



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E
DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - SEDE
COJUD - COORDENAÇÃO NACIONAL DE CONTENCIOSO JUDICIAL - PFE-IBAMA/SEDE

PARECER n. 00041/2017/COJUD/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU

NUP: 00435.017777/2017-50

INTERESSADOS: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTROS

ASSUNTOS: ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL. OCUPAÇÕES, EMPREENDIMENTOS OU ATIVIDADES IRREGULARES. INFRAÇÃO AMBIENTAL. FISCALIZAÇÃO. DEVER PRIMÁRIO DO ENTE COMPETENTE PARA LICENCIAR DENTRO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO (UC) E DO ÓRGÃO GESTOR DA UC. EM RELAÇÃO ÀS UCs FEDERAIS, TAL MISTER COMPETE, DEPOIS DE 2007, AO ICMBIO. COMPETÊNCIA COMUM NA FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL QUE DEVE SER LIDA À LUZ DO FEDERALISMO COOPERATIVO (PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SUBSIDIARIEDADE). NECESSIDADE DE GARANTIA DO PODER-DEVER DO ENTE PRIMARIAMENTE COMPETENTE PARA A FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL, SOB PENA DE IRRESPONSABILIDADE E ESAZIAMENTO FEDERATIVO. EMPREENDIMENTOS OU ATIVIDADES EM DOMINIALIDADE FEDERAL (BENS DA UNIÃO, COMO FLORESTAS PÚBLICAS) OU ZONA COSTEIRA, POR SI SÓ, NÃO ATRAEM A COMPETÊNCIA DO IBAMA PARA LICENCIAR OU FISCALIZAR. PODER DE POLÍCIA DA SOBRE BENS DA UNIÃO CONTRA OCUPAÇÕES IRREGULARES É DA UNIÃO (SPU/MPOG), NÃO DO ÓRGÃO AMBIENTAL. OMISSÃO DO ÓRGÃO AMBIENTAL PRIMARIAMENTE COMPETENTE APTA A DEFLAGRAR O BENEFÍCIO DE ORDEM (COMPETÊNCIA SUPLETIVA COMPULSÓRIA) DEVE SER GRAVE, NÃO BASTANDO A MERA INANIÇÃO. É IMPERIOSO QUE SE CONSTATE QUE A INÉRCIA DECORRE DE UMA TOTAL FALTA DE INFRAESTRUTURA CAPAZ DE TORNAR O ESTADUAL OU MUNICIPAL COMPLETAMENTE INOPERANTE. RACIOCÍNIO DIVERSO SÓ CONDUZIRIA A SOBRECARGA DO ÓRGÃO ESCOLHIDO PARA SANAR A OMISSÃO, ALÉM DE ATENTAR CONTRA O ÂMAGO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO DE DESCENTRALIZAR AS ATRIBUIÇÕES, E NÃO DE CONCENTRÁ-LAS NO ÓRGÃO ESCOLHIDO. COMPETÊNCIA SUPLETIVA COMPULSÓRIA DIANTE DE SITUAÇÕES EMERGENCIAIS, AUTORIZANDO O USO DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS.

I – Ação Civil Pública para obrigar o Ibama a fiscalizar, de forma solidária com órgãos ambientais locais e com a União, diversas ocupações irregulares em bens da União (v.g., terrenos de marinha), áreas de preservação permanente (APPs) ou mesmo Áreas de Proteção Ambiental (APAs).

II – A incompetência do Ibama em licenciar acarreta a aplicação do princípio constitucional da subsidiariedade nas atividades de fiscalização ambiental, com a consequente ausência do dever de fiscalizar de forma primária. Dever principal do órgão licenciador e do gestor da unidade de conservação ou, em suas ausências, de forma secundária e escalonada do órgão municipal, estadual e federal. Leitura conforme a regulamentação da competência comum ambiental pela Lei Complementar 140/2011. Mesmo em se tratando de atividades não licenciáveis ou autorizáveis, a aplicação do princípio constitucional da subsidiariedade implica na competência primária para a fiscalização ambiental do ente federativo municipal ou estadual, somente passando para os entes de maior abrangência territorial (Estados e União) quando o de menor abrangência não conseguir se desincumbir do encargo.

III – Competência comum para fiscalizar o meio ambiente deve ser lida à luz do federalismo cooperativo, especialmente pelo princípio constitucional da subsidiariedade. Reconhecimento de benefício de ordem dos entes federativos para proceder a fiscalização ambiental quando não prevista em seu planejamento, na sua zona de discricionariedade.

IV – Ausência de competência primária do Ibama para fiscalizar APA. Situação inalterada, se for após a criação do ICMBio, ainda que seja APA federal, tendo em vista a competência fiscalizatória deste enquanto gestor da unidade de conservação (OJN 17/2010/PFE-IBAMA). Competência fiscalizatória do Ibama ditada pela LC 140/11 (art. 7º c/c 17).

V – Inexistência de competência federal para licenciamento ou autorização ambiental em razão da dominialidade do bem, de ele estar na zona costeira ou integrar o patrimônio nacional (CF, art. 225, § 4º). Precedentes. Empreendimentos, obras ou atividades concomitantes terra-mar (LC 140, art. 7º, parágrafo único) são de competência dos Estados-membros, exceto se previstos na tipologia. Águas interiores, ainda que marítimas, não se compreendem na competência para licenciar ou autorizar ambientalmente da União, pois somente após a linha de base se caracteriza o mar territorial.

VI – Poder de polícia sobre bens da União contra ocupações irregulares é da União (SPU/MPOG), não do órgão ambiental. Dever de recuperar área, ainda que do ponto de vista ambiental, é do titular do domínio, posse ou detenção do bem, como destaca o *Parquet*.

VI – Impossibilidade de se exigir a fiscalização ambiental sem a prova do cumprimento desse benefício de ordem. Omissão dos entes federativos que deflagram o benefício de ordem (competência supletiva compulsória) deve ser grave, sob pena de se estimular a irresponsabilidade federativa, com a quebra de harmonia do sistema federativo. Se a mera omissão a caracterizasse, haveria sobrecarga da União ou dos Estados-membros, estimulando uma irresponsabilidade federativa. Deve-se evitar exegeses que conduzam ao absurdo, como seria aquela que deslocasse o dever primário de fiscalização a outro ente apenas porque o detentor original se omite. É imperioso que se constate que a inércia decorre de uma total falta de infraestrutura capaz de tornar o órgão estadual ou municipal completamente inoperantes, fazendo profunda investigação nesse sentido (analogia com o artigo 15 da LC 140/11). Na fiscalização, o dever primário decorre da distribuição das atividades administrativas na LC 140/11, o que não permite escolha e gera um dever de se aparelhar para tanto, dentro da razoabilidade. Não pode ser qualquer omissão que deflagra esse dever cooperativo, ainda mais tendo em conta que só haveria transferência de problema, uma vez que haveria sobrecarga no órgão que sanaria a omissão, além de ir contra o princípio federativo de descentralizar as atribuições, e não concentrá-las.

VII – Competência supletiva compulsória diante de emergência ambiental, conceito que não se equipara ao de infração ambiental permanente, mas ao de perecimento de direito do processo civil, sob pena de se esvaziar o conceito de emergência e reduzi-lo praticamente ao de infração ambiental. Garantia de uso de cautelares, inclusive atípicas (LC 140/11, art. 17, § 2º, c/c Lei 9.784/99, art. 45).

VIII – Ilegitimidade passiva do Ibama sem a comprovação desse benefício de ordem, especialmente diante dos casos nos quais o órgão estadual do meio ambiente nem é demandado.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo no qual foi solicitada a manifestação dessa PEF-Ibama/Sede em relação a dezenas de ações civis públicas ajuizadas com a finalidade de que o Ibama exerça a sua competência fiscalizatória supletiva em relação a ocupações irregulares em bens da União (v.g., terrenos de marinha, florestas públicas), áreas de preservação permanente (APPs) ou mesmo Áreas de Proteção Ambiental (APAs).

2. Normalmente se requer a condenação solidária da União, Ibama e órgão municipal de meio ambiente, deixando de fora o órgão estadual, sem motivo aparente.

3. Alega-se que o Ibama se omite em seu dever de defender o meio ambiente porque deixa de adotar medidas de fiscalização, tanto administrativas (v.g., ASV em bens federais, AIs e embargos) quanto judiciais (ajuizamento ACPs).

4. O Ibama, mediante sua Diretoria de Proteção (Dipro), emitiu manifestação no sentido de que não deve substituir os demais órgãos do Sisnama na atividade de fiscalização ambiental, sob pena de inviabilizar as suas metas estratégicas de combate ao desmatamento ou demais infrações ambientais, na qual conclui:

6.1. Entende-se que não é cabível que o IBAMA seja responsabilizado nesse tipo de ACP por omissão ou atuação ineficiente em atividades que não fazem parte das suas atribuições prevalentes, muito menos que seja condenado a identificar as áreas degradadas em terrenos da União e que promova a recuperação ambiental nas áreas ilegalmente ocupadas existindo órgãos ambientais locais.

6.2. Entende-se, igualmente, que a condenação do IBAMA nessa lide prejudicaria a atuação do órgão no desempenho de suas atribuições prevalentes, uma vez que os recursos financeiros e a capacidade instalada do órgão não será alterada em decorrência de uma condenação com diversas obrigações de fazer.

[Nota Técnica 79/2017/CODIF/CGFIS/DIPRO – PA 02001.111010/2017-41]

5. É relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1 Incompetência do Ibama para licenciar as edificações irregulares gera aplicação do princípio constitucional da subsidiariedade em relação à fiscalização ambiental: ausência do dever de fiscalizar de forma primária

6. O Ibama *não tem e nem tinha* competência para licenciar construções irregulares, estejam elas localizadas em terrenos da União, APPs ou APAs, ainda que estas fossem federais, uma vez que sob a égide da legislação revogada pela LC 140/11, a Resolução Conama 237/97, art. 4º, I) somente previa competência para licenciar se a UC fosse de domínio federal, o que pressupunha (i) instituição pela União e (ii) sua dominialidade (propriedade).

7. Com o advento da LC 140/11, art. 7º, XIV, *d*, não apenas esse critério foi substituído pelo de criação, como foram expressamente excluídas as APAs. Consta do dispositivo:

d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

8. Ademais, o fato de se tratar de construção ou atividade em área de UC de domínio da União, por si só, não deflagrava a competência do Ibama, pois ainda se exigiria significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional do empreendimento ou atividade, o que não é o caso de ocupações irregulares tratadas no presente caso.

9. Pela Resolução Conama 237/97, para haver competência do Ibama deveria existir significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional (art. 4º, *caput*). Não bastava que a área estivesse em UC instituída e de domínio da União e o empreendimento ou atividade não fosse de significativo impacto ambiental, uma vez que os incisos do artigo 4 devem ser lidos em consonância com o *caput*. Ademais, a previsão da Resolução Conama 237/97 regulava a competência licenciatória do Ibama nos moldes estabelecidos pela Lei 7.804/1989, que alterou o artigo 10, § 4º, da Lei 6.938/81. Foi esse dispositivo legal, hoje revogado pela LC 140/11, que a Resolução Conama 237/97 regulou, e ele não deixa margem de dúvida sobre a necessidade de se ter significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, para autorizar a competência do Ibama:

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no *caput* deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

10. Em suma, a Conama regulamentou o significativo impacto ambiental descrevendo as situações nas quais ele ocorreria. No entanto, essas situações não eram meramente formais, havia a necessidade de trazer substancialidade ao conceito de significativo impacto ambiental, como foi reconhecido na OJN 51/2015/PFE-IBAMA/PGF/AGU, sob pena de ignorar a Lei 6.938/81.

11. Tal situação fica ainda mais clara com o advento da LC 140/11 que, ao eliminar o critério de significativo impacto ambiental, previu as competências licenciatórias em seu artigo 7º, excluindo, expressamente, do licenciamento federal, atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em APA federal (XIV, *d*).

12. A incompetência do Ibama em licenciar acarreta a aplicação do princípio constitucional da subsidiariedade nas atividades de fiscalização ambiental.

13. A competência para fiscalizar, do ponto de vista primário, no regime estabelecido pela LC 140/11 (art. 17), atrela-se à competência para licenciar, que, como visto, não pertence ao Ibama.

14. Deve-se entender por órgão competente primariamente para fiscalizar aquele que detém competência para licenciar, ainda que em tese, a atividade ou empreendimento, não excluindo por completo a competência fiscalizatória de outros entes uma vez que a esses podem autuar baseados na competência comum para a proteção do meio ambiente (CF, art. 23), mas sempre de acordo com sua discricionariedade em termos de combate à infrações ambientais, balanceando dois valores constitucionais: a competência comum e o princípio da subsidiariedade. Em suma, no sistema normativo vigente, os órgão e entidades de proteção ambiental, nas diversas esferas da federação, não podem ser obrigados a fiscalizar, sem que haja a comprovação da impossibilidade de fiscalização pelo órgão/entidade competente para licenciar (primariamente competente para fiscalizar), aplicando-se aqui a supletividade.

15. Como será visto, existe uma equivocada concepção de que se pode chamar qualquer órgão do Sisnama com competência para fiscalizar para exercer a proteção do meio ambiente, o que configura equivocado, especialmente pós LC 140.

16. A competência comum para fiscalizar o meio ambiente deve ser lida à luz do federalismo cooperativo, especialmente pelo princípio constitucional da subsidiariedade, o que traz a necessidade de se garantir a prerrogativa do ente primariamente competente, criando uma espécie de "benefício de ordem" entre os entes federativos e

órgãos/entidades do Sisnama, para proceder a fiscalização ambiental. Sob o ponto de vista do ente que não detém competência primária para fiscalizar, há que se garantir o seu poder/dever de agir de acordo com o seu planejamento estratégico, na sua zona de discricionariedade, ainda que haja um benefício de ordem em termos de fiscalização.

17. Ademais, nem a competência para fiscalizar, nem a para licenciar se baseiam na dominialidade do imóvel, mas nos critérios da LC 140/11, fazendo com que o objeto de tal ajuste esteja fora de suas finalidades institucionais primárias. Essa especializada já enfrentou o mesmo problema em diversos pareceres jurídicos (v.g., Parecer 131/2013/CONEP/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU e Parecer 20/2013/GABIN/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU), sendo esses entendimentos cristalizados na OJN 52/2015/PFE-IBAMA, aprovada pela Presidência do Ibama e, conseqüentemente vinculando os seus membros, cuja trecho da ementa é elucidativo:

I. Solicitação da SPU para levantamento de áreas de preservação permanente em terrenos de marinha.

II. Atividade que não compete ao Ibama, eis que não consta do rol de suas finalidades institucionais (Lei nº 7.735, de 1989, Decreto Federal nº 6.099, de 2007, Anexo da Portaria do Ministério do Meio Ambiente nº 341, de 31 de agosto de 2011).

III. De acordo com a Lei Complementar nº 140, de 2011, os Órgãos do SISNAMA devem focar a sua atuação fiscalizadora primordialmente nos empreendimentos/atividades que licenciam.

IV. Diante da regra do artigo 7º, inciso XIV, combinado com artigo 17, ambos da LCP 140, pode-se asseverar que não é atribuição primária do Ibama a fiscalização dos imóveis da União, localizados na costa brasileira.

V. O exercício das ações de fiscalização, pelo Ibama, está pautado em política traçada em lei e em diretrizes emanadas do Poder Executivo Federal, as quais se materializam no Plano Anual de Proteção Ambiental – PNAPA.

18. Diante desse quadro, como o Ibama não licencia em bens da União, APPs ou mesmo APAs, essa fiscalização cabe ao órgão estadual de meio ambiente (OEMA) ou mesmo ao municipal, órgãos que podem licenciar dentro da APA, APPs ou bens da União.

19. Em suma, o fato de existirem ocupações em alguns imóveis da União não atrai o licenciamento para a esfera federal e, de forma solidária, à fiscalização, devendo se chamar primeiro os órgãos locais de meio ambiente para fazê-lo, caso não haja órgão licenciador definido ou gestor da unidade de conservação.

2.2 A competência comum na fiscalização ambiental: princípio constitucional da subsidiariedade e necessidade de se garantir o poder-dever do ente, órgão ou entidade primariamente competente

20. A competência comum para fiscalizar o meio ambiente deve ser lida à luz do federalismo cooperativo, especialmente pelo princípio constitucional da subsidiariedade. Na esteira do que foi anteriormente, é reconhecida a existência de um “benefício de ordem” dos entes federativos com competência para a realização de ações de proteção ambiental, quando o objeto da ação fiscalizatória não estiver previsto em seu planejamento estratégico, confeccionado dentro de sua zona de discricionariedade.

21. Havendo competência comum para se proteger o meio ambiente (CF, art. 23) criou-se um mito de que todas as três esferas federativas tinham dever de tutelar o bem protegido, sem qualquer disciplina racional do exercício dessa competência. De acordo com essa equivocada interpretação da norma constitucional, qualquer das três esferas podia ser provocada para que realizasse a fiscalização ambiental, ficando a escolha de qual (União, Estado ou Município) ao exclusivo talante do requerente. Essa equivocada concepção é aplicada até mesmo no interior do ente federativo, fazendo com que órgãos/entidades que têm poder supletivo em termos fiscalizatórios, em relação a outros, fossem obrigados a fiscalizar sem que o original fosse. É o caso do Ibama com o ICMBio, que detém primazia fiscalizatória ambiental nas unidades de conservação sob sua tutela.

22. Esse mito nasceu de uma *compreensão singela da competência comum: o de que ela, justamente por ser comum, deveria sempre, e sem o estabelecimento de qualquer critério de racionalização do uso da máquina estatal* (“benefício de ordem”), *ser desempenhada, indiscriminadamente, por todos os entes com competência para a realização de ações de proteção ambiental*. Tal interpretação rasa da norma constitucional fere o princípio constitucional da subsidiariedade do direito público e a concepção do federalismo cooperativo.

23. O federalismo cooperativo tem em mira evitar a sobreposição inútil e dispendiosa da atuação dos entes estatais, como doutrina Luís Roberto Barroso (*Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, tomo II, p. 128). O federalismo cooperativo trabalha com coordenação entre os entes políticos, sendo pautado por uma racionalidade que visa evitar o desperdício dos escassos recursos estatais. Logo após a promulgação da Constituição de 1988, Leonardo Greco já lecionava que nessa “área de administração comum não deve estar sujeita a desperdício de esforços e à superposição de atividades, muito menos ao entrecchoque de ações administrativas de órgãos entre si autônomos, mas que todos, sob a égide da lei, devem agir de maneira harmoniosa e cooperativa” (Competências constitucionais em matéria ambiental. *Revista de Informação Legislativa*, a. 29, nº 116, p. 135-152, Brasília: Senado, out/dez. 1992, p. 140).

24. As competências comuns, sob essa ótica cooperativa, devem ser regulamentadas pela LC, no caso a LC 140/11, mas sem que se elimine a competência de um ente federativo, como bem destaca Gilberto Bercovici (A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro, *Revista de Direito Sanitário*, v. 3, n. 1, p. 13-28, São Paulo: USP, mar. 2002, p. 18), e nem se perca a coordenação entre os entes políticos, mormente tendo-se em vista o princípio constitucional da subsidiariedade.

25. Entretanto, coordenar as competências comuns não significa que não possa haver sobreposição ou atuações descoordenadas, gerando desperdício de conhecimento acumulado e deslocamentos desnecessários, atropelando, desse modo, o planejamento da política pública de fiscalização do órgão ambiental por uma visão desvirtuada das competências administrativas comuns.

26. Paulo José Leite Farias também entende que se deve evitar a sobreposição de atuações, uma vez que “o significado do adjetivo ‘comum’ na Constituição Federal é inconfundível com as conotações que se reconhecem aos vocábulos ‘concorrente’ e ‘simultâneo’” (Competência comum e o federalismo cooperativo na subsidiariedade do licenciamento ambiental – avanços da Lei Complementar nº 140/2011 na proteção do meio ambiente. *Revista de Informação Legislativa*, a. 51, nº 203, p. 39-51, Brasília: Senado, jul./set. 2014, p. 47). Leciona que o artigo 23 da Constituição Federal “não implica – nem se pode conceber que implique – superposição de poderes, de modo a propiciar manifestações conflitantes ou contraditórias das diferentes pessoas políticas, em face de um mesmo assunto” (p. 40).

27. Entender que todos os entes devem fiscalizar ao mesmo tempo, ou independentemente de qualquer “benefício de ordem”, constitui-se em equívoco não apenas pelo completo desprestígio do legislador, mas também porque imobiliza e torna absoluto uma determinada exegese constitucional, o que nem o próprio STF admite, além de não existir exegese do STF no sentido de que todos os entes precisam fazer tudo ao mesmo tempo ou independentemente de qualquer ordem. A ADI 2.544 não tem esse alcance e nem a LC 140/11 não demitiu nenhum ente político de atuar ambientalmente, apenas regulou a eventual sobreposição, que de forma alguma aniquila a capacidade fiscalizatória dos outros entes, mas apenas impõe um “benefício de ordem” na fiscalização ambiental.

28. Ademais, a LC 140/11 pode desenvolver e concretizar a Constituição, exatamente como deve ocorrer em uma democracia, sendo perfeitamente válido racionalizar a atuação dos entes federados, ainda que alterando eventual exegese em sentido contrário, ainda que esta seja do STF, o que viu-se não ser o caso. Como bem lembrou o Min. Marco Aurélio no MS 32.033/DF

Em diversas ocasiões [ADIs 152/MG, 122/DF e 2.253/ES], o Supremo havia fixado a interpretação de que a expressão “funções de magistério”, prevista no § 5º do artigo 40 da Constituição Federal, para efeito de cômputo de tempo de aposentadoria especial relativa à carreira de professor, deveria ser compreendida estritamente como “funções de docência exercidas em sala de aula”. O Tribunal chegou a editar o Verbete nº 726 da Súmula, estampado que, “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de sala de aula”. Assim, o profissional “professor” não poderia contar, para a aposentadoria especial da carreira, o tempo de atividade de caráter administrativo na área de educação, como a atividade de diretor de escola ou de coordenador escolar, sendo válido apenas o tempo de ensino propriamente dito – em sala de aula.

Essa orientação foi posteriormente desafiada pela Lei federal nº 11.301, de 2006, segundo a qual “funções de magistério”, para efeito de concessão de aposentadoria especial aos professores, deveriam ser compreendidas como as “exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas”, incluídas, “além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.” Ao expandir o sentido da expressão constitucional “funções de magistério” para alcançar “serviços educacionais prestados fora de sala de aula” – direção, coordenação e assessoramento pedagógico –, o legislador ordinário, a toda evidência, procurou reverter a interpretação constitucional anteriormente consolidada pelo Supremo.

A lei foi impugnada por meio da citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772. O autor – Procurador-Geral da República – sustentou que a norma implicou inobservância aos precedentes do Supremo, inclusive ao Verbete nº 726. O Supremo recusou os argumentos e reconheceu a superação, mediante lei ordinária, da interpretação anterior do artigo 40, § 5º, da Carta Federal, modificando, ele mesmo, a orientação antecedente quanto ao tema. Entrou no debate sobre os significados constitucionais com o legislador ordinário e *permitiu que a Constituição fosse desenvolvida e concretizada também na arena parlamentar, exatamente como deve ocorrer em uma democracia real.* (Voto do Min. Marco Aurélio no MS 32.033/DF, páginas 246-247 – destacou-se)

29. Em relação à suposta obrigação de todos os entes federados, ou órgãos/entidades, exercerem a fiscalização ambiental independentemente de qualquer ordem, ou disciplina de atuação, alguns aspectos precisam ser destacados.

30. Frise-se, em primeiro lugar, que nem mesmo exegese do STF existe no sentido de que todos os entes precisam fazer tudo ao mesmo tempo, ou independentemente de qualquer ordem. Falta uma exegese do STF clara no

sentido de que o artigo 23, parágrafo único, da Constituição, vedaria uma regulamentação racionalizadora, o que parece não ser o caso. A ADI 2.544 apenas decidiu que a “inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas”.

31. Em outras palavras, a jurisprudência do Supremo está longe de impor ou admitir que mais entidades realizando a mesma tarefa são mais afinadas com a competência comum. O que os entes não podem é se demitirem dos encargos constitucionais de proteção constantes da competência comum para “descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios” (ADI 2.544). A LC 140/11 não fez isso em momento algum, apenas regulou a eventual sobreposição, tornando prevalente ação fiscalizatória do ente licenciador, ou autorizador, em relação às atividades por ele licenciáveis, ou autorizáveis.

32. Desde a década de 90, o Decreto 99.274/90 (art. 21) estipula que cabe ao Ibama, em caráter supletivo à atuação dos órgãos seccionais estaduais e dos órgãos locais, a fiscalização e o controle da aplicação de critérios, normas e padrões de qualidade ambiental do licenciamento ambiental, não sendo exatamente novidade a atuação supletiva em matéria de fiscalização.

33. Na Portaria Ibama 24, de 16 de agosto de 2016 (Regulamento Interno de Fiscalização Ambiental – RIF), o Ibama tem se atentado para a fiscalização supletiva, quando fundamentada ou em situações emergenciais, bem como à imprescindibilidade do seu planejamento, visando obter eficiência, racionalidade e economicidade no atuar administrativo. Dispõe o normativo:

Das diretrizes

Art. 7º. São diretrizes gerais para a fiscalização ambiental:

I – realizar a fiscalização ambiental em conformidade com a *prevalência das competências estabelecidas pela Lei Complementar nº 140*, de 8 de dezembro de 2011, e pelas demais normas vigentes sobre o assunto;

II – realizar a fiscalização ambiental em caráter *supletivo ou subsidiário, quando explicitado formalmente ou em situações emergenciais*;

III – realizar ações de fiscalização ambiental alinhadas às diretrizes e orientações estabelecidas pela Presidência do Ibama e pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), em consonância com a política nacional do meio ambiente; [...]

XV – realizar ações de fiscalização ambiental de forma articulada com outras instituições visando otimizar resultados a partir da integração de esforços; [...]

Do planejamento

Art. 34. A fiscalização ambiental deve empregar o planejamento como instrumento para a definição de objetivos, ações e estratégias, e para a organização e o emprego eficiente e eficaz de pessoal, recursos financeiros, infraestrutura e demais meios, visando obter os melhores resultados possíveis no combate aos ilícitos ambientais.

34. Conceber a competência comum como um dever de fiscalizar todas as demandas apresentadas ao órgão ambiental, seja administrativa, seja judicialmente, ou por qualquer tipo de denúncia, sem que haja um benefício de ordem, traria consideráveis prejuízos ao bom funcionamento da federação, transformando a competência comum em competência do que foi primeiro demandado ou que teve ciência da infração ambiental, o que fere o senso do federalismo cooperativo lastreado no princípio constitucional da subsidiariedade. Em vista disso, o Ibama estabeleceu na já citada Portaria Ibama 24/16, que aprovou o seu RIF:

Art. 42. Com o objetivo de otimizar a capacidade instalada da fiscalização ambiental e priorizar o emprego estratégico dos recursos, o atendimento das denúncias será efetuado com base na prevalência de competências do Ibama, remetendo-se os demais casos ao órgão ambiental do ente federativo que detiver a competência de sua fiscalização ambiental.

35. O que a LC 140/11 preceitua, ao reconhecer a competência comum para fiscalizar (art. 17, § 3º), que compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização fiscalizar eventuais infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada (art. 17, *caput*). Estabelece uma prevalência que de forma alguma aniquila a capacidade fiscalizatória dos outros entes, mas impõe, a ser analisado sob a ótica da subsidiariedade, um benefício de ordem na fiscalização ambiental. Esse benefício de ordem não exclui a iniciativa do órgão/entidade ambiental não prevalente para fiscalizar o que estiver em seu planejamento, em sua área discricionária.

36. No sistema da LC 140, previram-se duas formas de supletividade na atuação dos entes públicos: uma de forma categórica, em relação licenciamento ambiental (art. 15), e a outra, de forma menos incisiva, em relação à fiscalização (art. 17). Na primeira das formas, apontada acima, a LC excluiu apenas a intervenção decisória de outros entes, mantendo a tomada de decisão em único nível (art. 13), mas não os alija do processo de licenciamento ambiental (art. 13, § 1º); na outra, apenas manteve a prevalência do órgão licenciador ou autorizador (art. 17, § 3º), mas também não admitiu a manutenção da atuação por mais de um ente ou a prevalência sobre o posicionamento do ente responsável pelo licenciamento ou autorização ambientais (OJN 49/2013/PFE-IBAMA/PGF/AGU, itens 27-28; BIM, Eduardo Fortunato.

Licenciamento Ambiental. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 77; FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 127).

37. No plano da fiscalização, a LC 140/11 vai além, ao prever que existe uma solidariedade cautelar para proteger o meio ambiente (art. 17, § 2º), que será explicada detalhadamente a frente, mas mesmo assim mantém a competência do órgão competente:

Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis.

38. A LC 140/11 não almejou alijar os entes não primariamente competentes da fiscalização ambiental (art. 17, § 3º), mas impôs uma exigência: a de que existe uma ordem a ser seguida. Em termos impositivos, é o licenciador ou autorizador do empreendimento ou atividade que tem o dever primário de fiscalizar, ainda que a atividade não tenha sido licenciada ou autorizada. Se o empreendimento ou atividade estiver localizado dentro de unidade de conservação, seu órgão gestor também tem o dever primário de fiscalizar conjuntamente com o órgão licenciador.

39. Mesmo em se tratando de *atividades não licenciáveis ou autorizáveis*, deve-se buscar o máximo possível, pela aplicação do princípio constitucional da subsidiariedade, deixar ao ente federativo municipal ou estadual a incumbência dessas atividades, somente passando para os entes de maior abrangência territorial (Estados e União) quando o de menor abrangência não conseguir se desincumbir do encargo. Isso não significa que haveria uma vedação à fiscalização ambiental por entes menos próximos, com maior abrangência territorial, mas apenas que em termos de dever existe uma espécie de "benefício de ordem".

40. Um dos pilares do federalismo democrático, como é o brasileiro, o princípio da subsidiariedade (institucional), tem como ideia central a de que apenas “quando ao nível inferior não seja possível a realização de determinada ação, de igual ou melhor forma, é que o nível superior deve receber a competência para agir” (ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 201).

41. O princípio da subsidiariedade pode ser aplicado nas relações entre estado e sociedade (estatal) e nas relações intergovernamentais (institucional) (TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 123). Consequentemente, a *União não deve assumir competências que podem ser efetuadas de forma mais eficiente pelos Estados, e estes, por sua vez, não devem fazer aquilo que pode ser executado pelo Município, evitando-se, dessa forma, sobreposição de funções, com desperdício de recursos estatais, prestigiando-se a eficiência e a economicidade*. Por isso, Augusto Zimmermann aduz que o princípio da subsidiariedade acarreta a justificável preocupação em “conferir à União apenas aquelas competências que não possam ser reservadas aos Estados, ou mais preferencialmente aos próprios Municípios” (*Teoria Geral do Federalismo Democrático*, 2ª ed., 2005, p. 204).

42. No Peru, Iván Lanegra Quispe, depois de recordar que é um princípio fundamental da organização estatal evitar a existência de duas ou mais entidades com a mesma função, “pois isso implicaria em uma duplicidade que gera, de um lado, desperdício de recursos e, de outro, do administrado, introduz elemento de incerteza que pode resultar em relevantes custos privados e sociais” (*El (Ausente) Estado Ambiental: razones para la reforma de las instituciones y las organizaciones públicas ambientales en el Perú*. Lima: Realidades S/A, 2008, p. 93 – tradução livre), doutrinou que a distribuição vertical de competências em matéria ambiental centra-se em dois critérios: o princípio da subsidiariedade e do rigor subsidiário. Pelo princípio da subsidiariedade,

a função ambiental específica deve ser desenvolvida pelo nível de governo mais próximo da população, portanto, o governo nacional não deve assumir competências que podem ser cumpridas mais eficientemente pelos governos estaduais, e estes, por sua vez, não devem fazer aquilo que pode ser executado pelos governos municipais, evitando-se a duplicidade e superposição de funções. (QUISPE, Iván K. Lanegra. *El (Ausente) Estado Ambiental: razones para la reforma de las instituciones y las organizaciones públicas ambientales en el Perú*. Lima: Realidades S/A, 2008, p. 96-97 – tradução livre)

43. Nem se pode argumentar que quanto mais órgãos ambientais fiscalizando, melhor para o meio ambiente. O argumento é falacioso porque ignora que uma atuação desordenada com sobreposições gera proteção ambiental deficiente porque há manifesta perda de eficiência na fiscalização. Dois órgãos protegendo ambientalmente o mesmo objeto impossibilita que um deles possa fiscalizar outro ainda não fiscalizado, diminuindo a proteção ambiental efetuada via órgão ambiental. Ademais, haveria ainda mais ineficiência porque a probabilidade de existirem conflitos entre os órgãos ambientais aumentaria, gerando dispêndio adicional de energia para resolver esses conflitos, energia essa que poderia ser utilizada na fiscalização ambiental em si. Como destacado pela Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, a proteção múltipla prevista em nosso sistema federativo “tem a desvantagem de ser o cerne de conflitos e de superposição de jurisdições, competências e atribuições que oneram, retardam e por vezes dificultam e mesmo inviabilizam a efetividade da proteção ao meio ambiente e à qualidade de vida” (YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Critérios de definição de competências em matéria ambiental na estrutura federativa brasileira. In: RASLAN, Alexandre (Org.). *Direito Ambiental*. Campo Grande: Ed. UFMS, 2010, p. 222).

44. Por isso se doutrina que a definição de competência é uma boa política para evitar sobreposições e conflitos entre os órgãos de fiscalização ambiental (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria Geral do Direito Ambiental*. Trad. Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: RT, 2010, p. 114). A definição de competências administrativas ambientais é, então, fundamental para evitar desperdício da capacidade estatal para fiscalizar o meio ambiente.

45. Deve-se destacar que não há alijamento de competência. A subsidiariedade nada mais é do que o substrato organizativo do federalismo, sendo-lhe imanente e estando incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, pelo artigo 23 da CF (competências comuns) (TORRES, Silvia Faber, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*, 2001, p. 212 e 242). A própria lei que criou o Ibama preceitua que compete à essa autarquia a “executar as ações supletivas de competência da União” (Lei 7.735/89, art. 2º, III), corroborando o quão equivocado é, por cima da discricionariedade, pretender que se exerça a fiscalização ambiental antes dos entes primariamente competentes.

46. As competências dos órgãos e entidades públicas nada mais são do que poderes, poderes-deveres, mas deveres que devem ser exercidos em certa ordem, sem saltos, mantendo a coerência federativa e a prevalência estabelecida pela LC 140/11.

47. Entretanto, a faculdade de fiscalizar dentro de sua esfera discricionária, independentemente da ordem imposta pelo princípio da subsidiariedade, não pode se transformar em um dever de fiscalizar o que lhe for pedido, administrativa ou judicialmente, sem que haja um benefício de ordem. Como destacado, isso traria uma irresponsabilidade pública à federação e transformaria a competência comum em competência do que foi primeiro demandado ou que teve ciência da infração ambiental, o que fere o senso do federalismo lastreado no princípio constitucional da subsidiariedade.

48. Dentro da discricionariedade para fiscalizar atividades lesivas ao meio ambiente, deve ser destacado que existe um interesse nacional para fiscalizar algumas atividades, uma vez que o Estado brasileiro precisa cumprir metas acordadas no plano internacional, o que de forma alguma se traduz em alguma exclusividade. A OJN 49/2013/PFE-IBAMA sintetizou esse tipo de questão ao destacar o desmatamento na Amazônia:

De outro modo, sabe-se existirem situações que, por certas especificidades, demandam atuação concreta do órgão que se encontra em fiscalização em campo, ainda que não seja esse o ente licenciador. Há operações incluídas em planos de fiscalização, já em processo de realização, que contemplam, de forma racional e eficiente, vários empreendimentos e atividades, cuja regularidade ambiental será apurada em grupo. Em tais casos, haverá razão operacional que justifique uma atuação imediata, mesmo porque a efetividade da ação poderá ser útil aos fins da operação como um todo. Perceba-se que em tais operações, previamente planejadas, há toda uma logística de atuação, que garante resultado e concretização dos objetivos buscados, a partir de uma estrutura pré-montada. Ademais, por se incluir no planejamento da entidade, como é exemplo concreto para o Ibama o combate ao desmatamento na Região Amazônica Brasileira, presume-se a alta relevância de ordem nacional da sua plena realização pelo órgão dela incumbido.

49. Nem mesmo a eventual atuação fiscalizatória do ente federativo quando de sua competência não prioritária atrairá automaticamente a sua competência para ações que extrapolem a esfera administrativa. Assim, ações civis públicas ou populares não necessariamente serão ajuizadas ou contarão com a participação ativa do órgão ambiental fiscalizador se isso competir, sob a ótica do princípio da subsidiariedade, preferencialmente a outros órgãos. Poderão ser, mas não serão necessariamente. A própria Portaria Conjunta 2, de 26 de agosto de 2014, assinada entre o Ibama e a PFE-IBAMA/PGF/AGU (*DOU* 27/08/14, S1, p. 123), encampa tal entendimento, ao preceituar em seu artigo 2º que o ajuizamento das ações civis públicas ambientais serão focados na atuação prioritária da autarquia e naquele decorrente do seu planejamento. Em uma das considerandas de tal portaria conjunta, tal questão fica ainda mais clara:

Considerando a necessidade de planejamento da propositura de ações civis públicas pelo IBAMA de modo a conformar sua atuação institucional com os comandos normativos contidos na Lei Complementar n. 140/2011 e na Lei n. 12.651/2012, buscando uma priorização na propositura de ações relacionadas às competências administrativas prevalentes da Autarquia, sem prejuízo da atuação supletiva dirigida a questões julgadas mais relevantes segundo planejamentos nacional e local da Autarquia;

50. O caso das APPs é ilustrativo quanto a esse ponto. O licenciamento ou autorização nas hipóteses cabíveis para ocupação nas áreas de preservação permanente, consoante a LC 140/11 (art. 8º, XIV e XVI), o novo Código Florestal (arts. 7º, 8º e 26) e a Resolução Conama 369 (art. 4º, § 1º), competem ao Estado-membro, assim como a fiscalização dessas autorizações e, por óbvio, a fiscalização de eventuais ocupações não autorizadas, por força do disposto no artigo 17 da LC 140.

51. As considerações acima contam com expresso apoio doutrinário, conforme se constata em artigo de Eduardo Fortunato Bim e Talden Farias (Competência ambiental legislativa e administrativa, *Revista de Informação Legislativa*, a. 52, nº 206, p. 203-245, Brasília: Senado, out./dez. 2015, p. 213-218).

52. Nas ações judiciais nas quais o órgão prevalente seja o Estado-membro e o ente municipal ou federal sejam os demandados, deve o órgão não prevalente requerer que o juízo o exclua da lide e determine a citação ou intimação do ente correto para assumir um dos polos da ação.

2.3 A competência fiscalizatória do órgão gestor de unidade de conservação somente é subsidiária em relação ao órgão licenciador se houver lei nesse sentido (OJN 17/2010/PFE-IBAMA/PFG/AGU)

53. Em alguns casos, o Ibama é demandado por causa do disposto no ato (decreto ou lei) de criação da unidade de conservação, que preceitua ser atribuição dele gerir a UC. Nesses casos, nos atos constitutivos de UC que são anteriores a 2007, data de criação do ICMBio, deve-se considerá-lo como o ente adequado para a fiscalização ambiental. A mera menção do Ibama não tem mais efeitos após a criação do ICMBio.

54. Em outros casos, o Ibama é demandado porque detém competência supletiva para gerir a UC. Nessa situação, não se pode perder de vista que o dever primário de exercer a fiscalização ambiental é do órgão licenciador e do órgão gestor da UC na qual se encontre o empreendimento ou atividade, embora possa haver concorrência no exercício da atividade de fiscalização no mesmo nível de competência quando os órgãos gestores das unidades de conservação têm personalidade jurídica apartada do órgão licenciador e fiscalizador, como ocorre no nível federal e em alguns Estados-membros e municípios. Em outras palavras, não apenas entre os entes federativos há uma espécie de benefício de ordem, dentro desses entes também pode haver.

55. É a legislação do ente federativo que ditará a relação entre os órgãos e entidades públicas ambientais.

56. No âmbito federal, o Ibama tem competência para *licenciar e fiscalizar*, enquanto a atribuição do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) é de *gerir e fiscalizar* as unidades de conservação federais. A competência primária para a fiscalização ambiental nas áreas das unidades de conservação, bem como nas respectivas zonas de amortecimento (ZA), pertence ao órgão gestor da unidade de conservação. A ZA também está sob o poder de polícia do órgão gestor da unidade de conservação (UC) porque sua função é proteger a própria UC, sendo, do ponto de vista dos atributos que justificaram a criação da UC, dela indissociável.

57. A Lei do Snuc prevê os órgãos executores do Snuc em todos os níveis federativos, especificando, na seara federal, que o órgão executor é o Instituto Chico Mendes, tendo o Ibama competência supletiva (Lei 9.985/00, art. 6º, III).

58. Na Lei 11.516/07, que criou o ICMBio, está expresso que compete à essa autarquia o exercício do poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União (art. 1º, IV), o que não exclui o poder de polícia supletivo a ser exercido pelo Ibama (art. 1º, parágrafo único). No âmbito federal, o ICMBio, em regra, é o ente competente para a fiscalização ambiental quando está em jogo UC, somente se admitindo a fiscalização pelo Ibama pela competência supletiva, excetuado o caso de medidas cautelares (LC 140/11, art. 17, § 2º, e Lei 9.784/99, art. 45).

59. Entretanto, o Ibama somente deverá atuar quando houver omissão do ICMBio, o que pressupõe que esse tenha sido provocado e se mantido inerte, e, quando a competência para licenciar não for federal, da omissão do órgão licenciador primário. Não basta, portanto, a pura e simples ocorrência de um ilícito ambiental não fiscalizado dentro de uma UC, ou de sua ZA, para caracterizar a omissão da entidade primariamente competente que deflagra a competência fiscalizatória supletiva. Observe-se que caso o ente competente para licenciar a atividade ou empreendimento não seja o Ibama, ainda deve-se intercalar, entre a competência do ICMBio e do Ibama, a competência primária de quem é competente para licenciar, estabelecida pela LC 140/11.

2.4 Empreendimentos ou atividades em dominialidade federal (bens da união, como florestas públicas) e inseridos no patrimônio nacional, por si só, não atraem a competência do Ibama para licenciar ou fiscalizar

60. Um equívoco comum é entender a competência do órgão licenciador federal para proceder o licenciamento ou mesmo a fiscalização ambiental somente porque a área é da União ou é considerada patrimônio nacional (Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira).

61. A competência ambiental para licenciar não é delimitada pela titularidade do bem. Não existe nenhum princípio jurídico que atribua competência para fiscalizar ou licenciar baseado pura e simplesmente na dominialidade do imóvel. Quando a relação de dominialidade é relevante para esse fim, a LC 140/11 ou a legislação precedente expressamente se referem a ela. Equivocada, dessa forma, pretender atribuir à União o licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades realizadas em seu patrimônio, como observa a AGU e a doutrina (SOUZA, Omar Bradley Oliveira de. O impacto do empreendimento, e não a titularidade dos bens afetados, como parâmetro para definir a competência de um licenciamento ambiental. *Boletim de Direito Municipal*, v. 25, nº 7, p. 479-483, São Paulo, NDJ, julho/2009, p. 480-482).

62. Assim é que, desde o Parecer 1853/1998/CONJUR-MMA/CGU/AGU, a AGU entende que o critério para licenciar não se vincula a titularidade de bens.

[...] não há contradição entre o regime constitucional dos bens da União e o fato de ser o licenciamento ambiental realizado pelos órgãos estaduais ou municipais integrantes do SISNAMA, dada a preponderância do interesse público sobre o domínio do bem. Não há direito

de propriedade da União sobre os bens de seu domínio tal qual a do particular, posto que são bens de uso comum do povo, e portanto, patrimônio de toda a Nação. O critério utilizado pela lei para efeito de fixação das competências não decorre do regime constitucional dos bens da União, pois a licença é um instrumento administrativo de gestão ambiental. A competência administrativa em matéria ambiental é repartida politicamente para os três níveis de governo por força do texto constitucional. O critério adotado pelo legislador na Lei 6938/81, para efeito de divisão das competências é o do dano e não do bem ou localização da atividade ou empreendimento. O conceito de domínio, administração e utilização dos bens públicos não se vincula com o instituto do licenciamento ambiental, eis que são institutos distintos e por conseguinte tratados em legislação própria. Por fim, o licenciamento ambiental de uma atividade não implica no uso ou alteração de regime do bem público.

(*Apud* Parecer 312/2004 CONJUR-MMA/CGU/AGU, proferido pelo Consultor Jurídico do MMA, em 04/10/2004, nos autos do PA 02026.004638/2004-99)

63. Entendimento repetido no Parecer 312/2004 CONJUR-MMA/CGU/AGU, que teve aprovação ministerial, tornando-o vinculante *aos* respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas (LC 73/93, art. 42):

[...] a titularidade do bem afetado pela atividade ou empreendimento não define a competência do membro do SISNAMA para realização do licenciamento ambiental. Tal critério contraria o art. 10 da Lei 6.938/81 e as disposições do CONAMA sobre o tema.

(Parecer 312/2004 CONJUR-MMA/CGU/AGU, proferido pelo Consultor Jurídico do MMA, em 04/10/2004, nos autos do PA 02026.004638/2004-99)

64. Tal entendimento foi cristalizado, mais recentemente, na OJN 15/2010/PFE-IBAMA/PGF/AGU:

O critério da titularidade não pode ser aplicado per si sob pena de virem à tona inúmeros conflitos. Imagine-se a situação em que uma atividade de impacto ambiental local (competência municipal) é realizada em um rio estadual (competência do estado-membro), dentro de uma unidade de conservação de domínio da União (competência do IBAMA).

A adoção desse critério inviabilizaria as atividades da autarquia federal, que teria que licenciar todos os empreendimentos, em toda a zona costeira, mesmo que de impactos meramente locais.

65. Caso que merece análise específica dos bens da União é o das *florestas públicas*, uma vez que por vezes se tenta imputar ao Ibama obrigação de gerir as florestas públicas, competência do Serviço Florestal Brasileiro (SFB).

66. Pela definição legal, florestas públicas são aquelas "florestas, naturais ou plantadas, localizadas nos diversos biomas brasileiros, em bens sob o domínio da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal ou das entidades da administração indireta" (Lei 11.284/06, art. 3º, I). Segundo a Lei que dispõe sobre a gestão de florestas públicas, ficou criado, na estrutura básica do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro – SFB (art. 54), que "atua exclusivamente na gestão das florestas públicas" (art. 55). Nesse mister de gestão, o SFB promoverá a articulação com Estados, DF e os Municípios para a execução de suas atividades de forma compatível com a Política Nacional do Meio Ambiente (art. 55, § 1º).

67. Importante lembrar que somente podem ser florestas públicas as que estejam em domínio do Estado e que se caracterizem com tal, não podendo se valer de o fato ser terreno público e contar com, por exemplo, restinga para ser floresta pública. Conforme destacado no Parecer 80/2015/COJUD/PFE-IBAMA (PA 00435.005036/2015-64):

I – Não é qualquer vegetação em imóvel de domínio da União deve ser considerada como floresta pública federal para fins de definição de competências administrativas. Floresta e restinga são formações vegetais distintas. Mera questão dominial que não atrai a competência do Ibama (OJN 52/2015/PFE-IBAMA/PGF/AGU). Inexistência de competência para fins do artigo 7º da LC 140/11.

68. Destaque-se que o entendimento técnico do Ibama era igual ao da PFE-Ibama, uma vez que a Diretoria de Uso Sustentável da Biodiversidade e Florestas (DBFLO/IBAMA) do Ibama rechaçou expressamente a tese de que qualquer vegetação em imóvel de domínio da União deve ser considerada como floresta pública federal para fins de definição de competências administrativas (Nota Técnica 02001.002237/2015-35 COUSF/DBFLO/IBAMA). Quem tem competência para definir as florestas públicas federais é o SFB (OJN 52/2015/PFE-IBAMA/PGF/AGU).

69. De qualquer forma, a União autoriza o aprova e supressão de vegetação, de florestas e formações sucessoras em florestas públicas federais, terras devolutas federais ou UCs instituídas pela União, *exceto em APAs* (LC 140/11, art. 7º, XV, *a*). Se as florestas públicas estiverem dentro de UCs federais, a competência primária é do órgão gestor da UC (ICMBio)

70. Outra faceta dessa questão tal entendimento é a do patrimônio nacional.

71. Por constar da Constituição Federal que a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional (art. 225, § 4º), outrora se entendeu que a competência para fiscalizar ou licenciar seria da União, ainda que não houvesse nenhuma norma nesse sentido. O próprio STF rechaçou a visão de que o artigo 225, § 4º transformaria o que foi chamado de patrimônio nacional em bens da União (RE 259.267) ou mesmo em bens públicos (RE 134.297).

72. Essa previsão como patrimônio nacional “não lhes confere a qualidade de serem bens da União ou de exclusivo interesse nacional. Significa, antes, tratar-se de bens de todos os brasileiros” (STAUT JUNIOR, Sebastião Vilela. A competência administrativa para licenciamento ambiental em face das disposições do artigo 225, parágrafo 4º da Constituição Federal: áreas do patrimônio nacional. *Revista de Direitos Difusos*, v. 5, nº 27, p. 3861-3871, São Paulo: IBAP/ADCOAS, set./out., 2004, p. 3.866). Marcelo Buzaglo Dantas também perfila tal entendimento: “é mais do que evidente que os ecossistemas indicados no mandamento constitucional em apreço não são bens da União, estes que se encontram arrolados no art. 20 da mesma Carta. Não é necessário ir muito longe para constatar que patrimônio nacional é patrimônio da nação, de todos os indivíduos, da coletividade, e não da pessoa jurídica de direito público” (*Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26).

73. Assim, a previsão do artigo 225, § 4º, da CF, não interfere na competência para licenciar ou fiscalizar. Como destaca Sebastião Vilela Staut Junior

A adjetivação “patrimônio nacional” consubstancia a especial relevância dos respectivos ecossistemas para toda a sociedade brasileira, no sentido de que sua utilização esteja sempre subordinada ao desígnio de sua preservação. Todavia, não importa o referido dispositivo em estabelecer interesse exclusivo da União sobre o referido patrimônio, de modo a deslocar competências administrativas ou mesmo jurisdicionais.

[STAUT JUNIOR, Sebastião Vilela. A competência administrativa para licenciamento ambiental em face das disposições do artigo 225, parágrafo 4º, da Constituição Federal: áreas do patrimônio nacional. *Revista de Direitos Difusos*, v. 5, nº 27, p. 3861-3871, São Paulo: IBAP/ADCOAS, set./out., 2004, p. 3.870]

74. Nesse caso, mantém-se a regra: a competência do Estado-membro para o licenciamento ou a fiscalização ambiental.

75. Pela inexistência de um princípio que atribua a fiscalização ambiental à União, esta Especializada afastou expressamente a competência do Ibama para fiscalizar prioritariamente imóveis na zona costeira. Tal entendimento foi encampado na OJN 52/2015/PFE-IBAMA/PGF/AGU, como já visto: o Ibama não atua em casos de terreno de marinha; as questões patrimoniais são da alçada da SPU/MPOG (União) e as ambientais do Município ou Estado. Consequentemente, o fato de a SPU ter que dar autorização para a realização da obra, por se encontrar em sua propriedade, não atrai a competência da União (Ibama) para licenciá-la.

76. Por fim, cabe tecer rápidas considerações – pois foram exaustivamente analisadas no Parecer 35/2017/COJUD/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU (PA 04972.206413/2015-54) – sobre a competência ambiental da União em empreendimentos e atividades localizados no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva, pela confusão que ela pode causar com os empreendimentos e atividades terra-mar e os localizados em águas interiores.

77. O fato de um empreendimento se encontrar em terra e no mar ao mesmo tempo atrai a competência licenciatória do Estado-membro (LC 140, art. 7º, parágrafo único), salvo se estiver previsto em tipologia da União, prevalecendo sobre a previsão que atribui a União os localizados em mar territorial (art. 7º, XIV, b), pois é da boa hermenêutica que a regra especial prevalece sobre regra a geral.

b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; [...]

Parágrafo único. O licenciamento dos empreendimentos cuja localização compreenda concomitantemente áreas das faixas terrestre e marítima da zona costeira será de atribuição da União exclusivamente nos casos previstos em 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.

78. A competência da União de promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades “localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva” (art. 7º, XIV, b) deve ser lida de forma sistemática com o parágrafo único do mesmo artigo 7º, caso contrário a aplicação desse último dispositivo seria pífia, esvaziando a expressão “compreenda concomitantemente áreas das faixas terrestre e marítima da zona costeira”, uma vez que a porção do mar integrado à zona costeira avança até o limite do mar territorial (Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro – PNGC II, aprovado pela Resolução CIRM 5/1997).

79. Dentro da competência da União, destaque-se que ela sofre interpretação restritiva porque prevista em rol taxativo, não fazendo com que o mar territorial seja sinônimo de águas interiores, ainda que marítimas, pois ele se caracteriza somente após a linha de base.

2.5 Poder de polícia sobre o patrimônio público da União contra ocupações irregulares é da SPU, não do órgão ambiental.

80. Diversas ações civis públicas são ajuizadas também em face da União, uma vez que as ocupações irregulares estão em seus domínio. Como se viu, sob o prisma ambiental, é irrelevante o fato de o domínio ser da União.

Então, do ponto de vista patrimonial a competência para fiscalizar os imóveis da União é da Secretaria de Patrimônio da União (SPU), órgão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

81. A Instrução Normativa SPU 01/2017, revogando a IN SPU 2/2010, disciplina a atividade de fiscalização dos imóveis da União. A fiscalização é considerada como atividade desenvolvida pela SPU com o fito de verificar as condições de ocupação dos imóveis da União e apurar as possíveis irregularidades quanto ao uso e ocupação dos bens imóveis da União, ao passo que é aconselhável que seja realizada sempre que possível com o olhar sob o ordenamento territorial, não se limitando às fiscalizações pontuais, conforme manual "Perguntas e Respostas (IN 01/2017 – Fiscalização dos Imóveis da União)".

82. A Lei 9.636/98 é categórica sobre o dever da União de fiscalizar as posses e ocupações irregulares:

Art. 10. Constatada a existência de posses ou ocupações em desacordo com o disposto nesta Lei, a União deverá imitir-se sumariamente na posse do imóvel, cancelando-se as inscrições eventualmente realizadas.

83. É o espírito que anima a OJN 52/2015/PFE-IBAMA.

84. Dessa forma, não se pode confundir as atribuições ambientais dos órgãos ambientais com as da SPU.

2.6 O conceito de omissão para deflagrar a competência supletiva compulsória (inexistência de omissão do Ibama no caso *sub judice*) e a competência primária municipal para ocupações irregulares

85. É importante destacar exatamente o que se entende por omissão do órgão primariamente competente e o que autoriza a deflagração da subsidiariedade, em termos de fiscalização, dos demais órgãos do Sisnama, até chegar ao Ibama.

86. O Ibama somente pode ser obrigado a fiscalizar as áreas de APP, dentre outras, após a prova de que o Estado-membro ou o Município, que detêm a competência primária para o exercício do poder de polícia ambiental nessas áreas, não têm a mínima condição de fazê-lo (benefício de ordem). Tal leitura deve ocorrer sob o pálio do princípio da subsidiariedade e sem salto: omissão do município enseja a atuação do Estado-membro; omissão do Estado-membro enseja a atuação da União. Essa escala gera o que se chama aqui de competência supletiva compulsória, quando o órgão ambiental tem o dever de atuar, não apenas a faculdade decorrente de sua discricionariedade ou planejamento estratégico.

87. *Não é qualquer inércia, contudo, que instalará o dever fiscalizatório em matéria fiscalizatória. Se a mera omissão a caracterizasse, haveria sobrecarga de trabalho para algum dos entes da federação, estimulando uma irresponsabilidade federativa. É preceito hermenêutico que se deve evitar exegeses que conduzam ao absurdo, como seria aquela que deslocasse o dever primário de fiscalização a outro ente apenas porque o detentor original deixou de agir em determinado caso concreto. É imperioso que se constate que a inércia decorre de uma total falta de infraestrutura capaz de tornar completamente inoperante o órgão estadual ou o municipal, ou de uma omissão dolosa, fazendo profunda investigação nesse sentido e esgotando os meios para tanto, administrativos ou judiciais.*

88. Caso contrário, qualquer inação deslocaria o dever primário do ente federativo competente para os demais, gerando sobrecarga desarrazoada, prejudicando a sua competência prioritária e, *ipso facto*, a razão de ser do próprio federalismo cooperativo, ao esgotar seus recursos de realizar um trabalho que deveria estar sendo realizado por outro ente federativo, aniquilando, ainda, sua capacidade operacional em planejar uma fiscalização estratégica.

89. Um bom começo para caracterizar tal omissão seria a aplicação por analogia dos critérios da LC 140/11 (art. 15), ressaltando que o conceito de órgão capacitado não pode adotar a definição usada para fins de delegação (art. 5º, parágrafo único). Na questão da delegação, a LC 140/11 foi rigorosa ao não permitir delegações para órgãos que fossem ultrapassar sua capacidade operacional, comprometendo não apenas a delegação em si, mas também suas competências ordinárias.

90. Na fiscalização, o dever primário decorre da distribuição das atividades administrativas na LC 140/11, o que não permite escolha e gera um dever de se aparelhar para tal, dentro da razoabilidade. Em diversos órgãos estatais há aparelhamento ineficiente, basta ver o número de ações penais que prescrevem, que nem se iniciam por falta de capacidade dos órgãos de prossecução criminal etc. Se a cada problema desse tipo caracterizasse uma omissão, nosso Estado não seria democrático de direito, mas de omissão. Então, *não pode ser qualquer omissão que tenha o condão de originar esse dever cooperativo, ainda mais considerando que só haveria transferência de problema, uma vez que haveria sobrecarga no órgão ao qual foi atribuído o ônus de sanar a omissão*, além de ir contra o princípio federativo de descentralizar as atribuições, e não concentrá-las.

91. Como se isso não fosse suficiente, deve-se destacar que as construções são irregulares. Apenas para argumentar, ainda que fosse regulares não haveria nem mesmo licenciamento estadual, pois é atividade não licenciável no âmbito dos Estados. Ninguém licencia casa, para isso já existe a licença urbana, ainda que ela incorpore exigências ambientais.. É o Município que deve expedir o alvará de construção para qualquer obra em seu território. Assim, é atividade de inegável interesse local e, *ipso facto*, atrai a competência fiscalizatória do município, que deveria atuar para ordenar a ocupação do solo e demolir o que não pode ser regularizado.

92. A Medida Provisória 759, de 22 de dezembro de 2016, que dispõe sobre regularização fundiária e direito de lage, ainda adiciona um complicador na fórmula, pois compete ao município fazer qualquer regularização de ocupação

irregular no solo e a fiscalização ambiental, supletiva, o Ibama ou Estado não saberiam se o município pretende regularizar construções antigas, ainda mais no cenários de ocupações irregulares antigas.

2.7 Da fiscalização em situações emergenciais (LC 140, art. 17, § 2º): competência supletiva compulsória

93. Como já exposto, as situações de urgência devem ser imediatamente combatidas pelo órgão ambiental que tomou ciência da infração. É o que preceitua a LC 140/11:

Art. 17. [...]

§ 2º. Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis.

94. Assim, se o órgão ambiental o tomar conhecimento de infração ambiental ele deve intervir com a medida cautelar adequada em face de situações de urgência e comunicar imediatamente ao órgão primariamente competente para que este possa apurar a infração ambiental, lavrando, apenas se for o caso, o regular e correspondente auto de infração ambiental.

95. Entretanto, essa situação de emergência, prevista no artigo 17, § 2º, da LC 140/11, não apenas deve ser atual, mas com risco grave de lesão ou sua ampliação, da mesma forma como se caracterizaria o perecimento do direito no processo civil. O órgão ambiental deve evitar o prejuízo ao meio ambiente, mas o que é uma espécie de perecimento do direito ambiental, sob pena de se esvaziar o conceito de emergência e reduzi-lo ao de infração ambiental.

96. Diversas infrações ambientais são permanentes, mas não é isso que gera a emergência ambiental que deflagra o dever de agir imediatamente (competência supletiva compulsória).

97. Por exemplo, uma construção irregular em APP impede que a vegetação cresça, prejudicando suas funções ("preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas" – CFlo, art. 3º, II) e causando um dano ambiental permanente. Ocorre que essa situação não se afigura como emergencial, sendo perfeitamente possível notificar o órgão competente para que ele exerça seu poder de polícia ambiental. Diferente da situação em que o caminhão com o produto tóxico não está com os documentos ambientais em ordem, trazendo a presunção de dano ambiental iminente pelo descarte inadequado do produto. Nesse caso, deve-se reconhecer a situação emergencial e aplicar as medidas cautelares cabíveis, inclusive atípicas, o que é possível não apenas pelo artigo 17, § 2º, da LC 140/11, mas também pelo artigo 45 da Lei 9.784/99.

98. De qualquer forma, parece desarrazoado se alegar emergência e ajuizar ação judicial para obrigar um dos órgãos do Sisnama a fiscalizar determinada situação. Se a situação fosse de perecimento de direito, o que deveria ocorrer é um pedido de liminar em face daquele que causa o dano, não em face do órgão ambiental escolhido para realizar a fiscalização e arrolado no polo passivo da ação.

3. CONCLUSÃO

99. Pelo exposto, opina-se para a improcedência de pedidos judiciais para que o Ibama fiscalize supletivamente as áreas da União, ou quaisquer outras, exceto se a competência para licenciar também for dele, nos termos do artigo 7º da LC 140/11.

À consideração superior.

Brasília, 06 de julho de 2017.

EDUARDO FORTUNATO BIM
PROCURADOR FEDERAL

Documento assinado eletronicamente por EDUARDO FORTUNATO BIM, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 55668110 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): EDUARDO FORTUNATO BIM. Data e Hora: 06-07-2017 15:11. Número de Série: 1274579. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E
DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - SEDE
COJUD - COORDENAÇÃO NACIONAL DE CONTENCIOSO JUDICIAL - PFE-IBAMA/SEDE

DESPACHO n. 00139/2017/COJUD/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU

NUP: 00435.017777/2017-50

INTERESSADOS: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTROS

ASSUNTOS: ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Senhor Procurador-Chefe Nacional Substituto da PFE/IBAMA.

1. Aprovo o **PARECER n. 00041/2017/COJUD/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU**, confeccionado pelo Procurador Federal Eduardo Fortunato Bim, por seus próprios fundamentos jurídicos.
2. Tal Parecer será de grande valia na defesa do IBAMA nas inúmeras ações civis públicas que vêm sendo ajuizadas no Estado de Santa Catarina, pelo MPF, visando a que o IBAMA assumira a competência fiscalizatória supletiva em relação a ocupações irregulares em bens da União (v.g., terrenos de marinha, florestas públicas), áreas de preservação permanente (APPs) ou mesmo Áreas de Proteção Ambiental (APAs).
3. Contudo, necessário se advertir que, a cada caso concreto, deverá ser analisado se os fatos narrados na respectiva petição inicial se adequam ao sustentado no Parecer sob análise, cabendo ao órgão de execução da PGF identificar a coerência da utilização dos presentes subsídios.
4. Assim, sugiro o encaminhamento dos autos à **PFE-IBAMA-SC** para ciência da presente orientação e para adoção das medidas pertinentes.
5. À consideração superior.

Brasília, 13 de julho de 2017.

(assinado eletronicamente)

DANIELLA RIBEIRO DE PINHO
Coordenadora Nacional do Contencioso Judicial Substituta
PFE/IBAMA/SEDE

Documento assinado eletronicamente por DANIELLA RIBEIRO DE PINHO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 59274467 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DANIELLA RIBEIRO DE PINHO. Data e Hora: 13-07-2017 16:52. Número de Série: 13502568. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E
DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - SEDE
GABINETE/PFE/IBAMA-SEDE
SCEN - SETOR DE CLUBES ESPORTIVOS NORTE - TRECHO 2 - BL. A - ED. SEDE DO IBAMA CEP.: 70.818-900
BRASÍLIA/DF

DESPACHO n. 00401/2017/GABIN/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU

NUP: 00435.017777/2017-50

INTERESSADOS: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTROS

ASSUNTOS: ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

1. O presente processo foi inaugurado com vistas a subsidiar defesa do IBAMA nas diversas Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal no Estado de Santa Catarina, visando condenar o IBAMA a assumir a competência fiscalizatória supletiva em relação a ocupações irregulares em bens da União, Áreas de Preservação Permanente (APPs) ou mesmo Áreas de Proteção Ambiental (APAs) na zona costeira continental do município de Florianópolis.
2. Nesse sentido, **acompanho**, por seus bem lançados fundamentos, o **Parecer n. 00041/2017/COJUD/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU** (Sequencial 81), aprovado por meio do **Despacho n. 00139/2017/COJUD/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU** (Sequencial 87).
3. Assim, retornem-se os autos à **PFE-IBAMA-SC**, para conhecimento das orientações consignadas por esta Especializada.

Brasília/DF, 14 de julho de 2017.

(Documento assinado eletronicamente)

CLEITON CURSINO CRUZ

Procurador-Chefe Nacional Substituto

PFE-IBAMA-SEDE

Documento assinado eletronicamente por CLEITON CURSINO CRUZ, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 59404388 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CLEITON CURSINO CRUZ. Data e Hora: 14-07-2017 15:21. Número de Série: 5124185496837830228. Emissor: AC CAIXA PF v2.
