

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
7.273 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REQTE.(S) : **PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
NACIONAL**
ADV.(A/S) : **RAFAEL ECHEVERRIA LOPES**
ADV.(A/S) : **RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

DECISÃO: Trata-se de ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra o art. 39 da Lei 12.844/2013, em especial seu § 4º, que permite a presunção de legalidade do ouro adquirido e a boa-fé da pessoa jurídica adquirente, nos seguintes termos:

“Art. 39. A prova da regularidade da primeira aquisição de ouro produzido sob qualquer regime de aproveitamento será feita com base em:

I – nota fiscal emitida por cooperativa ou, no caso de pessoa física, recibo de venda e declaração de origem do ouro emitido pelo vendedor identificando a área de lavra, o Estado ou Distrito Federal e o Município de origem do ouro, o número do processo administrativo no órgão gestor de recursos minerais e o número do título autorizativo de extração; e

II – nota fiscal de aquisição emitida pela instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil a realizar a compra do ouro.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, a instituição legalmente autorizada a realizar a compra de ouro deverá cadastrar os dados de identificação do vendedor, tais como nome, número de inscrição no Cadastro de Pessoa Física do Ministério da Fazenda – CPF ou Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda – CNPJ, e o número de registro no órgão de registro do comércio da sede do vendedor.

§ 2º O cadastro, a declaração de origem do ouro e a cópia

ADI 7273 MC / DF

da Carteira de Identidade – RG do vendedor deverão ser arquivados na sede da instituição legalmente autorizada a realizar a compra do ouro, para fiscalização do órgão gestor de recursos minerais e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, pelo período de 10 (dez) anos, contados da compra e venda do ouro.

§ 3º É de responsabilidade do vendedor a veracidade das informações por ele prestadas no ato da compra e venda do ouro.

§ 4º Presumem-se a legalidade do ouro adquirido e a boa-fé da pessoa jurídica adquirente quando as informações mencionadas neste artigo, prestadas pelo vendedor, estiverem devidamente arquivadas na instituição legalmente autorizada a realizar a compra de ouro.”

O Partido Socialista Brasileiro – PSB e o Partido Rede Sustentabilidade ajuizaram a ADI 7.273, contra o art. 39, § 4º, da Lei 12.844/2013. Os requerentes sustentam que a norma impugnada ofende os princípios da moralidade, transparência, legalidade e eficiência (art. 37, CF), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF), o direito à vida e à saúde (arts. 5º e 6º, CF), os direitos dos povos indígenas (art. 231, CF) e os princípios que orientam a ordem econômica (art. 170, CF).

Relatam a existência de extração ilegal de ouro de forma disseminada na região amazônica, especialmente em terras indígenas e unidades de conservação, conforme informações constantes de estudos técnicos e reportagens jornalísticas. Segundo tais estudos, a disseminação do garimpo ilegal aumenta o desmatamento, polui as águas da região, afetando a saúde da população ribeirinha da Amazônia e, especialmente, da população indígena em regiões Ianomâmis.

Informam que o Instituto Escolhas, em 2022, divulgou o relatório “Raio X do Ouro: mais de 200 toneladas podem ser ilegais”, que enfoca possíveis irregularidades existentes na origem do metal na Amazônia e dissimuladas ao longo da cadeia, até sua comercialização pelas 5 principais Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários – DTVMs,

ADI 7273 MC / DF

únicas autorizadas pelo Banco Central a adquirir e revender o ouro proveniente de garimpos da região.

Entendem que o dispositivo impugnado, inserido pelo Congresso no projeto de lei de conversão da MP 640/2013 (que tratava do Programa Garantia-Safra), ao possibilitar a compra com base no princípio da boa-fé, buscou reduzir a responsabilidade das DTVMs por irregularidades existentes na origem do ouro, permitindo que o ouro ilegal seja escoado com aparência de licitude.

Alegam que a norma pode levar ao esvaziamento do papel fiscalizador do Estado e que a ausência de transparência e controle sobre a atuação das DTVMs contamina todo o restante da cadeia.

Requerem a concessão de medida cautelar, para que se suspendam imediatamente os efeitos do dispositivo legal impugnado, até julgamento de mérito, *“excluindo-se a autorização concedida às DTVMs de comprar ouro com base no princípio da boa-fé e, conseqüentemente, em informações fornecidas exclusivamente pelos vendedores do ouro extraído da Amazônia, sem nenhum controle e fiscalização por parte do Poder Público”*.

Considerando a relevância da matéria em debate, adotei o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 (eDOC 7).

A Câmara dos Deputados prestou informações, relatando que a matéria encontra-se dentro do espaço de discricionariedade legislativa (eDOC 11).

O Presidente da República, em informações elaboradas pela AGU (eDOC 13), alega a inépcia da inicial e infere que *“a lei atacada resultou de uma opção legislativa que desagradou aos requerentes por motivos políticos, fazendo com que a ação fosse ajuizada com a intenção de criticar e desgastar a imagem da atual gestão, sem qualquer efetiva demonstração de inconstitucionalidade”*. A Subchefia para Assuntos Jurídicos consigna que *“no âmbito infraconstitucional existe um feixe complexo de atos normativos e portarias ministeriais orientados a regulação, regime de aproveitamento (concessão, autorização, licenciamento, permissão e monopolização), técnicas e requisitos de extração, compra, venda e transporte de recursos minerais entre eles metais preciosos, como o ouro produzido em áreas de garimpo autorizadas pelo*

ADI 7273 MC / DF

*Poder Público, bem como normas relacionadas a fiscalização do comércio das referidas substâncias”, normas que consolidam a Política Nacional para o exercício da mineração, não havendo mora em legislar nem em efetivar políticas públicas voltadas à preservação ambiental e à vida, encontrando-se a regulação do tema “**dentro dos limites constitucionais**” (eDOC 14).*

O Senado Federal relata que a Lei 12.844/2013 é resultado da conversão em lei da Medida Provisória 610/2013, que, segundo a exposição de motivos: “(i) autoriza o pagamento de valor adicional ao Benefício Garantia-Safra, de que trata a Lei nº 10.420, de 10 de abril de 2002, para a safra 2011/2012; (ii) amplia o Auxílio Emergencial Financeiro, de que trata a Lei nº 10.954, de 29 de setembro de 2004, para os desastres ocorridos em 2012; (iii) autoriza a doação de milho aos Governos Estaduais no ano de 2013; (iv) permite, por meio de alteração da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, a liquidação com desconto das operações contratadas até 2006 no âmbito do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf) nos municípios atingidos pela seca na região da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (Sudene); e (v) exclui a exigência de pagamento mínimo para a formalização das operações de composição de que trata a Lei nº 12.716, de 21 de setembro de 2012”. Ademais, diz ser a norma impugnada oriunda de emenda parlamentar, tendo o relator, senador Eunício Oliveira, consignado:

“Estamos dispendo sobre a compra, venda e transporte de ouro produzido em áreas de garimpo autorizadas pelo Poder Público Federal. As Leis nºs 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, e 11.685, de 11 de junho de 2008 (Estatuto do Garimpeiro), se consolidaram como importantes instrumentos para o combate da extração mineral não autorizada. Entretanto, no caso particular do ouro garimpável, é importante regulamentar procedimentos operacionais de transporte e compra para atribuir segurança jurídica aos agentes da cadeia produtiva e melhores condições de controle aos órgãos de fiscalização. Isso tudo levando-se em consideração usos e costumes do setor e

ADI 7273 MC / DF

ainda o que define o Estatuto do Garimpo” (eDOC 16).

A Advocacia-Geral da União produziu Manifestação pela improcedência da ação, salientando a impossibilidade do Supremo Tribunal Federal de atuar como legislador positivo (eDOC 19).

A Procuradoria-Geral da República ofertou Parecer pela procedência da ação, assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39, § 4º, DA LEI 12.844/2013. ATIVIDADE GARIMPEIRA. PRESUNÇÕES DE LEGALIDADE DO OURO ADQUIRIDO E DE BOA-FÉ DA INSTITUIÇÃO ADQUIRENTE. ANÁLISE DO PADRÃO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E DOS DIREITOS DAS COMUNIDADES INDÍGENAS. PARÂMETROS À ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO NAS DIVERSAS ESFERAS E INSTÂNCIAS. PROTEÇÃO DEFICITÁRIA. INTERVENÇÃO JUDICIAL. FRAGILIZAÇÃO DO SISTEMA FISCALIZATÓRIO EM MERCADO SENSÍVEL. RESPONSABILIZAÇÃO DOS COMERCIANTES DE OURO. ABRANDAMENTO. FOMENTO À PRÁTICAS DE ILÍCITOS. IMPACTO SEVERO A VALORES E DIREITOS CONSTITUCIONAIS PROTEGIDOS. APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE. PARECER PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. O elevado padrão de proteção ambiental consolidado na Constituição Federal, direcionado a garantir meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações, nele contido o dever de tutela às comunidades indígenas, suas terras e modo de vida diferenciado, serve de parâmetro à atuação do poder público nas searas legislativa e administrativa, sendo a proteção deficitária e a não observância dos princípios da precaução e da prevenção, regentes da matéria, causa justificadora de intervenção jurisdicional.

2. No regime de aquisição de ouro, viola os princípios da precaução e da prevenção, e importa proteção deficitária do

ADI 7273 MC / DF

meio ambiente e das comunidades indígenas, o estabelecimento de ‘sistema de presunções’ - da legalidade da origem do metal e da boa-fé da instituição adquirente – que beneficia os comerciantes e enfraquece o sistema fiscalizatório, fatores de fomento à prática de atividades garimpeiras ilícitas e de agravamento do risco de impacto sobre os valores constitucionalmente protegidos.

3. Presumir a legalidade da origem do ouro, assim como a boa-fé das Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários (DTVMS) adquirentes, representa suprimir estas do rol de instituições sujeitas aos mecanismos de controle da Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), sem justificativa plausível, contemplando-se com regramento mais brando setor historicamente marcado por ilicitudes, com grande circulação de dinheiro, com retrocesso legislativo na repressão de ilícito dessa natureza.

- Parecer pela procedência do pedido, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade do § 4º do art. 39 da Lei 12.844/2013.” (eDOC 34)

Em 31 de janeiro de 2023, o Partido Verde ajuizou a **ADI 7.345**, distribuída por prevenção à ADI 7.273, contra o art. 39 da Lei 12.844/2013. Alega que o dispositivo impugnado, associado ao estado de coisas inconstitucional verificado na ADPF 760, Rel. Min. Cármen Lúcia, e na ADO 59, Rel. Min. Rosa Weber, viola a Constituição brasileira por afrontar o conteúdo material dos direitos fundamentais, os princípios norteadores da administração pública, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, o direito à vida, o direito à saúde, o direito dos povos indígenas, a ordem econômica, bem como os princípios da prevenção, precaução e proporcionalidade em sentido estrito, da vedação ao retrocesso e da vedação à proteção deficiente.

Sustenta que o dispositivo, na forma como redigido, *“abre caminho para que as DTVMS comprem o metal e arquivem as informações fornecidas pelos vendedores (muitas vezes, posseiros e garimpeiros ileais), sem nenhuma outra*

ADI 7273 MC / DF

providência no sentido de comprovarem essas informações”.

Inferi que, à luz da jurisprudência do STF, as normas que tratam do meio ambiente e de sua preservação devem ser conformadas aos princípios da precaução e da prevenção e obrigam diretamente o legislador e o governo.

Explica que a ausência de ação governamental para prevenir as irregularidades na cadeia de extração e comércio de ouro no país também põe em xeque a observância de outros mandamentos constitucionais previstos no art. 225 da CF: a) o dever de preservar e restaurar processos ecológicos, promovendo o manejo ecológico dos ecossistemas; b) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; c) definir espaços territoriais e componentes a serem especialmente protegidos; d) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; e) proteger a fauna e a flora.

Requer o deferimento monocrático de medida cautelar para suspensão da vigência do dispositivo combatido.

Considerando os argumentos apresentados na inicial, solicitei informações à Agência Nacional de Mineração e ao Banco Central (eDOC 14), bem como à Comissão de Valores Imobiliários (eDOC 20).

O BACEN, em suas informações, esclareceu que, sob a ótica econômico-financeira, o ouro pode ser utilizado como mercadoria, ativo financeiro e instrumento cambial. Como instrumento cambial, além das notas fiscais e documentos que identifiquem as operações, é necessário registro no Sistema Câmbio do Banco Central. Ressalta que *“atuação do Banco Central é voltada somente ao ouro ativo financeiro, o qual passa a ser assim considerado a partir de sua aquisição por um Posto de Atendimento contratado por uma instituição financeira (antigo Posto de Compra de Ouro – PCO), mesmo ainda se encontrando em estado bruto”*. Inferi que *“a extração do ouro e todas as demais ações como transporte, refino ou comércio, enquanto não adquirido por instituição financeira (portanto, ainda ouro mercadoria), não são objeto da ação do Banco Central, por não terem passado a integrar o sistema*

ADI 7273 MC / DF

financeiro” (eDOC 23).

A Agência Nacional de Mineração (ANM) manifesta-se pela constitucionalidade do dispositivo impugnado que, segundo aduz, *“defende e promove a atividade de garimpagem, com o intuito de combater a usurpação mineral e de impedir o mercado paralelo de ouro” (eDOC 26).* Informa que as Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários – DTVM’s estão sujeitas à regulamentação do Banco Central do Brasil, especificamente à Resolução 5.008, de 24 de março de 2022, do Conselho Monetário Nacional, não tendo a ANM qualquer ingerência sobre elas. Informa que publicou a Resolução 103/2022, instituindo o Cadastro Nacional do Primeiro Adquirente de bem mineral proveniente do regime de permissão de lavra garimpeira, a fim de coibir as operações ilegais.

A Comissão de Valores Imobiliários, por sua vez, alega que as DTVMs, parte integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários, dependem de prévia autorização do BACEN para sua constituição, organização e funcionamento, sendo de responsabilidade da CVM apenas a autorização para o exercício da atividade de distribuição no mercado de valores mobiliários (eDOC 31).

Considerando o teor das informações prestadas, entendi necessário oportunizar nova manifestação da AGU e da PGR, além de determinar o julgamento conjunto das ADIs 7.273 e 7.345 (eDOC 32)

A AGU opina pela *“procedência parcial dos pedidos para que seja atribuída interpretação conforme a Constituição ao artigo 39, § 4º, da Lei nº 12.884/2013, no sentido de que (i) existe o dever de diligência dos administradores de se certificarem acerca da regularidade e da origem da documentação apresentada pelo vendedor de ouro; (ii) a Administração Pública federal não se exime do dever de implementar medidas efetivas de regulação, fiscalização e controle da cadeia de produção e comercialização do ouro, com vistas a coibir a ocorrência de fraudes e garantir a autenticidade das informações prestadas pelo vendedor à pessoa jurídica adquirente; e (iii) não está afastada a responsabilização ulterior da pessoa jurídica adquirente e/ou do vendedor, caso comprovada a ocorrência de fraude ou ilegalidade na compra” (eDOC 39).*

ADI 7273 MC / DF

É o relatório.

Decido.

I – CONHECIMENTO DAS ADIS

Entendo preenchidos os pressupostos de admissibilidade da ação.

O Partido Socialista Brasileiro – PSB, a Rede Sustentabilidade e o Partido Verde são partidos políticos com representação no Congresso Nacional, estando entre os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, conforme dispõe o art. 103, VIII, da Constituição e o art. 2º, VIII, da Lei 9.868/1999.

II – REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

Os requerentes formularam pedido liminar. No particular, requerem a suspensão da eficácia do art. 39 da Lei 12.844, de 19 de julho de 2013 .

A concessão de medida liminar nas ações diretas depende da presença de dois pressupostos materiais, quais sejam, a plausibilidade jurídica das alegações autorais (*fumus boni iuris*) e a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*).

Tendo em vista as razões trazidas pelos requerentes, bem como o atual estado da arte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria de fundo, tenho que ambos os requisitos encontram-se presentes, justificando o deferimento da medida cautelar pleiteada.

II -1. Verossimilhança do direito

Preliminarmente, registro que a norma impugnada foi inserida pelo Congresso Nacional no curso do processo legislativo de conversão da Medida Provisória 610, de 2 de abril de 2013 (PLV 17/2013), que autoriza o pagamento de valor adicional ao Benefício Garantia-Safra; ampliou o Auxílio Emergencial Financeiro para desastres ocorridos em 2012;

ADI 7273 MC / DF

autorizou a doação de milho aos Governos Estaduais no ano de 2013; permitiu a liquidação com desconto das operações contratadas até 2006 no âmbito do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar nos municípios atingidos pela seca na região da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste; e excluiu a exigência de pagamento mínimo para a formalização das operações de composição de que trata a Lei 12.716/2012.

O relator, no Congresso, Senador Eunício Oliveira, apresentou a seguinte justificativa para as normas que passaram a tratar da comercialização do ouro:

“Estamos dispendo sobre a compra, venda e transporte de ouro produzido em áreas de garimpo autorizadas pelo Poder Público Federal. As Leis nºs 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, e 11.685, de 11 de junho de 2008 (Estatuto do Garimpeiro), se consolidaram como importantes instrumentos para o combate da extração mineral não autorizada. Entretanto, no caso particular do ouro garimpável, é importante regulamentar procedimentos operacionais de transporte e compra para atribuir segurança jurídica aos agentes de cadeia produtiva e melhores condições de controle aos órgãos de fiscalização. Isso tudo levando-se em consideração usos e costumes do setor e ainda o que define o Estatuto do Garimpeiro.” (ADI 7.273, eDOC 16, p. 5)

Trata-se, portanto, de uma dessas “emendas jabuti”, emenda parlamentar que não tinha pertinência temática com a Medida Provisória originária.

A constatação não acarreta a inconstitucionalidade da norma, uma vez que a jurisprudência desta Corte, firmada a partir da decisão da ADI 5.127 (redator do acórdão Min. Edson Fachin, julgada em 15 de outubro de 2015), é posterior à lei de conversão que originou o dispositivo aqui impugnado. Não obstante, faço o presente registro por entendê-lo significativo para a compreensão do contexto em que as normas impugnadas foram criadas.

ADI 7273 MC / DF

Quanto à matéria, os dispositivos alteraram o processo de comercialização de ouro no Brasil, de modo a pretensamente simplificar o processo a aquisição da matéria-prima. Por mais que o novo procedimento tenha sido pensado para a atividade de garimpagem legal, insere-se em uma realidade complexa, que muitas vezes mistura costumes e práticas ilegais em regiões de difícil fiscalização, como áreas de proteção ambiental e terras indígenas.

Sabemos que a extração de minérios do subsolo causa impactos negativos ao meio ambiente, tais como: desmatamento da área explorada; impedimento de regeneração da vegetação pela decomposição de minérios às margens de cursos d'água; poluição e assoreamento de cursos d'água, dentre outros.

Justamente por ser potencialmente danosa ao meio ambiente, a extração de recursos minerais deve ser precedida de autorização, permissão ou licença do poder público, que orientará a atividade de extração do minério e a necessidade de recuperação da área afetada. É necessário, ainda, a realização do EPIA/RIMA para determinação dos possíveis danos ao meio ambiente que surgirão da atividade de mineração. Cabe ao poder público, inclusive, vistoriar a área licenciada para verificar se foram tomadas as medidas necessárias à recuperação da área degradada. (SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 471-472).

Com efeito, os dispositivos questionados apresentam contornos que não se mostram coerentes com o dever de proteção do meio ambiente, veiculado pelo art. 225 da Constituição Federal.

As presunções, trazidas no diploma legislativo impugnado, relativas à legalidade do ouro adquirido e à boa-fé do adquirente simplesmente sabotam a efetividade do controle de uma atividade inerentemente poluidora (e nessa medida chocam com o corolário do princípio da precaução, que possui assento constitucional), uma vez que não apenas facilitam, como servem de incentivo à comercialização de ouro originário de garimpo ilegal. Exatamente por isso, revelam-se uma opção normativa deficiente quanto à proteção do meio ambiente.

ADI 7273 MC / DF

Na dogmática alemã, segundo assentei no voto que proferi na ADI 3.112 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2.5.2007), que tratou da constitucionalidade de dispositivos do Estatuto do Desarmamento, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Almedina, 2003) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteger o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Cumpre lembrar que esta Corte tem declarado a inconstitucionalidade de normas que, a pretexto de desburocratizar o licenciamento ambiental, afastam ou enfraquecem o controle prévio de empreendimentos que impactam o meio ambiente. Confira-se nesse sentido:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. LEI ESTADUAL QUE DISPENSA ATIVIDADES AGROSSILVIPASTORIS DO PRÉVIO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS SOBRE PROTEÇÃO AMBIENTAL. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE.

ADI 7273 MC / DF

1. A competência legislativa concorrente cria o denominado condomínio legislativo entre a União e os Estados-Membros, cabendo à primeira a edição de normas gerais sobre as matérias elencadas no art. 24 da Constituição Federal; e aos segundos o exercício da competência complementar quando já existente norma geral a disciplinar determinada matéria (CF, art. 24, § 2º) e da competência legislativa plena (supletiva) quando inexistente norma federal a estabelecer normatização de caráter geral (CF, art. 24, § 3º).

2. A possibilidade de complementação da legislação federal para o atendimento de interesse regional (art. 24, § 2º, da CF) não permite que Estado-Membro dispense a exigência de licenciamento para atividades potencialmente poluidoras, como pretendido pelo art. 10 da Lei 2.713/2013 do Estado do Tocantins.

3. **O desenvolvimento de atividades agrossilvipastoris pode acarretar uma relevante intervenção sobre o meio ambiente, pelo que não se justifica a flexibilização dos instrumentos de proteção ambiental, sem que haja um controle e fiscalização prévios da atividade.**

4. A dispensa de licenciamento de atividades identificadas conforme o segmento econômico, independentemente de seu potencial de degradação, e a consequente dispensa do prévio estudo de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV, da CF) implicam proteção deficiente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), cabendo ao Poder Público o exercício do poder de polícia ambiental visando a prevenir e mitigar potenciais danos ao equilíbrio ambiental.

5. Ação direta julgada procedente.”

(ADI 5.312, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 25.10.2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 8.2.2019 PUBLIC 11.2.2019)

O princípio da proibição à proteção insuficiente, em matéria ambiental, claramente vincula os Poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário). Conforme ensina Canotilho, esse dever de

ADI 7273 MC / DF

proteção retira certa dose de discricionariedade dos poderes públicos, que passam a estar obrigados a agir:

“No plano prático, a consideração do ambiente como tarefa ou fim normativo-constitucionalmente consagrado implica a existência de autênticos deveres jurídicos dirigidos ao Estado e demais poderes públicos. Estes deveres jurídicos subtraem à disponibilidade do poder estadual a decisão sobre a protecção ou não protecção do ambiente. Por outras palavras: não está na livre disposição dos poderes públicos decidir se o ambiente (os elementos naturais da vida) devem ou não ser protegidos e defendidos. A imposição constitucional é clara: devem! (...)”

As normas-fim e normas-tarefas ambientalmente relevantes são normas constitucionais impositivas. Por isso, impõem ao legislador e a outras entidades (autonomias locais) o dever de adoptar medidas de protecção adequadas à protecção do ambiente. Mas, não apenas isso. A doutrina salienta que as normas-fim ecológicas e ambientais constitucionalmente consagradas têm um carácter dinâmico que implica uma actualização e um aperfeiçoamento permanente dos instrumentos jurídicos destinados à protecção do ambiente perante os novos perigos de agressões ecológicas.

Acresce que, além do carácter dinâmico, as imposições constitucionais ecológicas estão abertas à (pluri)diversidade de formas de protecção. Pode exigir-se um actuar positivo ou uma omissão, podem adoptar-se instrumentos jurídicos ou medidas económicas, pode optar-se por actos autoritários ou por concertações negociais.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Almedina, 2005, p. 181-182)

O dever de protecção também está previsto na *Declaração de Estocolmo*, de 1972, e na *Declaração da Rio-92*:

Princípio 17 da Declaração de Estocolmo de 1972: “Deve-

ADI 7273 MC / DF

se confiar às instituições nacionais competentes a tarefa de planejar, administrar ou controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente.”

Princípio 11 da Declaração do Rio/92: “Os Estados deverão promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente.”

Nesta Corte, vale lembrar o sempre didático voto do Ministro Celso de Mello, na **ADI 4.901**:

“Com efeito, emerge do próprio art. 225 de nossa Lei Fundamental o **dever constitucional de proteção ao meio ambiente**, que incide não apenas sobre a própria coletividade, mas, notadamente, sobre o **Poder Público**, a quem se impõe o gravíssimo encargo de impedir, de um lado, a degradação ambiental e, de outro, de não transgredir o **postulado que veda a proteção deficiente ou insuficiente**, sob pena de intervenção do Poder Judiciário, para fazer prevalecer o mandamento constitucional que assegura a incolumidade do meio ambiente e para neutralizar todas as ações ou omissões governamentais de que possa resultar a fragilização desse bem de uso comum do povo. **Essencial, portanto, que o Estado, seja no exercício de suas funções legislativas, seja na realização de suas atividades administrativas, respeite o princípio da proporcionalidade, em cuja estrutura normativa compreende-se, além da proibição do excesso, o postulado que veda, em sua outra dimensão, a insuficiência da proteção estatal.**” (ADI 4.901, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, voto do Min. Celso de Mello, J. 28.2.2018)

Também Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, ao analisarem os deveres de proteção ambiental do Estado, afirmam haver uma *“limitação da discricionariedade estatal (legislativa, administrativa e judicial) deles decorrentes”*, uma vez que *“os deveres de proteção vinculam os poderes estatais ao ponto de limitar a sua liberdade de conformação na adoção de medidas*

ADI 7273 MC / DF

atinentes à tutela ecológica". Esclarecem que, dessa forma, é defeso ao Estado "não atuar", se isso implicar consequências devastadoras para a natureza, bem como não é permitido uma atuação deficiente, o que implicaria violação ao disposto no art. 225 da Constituição Federal:

"Assim, em maior ou menor medida, todos os Poderes Estatais, representados pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário (incluindo, no âmbito das atribuições, as funções essenciais à Justiça, como é o caso do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública), estão constitucionalmente obrigados, na forma de deveres de proteção e promoção ambiental, a atuar, no âmbito da sua esfera constitucional de competências, sempre no sentido de obter a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres fundamentais ecológicos." (SARLET, Ingo; e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ecológico: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção da Natureza*. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 395.)

No caso das alterações promovidas pela Lei de 2013, não é difícil verificar que a simplificação do processo de compra de ouro permitiu a expansão do comércio ilegal, fortalecendo as atividades de garimpo ilegal, o desmatamento, a contaminação de rios, a violência nas regiões de garimpo, chegando a atingir os povos indígenas das áreas afetadas.

As alegações dos autores das ações diretas em análise foram corroboradas pelo próprio governo federal, conforme informações juntadas pela Advocacia-Geral da União em 27 de fevereiro de 2023 (eDOCs 39 a 44 da ADI 7.345).

Destaco as informações elaboradas pela Secretaria de Acesso à Justiça, do Ministério da Justiça (Ofício 89/2023/GAB-SAJU/SAJU/MJ):

"A mineração de ouro pela atividade garimpeira **expandiu-se significativamente na Amazônia**, nas últimas duas décadas, em áreas em que essa extração é proibida (como Terras Indígenas ou Unidades de Conservação). Essa é uma

ADI 7273 MC / DF

causa importante de desmatamento, degradação ambiental, contaminação e conflitos.

Esse dispositivo é responsável por impulsionar atividades ilícitas e extremamente danosas na Amazônia e fragilizar os sistemas fiscalizatório da cadeia de ouro.

O garimpo há muito tempo já não é uma atividade individual e caseira, mas algo que vem sendo realizada em escala industrial e que deixa atrás de si um rastro de contaminação e devastação ambiental. **Há várias comunidades indígenas contaminadas por mercúrio** em índices muito superiores ao aceitável pela Organização Mundial da Saúde. Os danos da contaminação à saúde são diversos (neurológicos, imunológicos, digestivos etc), e possivelmente irreversíveis.

Sendo certo que **grande parte do ouro extraído no território nacional tem sido extraído ilegalmente** (vez que se trata de lugar em que essa atividade não é permitida e, portanto, não tem origem em lavras garimpeiras com autorização para a extração do minério), a comercialização do minério **passa necessariamente por um processo de esquentamento, o que só é possível porque há brechas na legislação**, como o dispositivo questionado na ADI (que permite que esse ouro seja vendido de forma precária, sem cumprimento da regulação pelo BACEN, com nota fiscal ainda em papel, sem necessidade de comprovação da sua origem). A presunção de legalidade na produção e de boa fé do comprador impede criação de mecanismos de rastreabilidade e responsabilização das DTVMs, por exemplo.”

A Secretaria Nacional de Segurança Pública (Ofício 1120/GAB-SENASP/SENASP/MJ) informa que sua atuação nas ações de combate ao garimpo ilegal em Terras Indígenas é limitada ao apoio prestado pela Força Nacional de Segurança Pública.

A Secretaria Nacional de Justiça, por sua vez, por meio das informações prestadas pela Secretaria Executiva da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro) destaca, em outros pontos, que *“é imperioso considerar que citada presunção de legalidade*

ADI 7273 MC / DF

está, no mínimo, em total descompasso com a realidade, pois aponta uma presunção de veracidade justamente em um dos elos mais frágeis e vulneráveis da cadeia produtiva do ouro, o elo no qual, na prática, se tem menos controles e no qual são identificados inúmeros casos de falsidade informacional”.

A Diretoria-Executiva da Polícia Federal, por meio da unidade da Diretoria da Amazônia e Meio Ambiente (DAMAZ/PF), consigna que o *“afrouxamento regulatório trazido pelo dispositivo em discussão”* causou a diminuição da fiscalização das operações de compra e venda de ouro, uma vez que *“estabeleceu uma fragilidade no princípio da cadeia de controle e rastreabilidade da produção e do comércio auríferos, oportunizando práticas ilícitas”*. Ressalta, inclusive, que *“por decorrência da facilitação de ilicitudes trazidas pelo art. 39, § 4º, houve grande incremento da atividade garimpeira ilegal nos últimos anos, especialmente na região amazônica e em Terras Indígenas (TI) e Unidades de Conservação (UC), com participação de instituições financeiras como destinatárias do ouro extraído, notadamente Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários (DTVM), a exemplo do que demonstraram investigações relevantes recentes (Operação Aerogold e Operação Lavagem de Ouro)”*.

O Setor de Perícias em Geologia (SEPGEO) destaca, ainda, que *“30% da produção de ouro no Brasil pode ser considerada irregular, percentual que tem ligação com a atuação ilícita de DTVMs e com o crescente aumento da exploração de Terras Indígenas e Unidades de Conservação localizadas na Amazônia”*. Ressalta, inclusive, que a norma impugnada tem inequívoca relação com o aumento do garimpo ilegal, nos seguintes termos:

“São, portanto, relatos que demonstram, inequivocamente, que o art. 39, § 4º, da Lei nº 12.844, de 2013, operou efeitos bastante negativos no controle da atividade de garimpo, aos quais acrescento que, apenas entre 2021 e 2022, foram instaurados 1.527 inquéritos policiais pela Polícia Federal com objetivo de apurar fatos relacionados ao crime do art. 2º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, consistente na usurpação de bem da União, como é o caso do ouro, e, no que concerne à repressão a garimpo ilegal mais diretamente, foram realizadas

ADI 7273 MC / DF

95 operações policiais das mais variadas complexidades, o que revela o volume de casos, principalmente se termos em conta que, por força da fragilidade normativa, grande parte das ilicitudes nem mesmo chega ao conhecimento do órgão, fugindo à ação estatal.”

A Polícia Federal, ainda, por meio do Despacho SEI 27313421, identifica de forma clara a grande dificuldade no controle da origem do metal, deixando evidente que a presunção de legalidade apenas favorece as ações criminosas:

“Sobre a fragilidade provocada na cadeia de controle e rastreabilidade da produção e comércio de ouro oriundo de regiões auríferas gerada com a presunção legal de boa-fé do § 4º do artigo 39 da Lei nº 12.844/2013, o COAF, em discussões da ENCCLA, Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, a principal rede de articulação institucional brasileira para o arranjo, discussões, formulação e concretização de políticas públicas e soluções de enfrentamento à corrupção e à lavagem de dinheiro, posicionou-se no sentido de que a possibilidade de controle da origem do metal é muito limitada, já que a área geológica em que os chamados ‘parceiros’ intervenientes na cadeia produtiva do ouro (pilotos de avião, fornecedores de combustíveis, fornecedores de mantimentos e alimentação etc.) podem transitar/transportar o ouro é muito grande (distâncias entre a PLG e uma instituição autorizada pelo BCB ou PAB) e a única exigência formal é que o transporte do ouro se faça acompanhar da documentação (em meio físico) que indique a suposta origem da extração. Como, em muitos casos, as informações quanto à origem do metal inseridas na documentação da operação são falsas, e não há um rastreamento geoquímico, sem uma investigação policial detalhada e profunda pouco ou quase nada pode ser feito para revelar a origem ilegal do minério, tendo em vista a existência da presunção legal de boa-fé, hoje estabelecida pela Lei 12.844, de 2013.

(...)

O momento atual, no Brasil e em outros países da América Latina com territórios que integram a Floresta Amazônica, é de um avassalador incremento da atividade garimpeira ilegal. No campo prático, a presunção de boa-fé estabelecida na Lei 12.844/2013 apenas favorece essa criminosa e danosa prática de exploração de ouro. **Como se sabe, o título minerário mais utilizado nas operações de mineração realizadas nestas localidades mais remotas, a PLG, tem como característica justamente a inexistência de previsibilidade acerca da quantidade e da forma de produção e aproveitamento de cada jazida autorizada.** Somando essa condição à fragilidade do atual arcabouço normativo da cadeia produtiva está estabelecida uma desafiadora condição para os controles de prevenção à lavagem de dinheiro do Estado.

Diferentemente de produtos que mantém a ilicitude em todas as etapas da cadeia de produção, comercialização e transporte, como é o caso das substâncias entorpecentes de um modo geral, os recursos naturais extraídos ilegalmente podem, a partir de algum momento, passar por um processo de 'esquentamento' dessa ilegalidade, já que tais etapas não são normalmente proscritas, mas apenas submetidas a controle pelos órgãos estatais. **O problema é que dispositivos legais como o da presunção de boa-fé previsto no § 4º do artigo 39 da discutida Lei acabam implodindo qualquer esforço de efetivo controle por parte das agências estatais e se prestam apenas para favorecer o 'branqueamento' do recurso criminosamente extraído de regiões auríferas.**

Desde os idos de 2012 (Operação ELDORADO), a Polícia Federal investiga a participação de instituições financeiras, notadamente Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários – DTVMs, como destinatárias de ouro ilegalmente extraído de Terras Indígenas – TIs e Unidades de Conservação – UCs.

Já naquela ocasião, descortinou-se que **garimpeiros ou receptadores do ouro extraído ilegalmente conseguiam introduzir o ativo ilícito no mercado financeiro ao alegar**

junto às DTVMs (ou seus respectivos Pontos de Compra de Ouro – PCOs) que o mineral teria como origem locais acobertados por títulos minerários legalmente expedidos pela autoridade minerária. As DTVMs aduziam, por outro lado, não ser possível aferir, no ato da compra, a veracidade de tais alegações sobre a origem ilícita do ouro.

Entretanto, as investigações daqueles idos e diversas outras, inclusive as recentes operações AEROGOLD (2022) e LAVAGEM DE OURO (2022), revelaram a inexistência de ações concretas das DTVMs em se protegerem (e conseqüentemente o próprio Sistema Financeiro) de serem as receptoras do ouro ilegal, mesmo diante da evolução tecnológica que tornou amplamente acessíveis ferramentas de geointeligência e business intelligence capazes de, com agilidade e segurança, impedir a entrada de grande parte deste ativo ilícito no mercado financeiro, o que se alcança facilmente com análise de imagens de satélite e ainda com a identificação discrepâncias gritantes como a de desarrazoado volume de ouro advindo do mesmo título minerário.

Assim, no cenário atual (i) do Sistema Financeiro sendo constantemente contaminado por ouro ilegal e (ii) de alta tecnologia disponível a baixo custo às DTVMs, **irrazoável a presunção de veracidade da alegação de licitude da origem do ouro.**”

Com base em tais informações, conclui a manifestação do Ministério da Justiça que *“os meios eleitos pela norma destoam dos fins que as justificaram, como bem asseverado pela Polícia Federal, pela Secretaria Nacional de Justiça e ainda pela Secretaria de Acesso à Justiça, mostrando-se esta desprovida de razoabilidade e proporcionalidade, e portanto de lisura constitucional, atuando a presunção prevista na norma como vetor de fraudes no comércio de ouro”*. (eDOC 40, p. 18)

Pelo menos em juízo perfunctório, como é típico da tutela cautelar, é assente a incompatibilidade entre o procedimento previsto na legislação impugnada e o patamar de proteção ambiental imposto pela Constituição

Federal.

II- 2. Perigo na demora

Os danos causados pelo garimpo ilegal são apontados por inúmeros estudos técnicos, juntados a esta ação pelos *amici curiae*, por diversas matérias jornalísticas de conhecimento geral e, em especial, pelo Ministério do Meio Ambiente, conforme Informação 00041/2023/CONJUR-MMA/CGU/AGU (eDOC 42), da qual destaco o seguinte trecho:

“5.2. O garimpo ilegal de ouro gera danos reversíveis e potencialmente irreversíveis ao meio ambiente e à saúde humana. Dentre os principais danos ambientais, pode-se citar a contaminação por mercúrio, o assoreamento dos corpos hídricos e à supressão de vegetação, a depender do tipo de garimpo.

5.3. A supressão de vegetação ocorre principalmente devido à abertura de áreas para escavação e para a construção de infraestrutura (estradas e pistas de pouso), gerando a perda de diversos serviços ecossistêmicos como recreação, sequestro de carbono, provisão de madeira, recursos não madeireiros, além dos danos ao solo (CSF, 2021).

5.4. Já em relação à erosão e assoreamento. Além disso, ainda no campo da hidrossedimentologia, as balsas, durante a dragagem, causam a re-suspensão de sedimentos, deteriorando a qualidade da água e provocando alterações de fluxos de sedimentos no corpo hídrico. 5.5. Adicionalmente, o garimpo de ouro utiliza mercúrio no processo, e, embora uma parte seja reusada, parte é perdida e se dispersa pelos rios, solos e atmosfera (Lacerda, 1997; Bastos et al, 2006). A fração do mercúrio metálico que não é recuperada durante o processo de extração do ouro contamina atmosfera e os rios da região Amazônica. Uma vez nos ecossistemas aquáticos, o mercúrio oxida e pode ser sintetizado pela ação de micro-organismos

ADI 7273 MC / DF

aquáticos ou fatores abióticos, formando o composto orgânico Metilmercurio (MeHg). Tal molécula é uma das mais importantes devido à alta toxicidade para as espécies, inclusive para o ser humano. O metilmercúrio é biomagnificador ao longo da cadeia alimentar aquática, contaminando peixes e outros organismos utilizados na alimentação. Além disso, grande parte da toxicidade do metilmercúrio se deve ao seu alto potencial neurotóxico e à sua capacidade de superar as barreiras hematoencefálica e placentária (Bakker et al, 2021).” (eDOC 42, p. 6)

Além dos evidentes danos ao meio ambiente, com comprometimento para a saúde humana, inclusive, em especial da população indígena, a atividade de garimpo ilegal abre caminho para outros crimes, contribuindo para o aumento da criminalidade e insegurança na região:

“4.23. Além de abrir caminho para áreas remotas que passam a ficar vulneráveis para outros delitos ambientais como desmatamento, exploração madeireira, caça e grilagem de terras, a exploração ilegal de ouro causa impactos sociais avassaladores, atraindo milhares de pessoas às denominadas ‘focacas’ (áreas com grande concentração do metal), desequilibrando a sociedade local, culminando na disseminação de doenças e aparecimento de outros crimes associados (tráfico de drogas e armas, violência, assassinatos, prostituição, lavagem de dinheiro, formação de organizações criminosas, dentre outros).” (eDOC 42, p. 7)

Com efeito, Leila Pereira e Rafael Pucci, no artigo “*A Tale of Gold and Blood: The Consequences of Market Deregulation on Local Violence*” (Working Paper 005. Rio de Janeiro: Climate Policy Initiative, 2021), estudaram os impactos que a Lei 12.844/2013 promovem nas taxas de homicídio dos municípios da Região Amazônica nos quais a extração de ouro é realizada. **Concluíram os autores que o diploma legislativo em questão**

inviabilizou o monitoramento privado ao desresponsabilizar o comprador, o que incentivou o mercado ilegal, levando ao crescimento da degradação ambiental e ao aumento da violência nos municípios em que o garimpo é ilegal.

Portanto, as evidências de danos ambientais, com consequência para a saúde da população, especialmente dos povos indígenas, e de aumento da violência nas regiões de garimpo demonstram a urgência no deferimento da medida cautelar pleiteada.

É preciso que esse consórcio espúrio, formado entre garimpo ilegal e organizações criminosas, seja o quanto antes paralisado. O provimento de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, é o meio adequado e necessário para tanto.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, defiro o pedido formulado e determino, desde já, *ad referendum do Pleno* (art. 5º, §1º, da Lei 9.882 c/c art. 21 da Lei 9.868):

- 1) a suspensão da eficácia do art. 39, § 4º, da Lei Federal 12.844/2013;
- 2) a adoção, no prazo de 90 (noventa) dias, por parte do Poder Executivo da União (inclusive as autarquias de natureza especial que falaram nestes autos), de: (a) um novo marco normativo para a fiscalização do comércio do ouro, especialmente quanto à verificação da origem legal do ouro adquirido por DTVMs; (b) medidas (legislativas, regulatórias e/ou administrativas) que inviabilizem a aquisição de ouro extraído de áreas de proteção ambiental e de Terras Indígenas.

Inclua-se o referendo desta medida cautelar para julgamento no Plenário Virtual, em cumprimento ao disposto no art. 21, V, do RI/STF, com a redação dada pela ER 58/2022.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 4 de abril de 2023.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente