transferência dos processos licenciatórios/autorizativos, prevendo-se, em regra, a assunção pelo novo ente competente apenas na fase de renovação da Licença de Operação:

Art. 4º Os processos de licenciamento e autorização ambiental das atividades e empreendimentos de que trata o art. 3º iniciados em data anterior à publicação deste Decreto terão sua tramitação mantida perante os órgãos originários até o término da vigência da licença de operação, cuja renovação caberá ao ente federativo competente, nos termos deste Decreto.

§ 1º Caso o pedido de renovação da licença de operação tenha sido protocolado no órgão ambiental originário em data anterior à publicação deste Decreto, a renovação caberá ao referido órgão.

§ 2º Os pedidos de renovação posteriores aos referidos no § 1º serão realizados pelos entes federativos competentes, nos termos deste Decreto.

Art. 5º O processo de licenciamento ambiental de trechos de rodovias e ferrovias federais que se iniciar em órgão ambiental estadual ou municipal de acordo com as disposições deste Decreto será assumido pelo órgão ambiental federal na licença de operação pertinente, mediante comprovação do atendimento das condicionantes da licença ambiental concedida pelo ente federativo.

Parágrafo único. A comprovação do atendimento das condicionantes ocorrerá por meio de documento emitido pelo órgão licenciador estadual ou municipal.

40. Aplicando-se tal regramento, que é a única baliza normativa sobre a matéria, e considerando-se a premente necessidade de evitar a condução eterna de determinado processo licenciatório por instância não mais competente, entende-se que, após a finalização ordinária do procedimento (com a competente expedição da Licença de Operação), deverá haver a sua transferência ao órgão atualmente competente.

IV - DAS SITUAÇÕES PREVISTAS NA LC Nº 140/2011 (E NO DECRETO Nº 8.437/2015) QUE ATRAEM A COMPETÊNCIA LICENCIATÓRIA DA UNIÃO

41. Analisados os termos de vigência da LC nº 140/2011, cumpre adentrar no seu mérito. Na citada Lei Complementar, estabeleceu-se, no seu art. 8º, inciso XIV, 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”.

42. A regra atual, portanto, atribui, em regra, aos órgãos ambientais dos Estados a competência para licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, pertencendo à instância estadual, pois, a competência residual em matéria de licenciamento ambiental. Como exceção à competência estadual, têm-se 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, que serão de atribuição do órgão ambiental federal. Os casos, portanto, que atrairão competência da União ou dos Municípios, estão expressamente previstos nos arts. 7º (inciso XIV) e 9º (inciso XIV) da LC nº 140/2011:

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;

(...)

Art. 9º São ações administrativas dos Municípios:

(...)

XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

- a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou
- b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

43. Em relação à competência da União, mais especificamente da sua Autarquia Federal com competência licenciatória (Ibama), a nova 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 conjuntamente no Brasil e em país limítrofe, no mar territorial, na plataforma continental, na zona econômica exclusiva, em terra indígena, em 2 (dois) ou mais Estados, e em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs).

44. Além da definição da competência federal, unicamente pela localização do empreendimento, haverá atribuição do Ibama para licenciar empreendimentos com características especiais, quais sejam, os de caráter militar, aqueles que manipulem materiais radiativos ou utilizem energia nuclear ou que atendam a tipologia, estabelecida por ato do

Poder Executivo, considerando critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento.

45. Sobre esse último critério, que se pode dizer aberto, houve recente regulamentação, com a publicação do Decreto nº 8.437, de 22 de abril de 2015, que estabeleceu as tipologias de empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será de competência da União. Após a vigência do citado Decreto, pois, têm-se outras situações em que configurada a competência do órgão ambiental federal, além daqueles previstos nas alíneas "a" a "g" do inciso XIV do art. 7º da LC nº 140/2011. Nos termos do Decreto:

Art. 3º Sem prejuízo das disposições contidas no art. 7º, **caput**, inciso XIV, alíneas "a" a "g", da Lei Complementar nº 140, de 2011, serão licenciados pelo órgão ambiental federal competente os seguintes empreendimentos ou atividades:

I - rodovias federais:

- a) implantação;
- b) pavimentação e ampliação de capacidade com extensão igual ou superior a duzentos quilômetros;
- c) regularização ambiental de rodovias pavimentadas, podendo ser contemplada a autorização para as atividades de manutenção, conservação, recuperação, restauração, ampliação de capacidade e melhoramento; e
- d) atividades de manutenção, conservação, recuperação, restauração e melhoramento em rodovias federais regularizadas;

II - ferrovias federais:

- a) implantação;
- b) ampliação de capacidade; e
- c) regularização ambiental de ferrovias federais;

III - hidrovias federais:

- a) implantação; e
- b) ampliação de capacidade cujo somatório dos trechos de intervenções seja igual ou superior a duzentos quilômetros de extensão;

IV - portos organizados, exceto as instalações portuárias que movimentem carga em volume inferior a 450.000 TEU/ano ou a 15.000.000 ton/ano;

V - terminais de uso privado e instalações portuárias que movimentem carga em volume superior a 450.000 TEU/ano ou a 15.000.000 ton/ano;

VI - exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos nas seguintes hipóteses:

- a) exploração e avaliação de jazidas, compreendendo as atividades de aquisição sísmica, coleta de dados de fundo (**piston core**), perfuração de poços e teste de longa duração quando realizadas no ambiente marinho e em zona de transição terra-mar (**offshore**);
- b) produção, compreendendo as atividades de perfuração de poços, implantação de sistemas de produção e escoamento, quando realizada no ambiente marinho e em zona de transição terra-mar (**offshore**); e
- c) produção, quando realizada a partir de recurso não convencional de petróleo e gás natural, em ambiente marinho e em zona de transição terra-mar (**offshore**) ou terrestre (**onshore**), compreendendo as atividades de perfuração de poços, fraturamento hidráulico e implantação de sistemas de produção e escoamento; e

VII - sistemas de geração e transmissão de energia elétrica, quais sejam:

- a) usinas hidrelétricas com capacidade instalada igual ou superior a trezentos megawatt;

b) usinas termelétricas com capacidade instalada igual ou superior a trezentos megawatt; e

c) usinas eólicas, no caso de empreendimentos e atividades **offshore** e zona de transição terra-mar.

§ 1º O disposto nas alíneas “a” e “b” do inciso I do **caput**, em qualquer extensão, não se aplica nos casos de contornos e acessos rodoviários, anéis viários e travessias urbanas.

§ 2º O disposto no inciso II do **caput** não se aplica nos casos de implantação e ampliação de pátios ferroviários, melhoramentos de ferrovias, implantação e ampliação de estruturas de apoio de ferrovias, ramais e contornos ferroviários.

§ 3º A competência para o licenciamento será da União quando caracterizadas situações que comprometam a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético, reconhecidas pelo Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico - CMSE, ou a necessidade de sistemas de transmissão de energia elétrica associados a empreendimentos estratégicos, indicada pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE.

46. Em vista disso, é preciso reconhecer que foram revistos pelo legislador os critérios de regionalidade/nacionalidade dos impactos causados pela atividade licenciada, para atrair a competência do Ibama. Houve revogação, por incompatibilidade com Lei Complementar que lhe é específica, 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 recém editada Lei. Ademais, é preciso destacar que o art. 21 da LC nº 140/2011 revogou, de forma expressa, o art. 10, § 4º, da Lei nº 6.938/1981, que constituía o embasamento legal da regulamentação contida na Resolução Conama nº 237/1997.

47. Assim, 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. Além disso, 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.

48. Assim, se antes um empreendimento localizado, em sua totalidade, em um Estado, mas que causasse impacto direto em outro país ou em Estado diverso, era licenciado pelo Ibama, agora, não há que se falar em competência federal. O Ibama será competente, nesse caso, apenas se o empreendimento ou atividade se adéque a uma das situações previstas no Decreto nº 8.437/2015 ou esteja, fisicamente, localizado ou desenvolvido em mais de um Estado ou extrapole os limites territoriais do país.

49. Exceção à regra, de definição de competência exclusivamente pela localização, ocorrerá apenas no caso de empreendimento militar ou nuclear ou nos casos das tipologias previstas no Decreto recentemente editado.

50. Por fim, ainda no que tange aos critérios de definição de competência do Ibama, impende comentar a especificidade criada pela alínea “d” do inciso XIV do art. 7º da LC nº 140/2011. Anteriormente, tinha-se competência do Ibama para licenciar empreendimentos, com impacto nacional ou regional, localizados ou desenvolvidos no interior de qualquer unidade de conservação de domínio da União. Diante da nova redação legal, a competência do

Ibama dar-se-á no caso de empreendimentos localizados em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs).

51. Vê-se, assim, que a Lei garantiu a competência da Autarquia Federal para licenciar empreendimentos localizados ou desenvolvidos nessas áreas especialmente protegidas, mas cuidou de expressamente excetuar as unidades classificadas como APAs.

52. Isso não significa, contudo, que o empreendimento no interior de APAs será necessariamente licenciado pelo Estado. Na realidade, a norma apenas excluiu a competência da Autarquia, no caso de APAs, fundamentada exclusivamente em razão do ente federativo instituidor. Nesse sentido, a Lei foi expressa, ao determinar que:

Art. 12. Para fins de licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, e para autorização de supressão e manejo de vegetação, o critério do ente federativo instituidor da unidade de conservação não será aplicado às Áreas de Proteção Ambiental (APAs).

Parágrafo único. A definição do ente federativo responsável pelo licenciamento e autorização a que se refere o caput, no caso das APAs, seguirá os critérios previstos nas alíneas “a”, “b”, “e”, “f” e “h” do inciso XIV do art. 7º, no inciso XIV do art. 8º e na alínea “a” do inciso XIV do art. 9º.

grifos nossos

53. Assim, poderá o Ibama, o Estado ou mesmo o Município ser competente para licenciar empreendimento no interior de APAs. Apenas não se definirá tal competência exclusivamente em face da esfera federativa responsável pela criação da unidade. Será preciso avaliar a competência de acordo com os demais critérios definidos nos arts. 7º, 8º e 9º da norma. Nesse sentido, a competência será, em regra, do Estado, tendo em vista a competência residual prevista no inciso XIV do art. 8º, segundo o qual:

Art. 8º São ações administrativas dos Estados:

(...)

XIV - 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;

54. A competência para licenciar empreendimento em APA poderá ser, contudo, do Município, no caso de atividade que cause impacto apenas de âmbito local, conforme previsto no art. 9º, inciso XIV, da LC nº 140/2011. Por outro lado, haverá competência do Ibama para licenciar empreendimento em APA, independentemente do ente instituidor da unidade, nos casos abarcados pelas alíneas “a”, “b”, “e”, “f” ou “h” do inciso XIV do art. 7º. Ou seja, naquelas situações ali previstas, como por exemplo, para empreendimentos localizados ou desenvolvidos, ao mesmo tempo, em APA e em 2 (dois) ou mais Estados, ou para empreendimentos de caráter militar, em APA, ou ainda nos casos previstos no Decreto nº 8.437/2015, a competência será do Ibama. Impende, ainda, destacar, que o critério exige que a localização do empreendimento em si extrapole a área de uma unidade federativa, não sendo suficiente, para atrair a competência do Ibama, que a APA abranja dois ou mais Estados.

55. Tem-se, assim, que, no caso de APAs, a competência do Ibama não existirá apenas em razão do ente instituidor da unidade de conservação. Será necessário que algum dos critérios previstos nas alíneas indicadas do inciso XIV do art. 7º esteja presente no caso concreto.

V - DA DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA LICENCIATÓRIA

56. Como visto, após a edição da LC nº 140/2011, cada órgão ambiental, seja ele federal, estadual ou municipal, possui competência licenciatória definida, de acordo com a localização e/ou características do empreendimento e da abrangência e potencial do impacto ambiental causado. A divisão de competência, destarte, encontra-se delineada por lei complementar, somente podendo ser alterada ou revogada por meio de lei da mesma hierarquia.

57. Especificamente no que tange à divisão de competência ambiental, tem-se que todos os órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama estão articulados, de forma que as atribuições de um não são prevaletentes em relação às dos outros. Há, na realidade, uma cooperação e não superposição ou subordinação entre eles, inexistindo qualquer hierarquia entre os órgãos federais, estaduais ou municipais. Nesse sentido, ensina Marcela Albuquerque Maciel, em doutrina recomendada sobre o assunto:

No que pertine ao nível único de competência para licenciar, é também da própria CF/88 que podemos extrair a necessidade de cooperação entre os entes da federação quando do exercício da competência material comum, ou seja, que esse exercício de atribuições não pode se dar de forma indiscriminada ou por superposição. Não é razoável, assim, o entendimento de que o licenciamento ambiental possa se dar de forma dúplice e até tríplice, com evidente desperdício de esforços e contrariamente à necessidade de atuação integrada dos entes federativos².

58. Nesse sentido, não cabe aos Municípios ou aos Estados pedirem autorização à União para exercerem o poder de polícia administrativa, para organizarem seus serviços administrativos ou para utilizarem os instrumentos da política nacional do meio ambiente, entre os quais se inclui o licenciamento ambiental. Essa regra geral é excetuada nas situações específicas em que há a necessidade de anuência prévia de determinado ente ao licenciamento ambiental, por força de ato normativo, como ocorre, por exemplo, com a exigência de anuência prévia do Ibama à supressão de vegetação no Bioma Mata Atlântica, ainda que o empreendimento seja licenciado pelo Estado ou Município³, nos casos previstos na legislação aplicável.

59. Contudo, apesar da independência de cada órgão para atuar, na esfera de sua competência, 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 celebração de um instrumento bilateral, que formalize o acordo. Segundo a Lei:

² MACIEL, Marcela Albuquerque. Ob. Cit.

³ Decreto nº 6.660/2008.

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

60. O ato de delegação, nos termos da nova Lei, pode ser praticado por qualquer ente federativo, desde que o órgão que receba a atribuição 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 9.784/1999:

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.

61. 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.

62. 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 aceção 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.⁴

63. 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.

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.⁵

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 187 a 189.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª edição. São Paulo: Dialética, 2008. p. 871.

64. 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 ajuste ora em análise, portanto, que formaliza delegação de competência licenciatória, tem natureza convencional.

65. 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.

66. Assim, havendo, no caso concreto, 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;

(...)

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

(...)

67. 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.

68. 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 ao Decreto nº 6.170/2007 e à 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.

69. Assim, 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.

70. 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.

71. O Acordo de Cooperação, celebrado com vistas a formalizar delegação de competência ambiental licenciatória, deve obediência, no que couber, 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.

(...)

VI - DAS AÇÕES SUPLETIVAS E SUBSIDIÁRIAS PREVISTAS NA LC Nº 140/2011

72. Além da possibilidade legal de delegação da competência originária dos entes federativos para promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades,

impende ressaltar a previsão legal de outras formas de cooperação, previstas na LC nº 140/2011. Vejamos o que estabelece a Lei no que tange às ações supletivas e subsidiárias, que poderão ser praticadas no âmbito do processo de licenciamento ambiental:

Art. 15. Os entes federativos devem atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses:

I - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação;

II - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e

III - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos.

Art. 16. **A ação administrativa subsidiária dos entes federativos** dar-se-á por meio de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação.

Parágrafo único. A ação subsidiária deve ser solicitada pelo ente originariamente detentor da atribuição nos termos desta Lei Complementar. (Grifos nossos)

73. A atuação subsidiária deverá ser solicitada pelo ente originariamente competente, sendo que, nesse caso, haverá apenas apoio, seja técnico, científico, administrativo ou financeiro, e não substituição de competência do ente solicitante.

74. Com efeito, nos termos do dispositivo legal acima transcrito, a atuação subsidiária, se solicitada pelo órgão licenciador competente, provocará uma cooperação de outro ente federativo na condução dos processos de licenciamento/autorização, por meio da qual será repassado conhecimento técnico-científico ou estrutura necessária às análises a serem realizadas durante o processo de licenciamento. Nessa situação, o órgão solicitado apenas apoiará o ente originariamente competente, o qual continuará sendo o verdadeiro responsável pela condução do processo.

75. Por outro lado, sendo interesse dos dois órgãos ambientais a transferência da condução em si do processo, deverão as partes firmar um instrumento bilateral de delegação. Como visto, tal forma de cooperação poderá ser formalizado por meio de convênio, se houver transferência de recursos financeiros, ou de acordo de cooperação técnica, sem repasse orçamentário. No caso de delegação, é imprescindível que haja interesses recíprocos, e a tramitação de um procedimento prévio de análise técnica e jurídica, com autorização e assinatura da autoridade competente, no caso, o Presidente do Ibama.

76. Assim, para que esta Autarquia ambiental venha a conduzir processos de licenciamento/autorização que não sejam de sua competência, nos termos da nova Lei, não é suficiente que o Estado requeira e que os órgãos descentralizados do Ibama (Superintendências) autorizem a assunção de tal atribuição. Será imprescindível a instauração de um processo administrativo, instruído com manifestações técnica e jurídica, e com todas as formalidades exigidas por lei para celebração de convênios ou acordos de cooperação técnica.

77. Por outro lado, se a intenção do ente competente para licenciar for apenas de obter de órgão diverso alguma forma de cooperação, mantendo-se a atribuição original de conduzir o processo, poderá haver um pedido de ação administrativa subsidiária. Nessa situação, haverá apenas a prestação de um apoio (técnico, científico, administrativo ou financeiro), não se delegando a atribuição de conduzir o processo de licenciamento/autorização.

78. Contudo, em qualquer caso de cooperação, a ser exercida pelo Ibama, é recomendável que haja alguma espécie de formalização do tipo e das condições do apoio que serão prestados. Em havendo transferência de recursos financeiros, não há como se dispensar a celebração de Convênio, com todas as formalidades necessárias ao controle financeiro que envolve questões orçamentárias. Na situação de mero auxílio técnico ou científico, que pode ocorrer, por exemplo, com a disponibilização temporária de conhecimento e trabalho de determinado(s) servidor(es) do Ibama, é imprescindível que se faça documentar a forma do apoio, mesmo porque o ajuste do ponto eletrônico, que registra a presença do servidor nas dependências do Ibama, exige a adoção de formalidades mínimas por parte do gestor da unidade.

79. Por fim, cabe analisar a possível atribuição supletiva, também prevista no art. 15 da LC nº 140/2011, já transcrito, mas que não se confunde com a ação administrativa subsidiária.

80. A expressão “supletivo” remete à ação de suprir, verbo referente, em regra, à atividade de preencher, ocupar e substituir. Assim, diferentemente da atuação subsidiária, em que haverá um apoio de ente diverso na condução do procedimento, na ação supletiva, o Ibama ou o órgão estadual assumirá o processo, mesmo porque estar-se-á diante da inexistência de órgão ambiental capacitado, com atribuição licenciatória originária.

81. Além dos casos de inexistência do órgão com capacidade para conduzir o respectivo processo de autorização/licenciamento, a competência supletiva poderá ser exercida nas situações de descumprimento dos prazos previstos em normas para tramitação dos processos de licenciamento. Segundo a LC nº 140/2011:

Art. 14. Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento.

(...)

§ 3º O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, **mas instaura a competência supletiva referida no art. 15.** (Grifos nossos)

82. Assim, seja no caso de descumprimento do prazo, seja nas situações de reconhecida inexistência de capacidade do órgão originariamente competente, poderá o Ibama atuar, de forma supletiva, conduzindo o processo de autorização ou licenciamento em questão. Não se pode negar, contudo, que a aferição da incapacidade do órgão ambiental competente envolve um certo grau de subjetivismo dos entes envolvidos, o que deve ser reduzido ao seu grau mínimo. Diante disso, entende-se cabível utilizar a caracterização de capacidade do órgão descrita na LC nº 140/2011, prevista para condicionar a realização de delegação de competência. Assim, embora tal conceituação tenha sido inserida em contexto diverso

(delegação e não atuação supletiva), entende-se válida sua utilização para orientar a ação supletiva do Ibama, por ser esta a única caracterização legal existente. Nos termos da Lei, portanto:

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)

83. Ainda que utilizado o conceito acima, observa-se que não será tarefa fácil a caracterização da tal “incapacidade”, podendo surgir, na prática, diversas controvérsias sobre o assunto. Isso porque o próprio Ibama pode, em determinado momento, não possuir o número adequado de técnicos, devidamente habilitados em cada área de conhecimento, para atender à enorme demanda de ações administrativas que lhe é diariamente submetida.

84. Seria irrazoável, assim, impor ao Ibama a assunção, em caráter supletivo, de todos os processos de licenciamento, estaduais ou municipais, em que se alega qualquer espécie de deficiência de estrutura técnica ou em que se sustenta equívoco na condução do procedimento licenciatório por parte do órgão competente. Deve-se preservar a esfera de discricionariedade técnica de cada órgão ambiental, que compreende certa liberdade na condução do processo, em obediência à legislação aplicável. Além disso, cabe reconhecer que a própria Autarquia Federal não está imune à carência de pessoal técnico, principalmente em momentos de elevada demanda de pedidos de licenciamento ambiental. Diante disso, para subsidiar a análise de necessidade de atuação licenciatória supletiva, entende-se recomendável a adoção de critério menos rigoroso, em relação ao que se deve compreender como adequada capacidade técnica do ente originariamente competente.

85. Diante disso, e com o fim de evitar distorções, abuso, e imposições irrazoáveis de assunção da competência supletiva, principalmente por parte de órgãos de controle, entende-se imprescindível que a “incapacidade” de um determinado órgão seja reconhecida pelo ente que agirá supletivamente, após provocação/pedido de ação supletiva, a ser apresentado pelo órgão incapacitado ou por alguma instituição de controle, a exemplo do Ministério Público.

86. Por fim, cabe ressaltar que nos casos de reconhecida necessidade de atuação supletiva, o Ibama (ou o órgão estadual no caso de incapacidade do ente municipal) deve formalizar a assunção de tal competência, enviando um ofício, ao ente originariamente competente, por meio do qual será solicitado o encaminhamento dos autos administrativos correspondentes à Autarquia Federal. Tal notificação administrativa mostra-se imprescindível, para formalizar a necessidade de alteração na condução do procedimento licenciatório, tendo em vista que, nos termos da legislação em vigor, é proibida a duplicidade de licenciamento ambiental de um mesmo empreendimento/atividade. É o que estabelece a LC nº 140/2011:

Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.

§ 1º Os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental.

87. Nesse sentido, caso o órgão licenciador originariamente competente não concorde com a necessidade de atuação supletiva do Ibama, em determinado caso concreto, restará à Autarquia Federal solicitar atuação judicial por parte da sua Procuradoria Federal Especializada, com vistas a provocar o Poder Judiciário na solução do impasse. Entendendo, contudo, não ser necessária a judicialização da questão, poderá o Ibama, por meio de seus Núcleos de Licenciamento Ambiental ou de sua Diretoria de Licenciamento Ambiental, manifestar-se, de forma não vinculante, no mérito do licenciamento conduzido por órgão diverso, fazendo propostas de novas exigências ou alterações de procedimentos, conforme previsto no parágrafo único do art. 13 acima transcrito.

VII - REGRA DE TEMPORALIDADE

88. Tendo em vista que a Lei Complementar nº 140/2011 alterou substancialmente a redação do art. 10 da Lei nº 6.938/81, esta Orientação Jurídica Normativa se aplica tão somente aos licenciamentos ambientais já iniciados quando da vigência da Lei Complementar nº 140/2011, e nos demais processos, aqueles iniciados anteriormente ao advento desta lei, continuará sendo aplicada a OJN nº 15, observando-se, em todo caso, as considerações expostas do Título III desta OJN nº 43.

VIII - DAS CONCLUSÕES

89. Ante o exposto, conclui-se que a sistemática de divisão de competência entre os órgãos ambientais nas três esferas de Governo foi substancialmente alterada pela Lei Complementar nº 140/2011, com a mais recente complementação inaugurada com o Decreto nº 8.437/2011. Nos termos da vigente Lei Complementar, têm-se que:

- a) A regra atribui aos órgãos ambientais dos Estados a competência residual para licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais. Excetuarão a competência licenciatória estadual as atividades que causem impactos meramente locais (art. 9º), em que a competência será dos órgãos municipais, e aquelas que possuam determinadas características especiais, seja em razão da localização, seja pelo caráter da atividade (art. 7º);
- b) Em relação à competência do Ibama, a nova Lei dispensou qualquer outro requisito (como a abrangência do impacto ambiental), além daqueles especificados nas alíneas do inciso XIV do art. 7º, com as complementações atualmente previstas no Decreto nº 8.437/2015, que regulamentou as tipologias a que alude a alínea "h" desse mesmo inciso;
- c) A condução do processo licenciatório, iniciado com base na competência definida em legislação não mais vigente, deve ser finalizado pela mesma instância licenciatória, sem solução de continuidade. Cabe, contudo, a transferência da condução do processo após a finalização do procedimento, após exarada a competente Licença de Operação, devendo suas renovações serem

processadas pela nova instância competente, por analogia ao que estabelece o art 4º do Decreto nº 8.437/2015;

d) Deve-se 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 perfeitamente de acordo com a atual Lei. Ademais, o artigo legal regulamentado pelo citado dispositivo, qual seja, o § 4º do art. 10 da Lei nº 9.638/1981, restou expressamente revogado pelo art 21 da LC em análise;

e) No caso de Áreas de Proteção Ambiental - APAs, a competência do Ibama não existirá apenas em razão do ente instituidor da unidade de conservação. Será necessário que algum dos critérios previstos nas alíneas indicadas do inciso XIV do art. 7º esteja presente no caso concreto;

f) A LC nº 140/2011 previu a possibilidade de delegação de competência licenciatória entre os entes federativos, que exige a formalização de um instrumento de cooperação, seja ele convênio (com repasse de recursos financeiros) ou acordo de cooperação (sem transferência orçamentária);

g) Ainda como forma de cooperação válida, previu-se a atuação subsidiária, que deverá ser solicitada pelo ente competente para licenciar, havendo apenas apoio, seja técnico, científico, administrativo ou financeiro, e não substituição de competência do ente solicitante;

h) Poderá, ainda, o Ibama atuar, na condução dos processos de licenciamento, de forma supletiva, seja no caso de descumprimento do prazo, seja nas situações de reconhecida inexistência de capacidade técnica do órgão originariamente competente.