

II SEMINÁRIO INTERNACIONAL
FRANCO-LUSO-BRASILEIRO
A TEORIA DE MARTHA NUSSBAUM: ENTRE O
CRESCIMENTO ECONÓMICO E O
DESENVOLVIMENTO HUMANO, JANEIRO 2017

ATIVIDADE EMPRESARIAL E MEIO
AMBIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS POR DANO
AMBIENTAL EM PROJETO FINANCIADO¹

Ricardo Lupion²

Resumo: O presente artigo propõe examinar a responsabilidade civil das instituições financeiras por dano ambiental em projetos financiados a partir das disposições dos Princípios do Equador e da normatização brasileira, bem como das normas de *soft law* em matéria ambiental. Na perspectiva da responsabilidade civil, o texto abordará o entendimento dos Tribunais a respeito do nexo de causalidade em matéria ambiental e a responsabilidade das instituições financeiras. Finalmente, o texto também identificará alguns pontos relacionados à teoria da agência, risco moral e custos de transação ambiental.

1 Artigo elaborado com base na palestra proferida em Lisboa, no dia 27 de janeiro de 2017, durante o II SEMINÁRIO INTERNACIONAL FRANCO-LUSO-BRASILEIRO promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em conjunto com o PPG em Direito da UNIFOR – Universidade de Fortaleza Lisboa, com apoio financeiro da CAPES.

2 Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Titular de Direito Empresarial na Escola de Direito da PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Coordenador do Curso de Especialização em Direito Empresarial da PUCRS. Advogado Empresarial. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil.

Palavras-Chave: Regulação. Princípios do Equador. Panorama normativo brasileiro. Leis e Normatização Bancária (*soft law*). Responsabilidade Civil Ambiental. Teoria da Agência: Risco moral. Custos de transação ambiental.

Sumário: 1. Introdução ao Tema. 2. Regulação. 2.1. Princípios do Equador. 2.2. Leis e Normatização Bancária. 2.3. Normas de *soft law* em matéria ambiental 3. A responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras nos Tribunais. 4. Teoria da Agência: brevíssimas considerações 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas

BUSINESS ACTIVITY AND THE ENVIRONMENT. CIVIL LIABILITY OF FINANCIAL INSTITUTIONS FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE IN PROJECT FINANCE

Abstract: The present article proposes to examine the civil liability of financial institutions for environmental damage in projects funded from the provisions of the Equator Principles and Brazilian regulations, as well as the environmental soft law regulations. From a civil liability perspective, the text will address the Courts' understanding of causal links in environmental cases and the liability of financial institutions. Finally, the text will also identify some points related to agency theory, moral hazard, and environmental transaction costs.

Keywords: Regulation. Equator Principles. Brazilian regulation overview. Banking Laws and Regulations (*soft law*). Civil environmental liability. Agency Theory: Moral Hazard. Environmental transaction costs.

Contents: 1. Introduction to the Topic. 2. Regulation. 2.1. Equator Principles 2.2. Banking Laws and Regulations. 2.3. Soft law regulations in environmental cases 3. Environmental civil

liability of financial institutions in the Courts. 4. Agency Theory: brief considerations 5. Conclusions: 6. Bibliographical references

1. INTRODUÇÃO AO TEMA



debate em torno da responsabilidade das instituições financeiras por danos ambientais causados em projetos por elas financiados, gira em torno do nexo de causalidade entre a conduta do banco (o ato de conceder o empréstimo em projetos ambientais financiados) e o dano ambiental causado durante a execução do projeto pela empresa tomadora do empréstimo (até o momento as decisões excluem as instituições financeiras do polo passivo de ações por danos ambientais pelo simples fato de serem incumbidas de financiar a atividade poluidora, causada pela empresa financiada).

Os princípios do Equador - fruto de uma iniciativa do International Finance Corporation (IFC), braço financeiro do Banco Mundial, em conjunto com diversas instituições financeiras que respondiam por uma parcela considerável dos investimentos mundiais – podem ser considerados um novo referencial do setor financeiro para identificação, avaliação e gerenciamento de riscos socioambientais em projetos.

Alinhada com esses princípios, surge a normatização brasileira - a partir da regulação do Banco Central (Resolução 4327/2014) e da autorregulação da Federação Brasileira dos Bancos - FEBRABAN (Normativo SARB 14/2014) que criam uma série de procedimentos e responsabilidades para as instituições financeiras em projetos ambientais financiados, seja no momento da concessão do empréstimo, seja durante a execução dos respectivos projetos.

Assim, o presente texto examinará se as instituições financeiras – à luz dos princípios do equador e da normatização

brasileira – deixam (ou não) de ser “meras prestadoras do capital” e ficam (ou não) vinculadas ao nexo causal para fins de atribuição de responsabilidade por danos ambientais.

Para tal fim o estudo abordará os aspectos mais relevantes dos princípios do equador e da normatização bancária brasileira, em especial dos impactos que esses normativos podem trazer para o debate em torno da caracterização (ou não) do nexo de causalidade.

Para contribuir nesse debate, serão examinadas decisões judiciais e aspectos relacionados à regras de *soft law*, em especial quando ao Normativo SARB 14/2014.

Por último, também serão abordados problemas de agência, diante da possibilidade de risco moral (*moral hazard*), isto é, ausência de incentivos para a empresa financiada, executora do projeto ambiental, alterar o seu comportamento em razão da possibilidade de responsabilização da instituição financeira pelo dano ambiental causado, criando-se, assim, o risco de comportamento oportunista.

2. REGULAÇÃO.

2.1. PRINCÍPIOS DO EQUADOR

Fruto de uma iniciativa do International Finance Corporation (IFC), braço financeiro do Banco Mundial, em conjunto com diversas instituições financeiras que respondiam por uma parcela considerável dos investimentos mundiais, os princípios do equador tiveram a sua gênese em encontro realizado em outubro de 2002, em Londres, de altos executivos para discutir experiências com investimentos em projetos, envolvendo questões sociais e ambientais em mercados emergentes, nos quais nem sempre existe legislação rígida de proteção do meio ambiente.³

3 Os princípios do Equador constituem “um referencial do setor financeiro para identificação, avaliação e gerenciamento de riscos socioambientais em projetos”.

Esses princípios receberam a denominação de Equador por representar o ponto de equilíbrio entre os hemisférios norte e sul e o seu objetivo é garantir a sustentabilidade, o equilíbrio ambiental, o impacto social e a prevenção de acidentes de percurso que possam causar embaraços no transcorrer dos empreendimentos, reduzindo também o risco de inadimplência.⁴

Disponível em www.equator-principles.com. Acesso em 10/11/2016. Em 2014 o Itaú Unibanco se comprometeu com os Princípios do Equador (PE), tornando-se a primeira instituição financeira de uma economia emergente a fazê-lo. Disponível em https://www.italu.com.br/_arquivosstaticos/Itau/PDF/Sustentabilidade/Principios do Equador_2014.pdf. Acesso em 10/11/2016.

4 No preâmbulo do “The Equator Principles III – 2013” consta a seguinte declaração: “Projetos industriais e de infraestrutura de grande porte podem ter impactos adversos sobre a população e o meio ambiente. Como financiadores e assessores financeiros, nós trabalhamos em parceria com nossos clientes para identificar, avaliar e gerenciar riscos e impactos socioambientais de uma forma estruturada e contínua. Tal colaboração promove um desempenho socioambiental sustentável e pode levar ao aprimoramento dos resultados financeiros, ambientais e sociais. Nós, as Instituições Financeiras Signatárias dos Princípios do Equador (EPFIs, sigla em inglês), adotamos os Princípios do Equador com o intuito de garantir que os Projetos que financiamos e assessoramos sejam desenvolvidos de forma socialmente responsável e que incorporem práticas seguras de gestão ambiental. Nós reconhecemos a importância das mudanças climáticas, da biodiversidade e dos direitos humanos, e entendemos que os impactos negativos de projetos sobre os ecossistemas, as comunidades e o clima devem ser evitados sempre que possível. Se esses impactos forem inevitáveis, eles deverão ser minimizados, mitigados e/ou compensados. Acreditamos que a adoção e o cumprimento dos Princípios do Equador trazem benefícios significativos para nós, nossos clientes e as partes interessadas locais por meio do engajamento de nossos clientes com as Comunidades Locais Afetadas. Reconhecemos, portanto, que nosso papel como financiadores nos dá oportunidades de promover gestão ambiental responsável e desenvolvimento socialmente responsável, incluindo nossa responsabilidade de respeitar os direitos humanos por meio da realização de due diligence nos moldes propostos pelos Princípios do Equador. Os Princípios do Equador visam a servir como uma base e uma estrutura de uso comum. Comprometemo-nos com a sua implementação em nossas políticas, procedimentos e padrões socioambientais internos relativos ao financiamento de Projetos. Não concederemos financiamento do tipo Project Finance ou Project-Related Corporate Loans (Financiamentos Corporativos Dirigidos a Projetos ou PRCL, na sigla em inglês) quando o cliente não estiver disposto a – ou não tiver condições de estar – em conformidade com os Princípios do Equador. Como Empréstimos-Ponte e Serviços de Assessoria a Project Finance são oferecidos nas etapas iniciais do Projeto, solicitamos que o cliente comunique claramente sua intenção de atender aos Princípios do Equador. As EPFIs realizam revisões periódicas dos Princípios do Equador com base na sua experiência de implementação,

Na prática, as empresas interessadas em obter recursos no mercado financeiro internacional deverão incorporar, em suas estruturas de avaliação de Project Finance, quesitos como: (a) Gestão de risco ambiental, proteção à biodiversidade e adoção de mecanismos de prevenção e controle de poluição; (b) Proteção à saúde, à diversidade cultural e étnica e adoção de Sistemas de Segurança e Saúde Ocupacional; (c) Avaliação de impactos socioeconômicos, incluindo as comunidades e povos indígenas, proteção a habitats naturais com exigência de alguma forma de compensação para populações afetadas por um projeto; (d) Eficiência na produção, distribuição e consumo de recursos hídricos e energia e uso de energias renováveis; (e) Respeito aos direitos humanos e combate à mão-de-obra infantil.⁵

Foram declarados dez princípios que regulam procedimentos e responsabilidades das instituições financeiras signatárias (EPFI, sigla em inglês) nos termos seguintes:

O Princípio nº 1, “Análise e Categorização”, estabelece que, ao receber um pedido de financiamento de Projeto, a instituição financeira signatária, como parte do seu processo interno de análise e *due diligence*,⁶ fará a sua categorização com base na

de modo a refletir aprendizado contínuo e boas práticas emergentes”. *loc. cit*

5 PERES NETO, José Branco; FANTIN, Marcel. “Responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras”, *Revista Eletrônica FACP*, nº 05, 2014. Disponível em <http://198.136.59.195/~facp/revista/index.php/reFACP/article/view/28/pdf>. Acesso em 10/10/2016.

6 Expressão de origem anglo-saxônica, “*due diligence*”, se traduzida literalmente, significaria “devida cautela ou diligência”. Porém, é difícil trazer uma definição precisa que possa abarcar a amplitude de uma “*due diligence*” jurídica, visto que seu escopo depende inteiramente da transação comercial que a motiva. Mesmo assim, o excelente trabalho de MORI nos traz uma boa definição de “*due diligence*”, interpretada no contexto jurídico brasileiro: “Atualmente, usa-se a expressão “*due diligence*” para definir o que, resumidamente, consiste no procedimento sistemático de revisão e análise de informações e documentos, visando à verificação - sob um escopo predefinido - da situação de sociedades, estabelecimentos, fundos de comércio ou de parte significativa dos ativos que os compõem.” ROSA, Dirceu P. de Santa. *A importância da “due diligence” de propriedade intelectual nas fusões e aquisições*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3006&p=1>. Acesso em: 20 DEZ 2009.

magnitude de seus riscos e impactos socioambientais potenciais. Essa análise será baseada no sistema de categorização socioambiental desenvolvido pela Corporação Financeira Internacional (IFC, na sigla em inglês).⁷

De acordo com o Princípio nº 2, “Avaliação Socioambiental”, a instituição financeira signatária requererá, para todos os projetos das categorias A e B, que o cliente realize uma avaliação, que seja satisfatória para a EPFI, dos riscos e impactos socioambientais pertinentes (o que pode incluir os temas previstos na lista exemplificativa de assuntos encontrada no Apêndice II), sendo que a documentação de avaliação deverá propor medidas para minimizar, mitigar e compensar impactos negativos de modo pertinente e compatível com a natureza e a escala do projeto proposto.

O Princípio nº 3, “Padrões Socioambientais Aplicáveis”, define que o processo de avaliação deve, antes de mais nada, verificar a conformidade do projeto com a lei, as regulamentações e licenças pertinentes do país anfitrião no âmbito socioambiental, considerando que as EPFIs operam em diversos mercados: alguns com governança socioambiental, estruturas jurídicas e capacidade institucional robustas que visam a proteger a população e o meio ambiente; e alguns com capacidade institucional e técnica de gerenciar as questões socioambientais em evolução.

O Princípio nº 4, “Sistema de Gestão Ambiental e Social e Plano de Ação dos Princípios do Equador” impõe que a empresa financiada desenvolva e mantenha um Sistema de Gestão Ambiental e Social (ESMS, da sigla em inglês), para todos os

7 O sistema de categorização é o seguinte: Categoria A – Projetos com potencial de risco e/ou impactos socioambientais adversos significativos e que sejam múltiplos, irreversíveis ou sem precedentes; Categoria B – Projetos com potencial de riscos e/ou impactos socioambientais adversos limitados, em número reduzido, geralmente locais, amplamente reversíveis e prontamente controláveis por meio de medidas mitigatórias; e Categoria C – Projetos sem riscos e/ou impactos socioambientais adversos ou com riscos e/ou impactos socioambientais mínimos. *loc. cit*

projetos das categorias A e B.

O Princípio nº 5, “Engajamento de Partes Interessadas” exige que a empresa financiada, para os projetos categorias A e B, demonstre o engajamento efetivo de partes interessadas, como um processo contínuo, estruturado e culturalmente apropriado, junto às comunidades afetadas e, quando pertinente, junto a outras partes interessadas.

Conforme previsto no Princípio nº 6, “Mecanismo de Reclamação”, a empresa financiada deverá criar um mecanismo de reclamação para receber comentários e queixas quanto ao desempenho socioambiental do projeto e facilitar a busca de soluções para tais demandas.

O Princípio nº 7, “Análise Independente” exige que um consultor socioambiental independente, que não esteja diretamente associado ao cliente, realize uma análise independente da documentação de avaliação, de modo a verificar a conformidade do projeto com os Princípios do Equador.

Uma importante força dos Princípios do Equador é a incorporação de obrigações contratuais associadas à conformidade. Assim, conforme Princípio nº 8, “Obrigações Contratuais” a empresa financiada se comprometerá, por meio dos instrumentos contratuais de financiamento, a atuar em conformidade a leis, regulamentações e licenças socioambientais pertinentes do país anfitrião em todos os aspectos relevantes.

Para avaliar a conformidade do projeto com os Princípios do Equador e garantir tanto o monitoramento contínuo quanto a divulgação de informações após o fechamento da operação financeira e ao longo da duração do financiamento, o Princípio nº 9, “Monitoramento Independente e Divulgação de Informações” exige a contratação de um consultor socioambiental para verificar as informações de monitoramento.

Finalmente, conforme Princípio nº 10, “Divulgação de Informações e Transparência”, a empresa financiada deverá manter informações do projeto acessível na internet.

Esses princípios, contudo são aplicáveis apenas a financeiros de grande impacto : (1) Serviços de Assessoria a Project Finance cujo custo total de capital do Projeto seja igual ou superior a US\$10 milhões. (2) Project Finance⁸ cujo custo total de capital do Projeto seja igual ou superior a US\$ 10milhões. (3) Financiamentos Corporativos Dirigidos a Projetos (PRCL, sigla em inglês)⁹ desde que contemple todos os quatro critérios a

8 Project Finance é uma modalidade de financiamento pela qual o financiador leva em consideração, prioritariamente, as receitas geradas por um único Projeto, tanto como fonte de repagamento quanto como garantia à exposição ao risco. Esse tipo de financiamento normalmente é voltado para instalações de grande porte, complexas e custosas – por exemplo, unidades geradoras de energia, indústrias químicas, minas, infraestrutura de transporte, meio ambiente e infraestrutura de telecomunicações. O Project Finance pode ser um financiamento para a construção de uma nova unidade, ou o refinanciamento de uma unidade já existente, com ou sem melhoramentos. Em tais operações, o financiador normalmente é repago quase que exclusivamente com os recursos gerados pelos contratos de comercialização dos produtos do Projeto, como a eletricidade vendida por uma usina de geração elétrica. O cliente é geralmente uma sociedade de propósito específico (SPE), que não está autorizada a desempenhar qualquer função que não seja a de desenvolver, operar e ser proprietário daquela unidade. Em consequência, o repagamento depende principalmente do fluxo de caixa do Projeto, bem como do valor dos ativos do Projeto dados como garantia. Para mais informações: “Comitê de Basileia de Supervisão Bancária, Convergência Internacional de Mensuração e Padrões de Capital” (“Basileia II”), novembro de 2005. Financiamento na modalidade Reserve-Based em setores extrativistas, que não preveja direito de regresso a nenhum dos acionistas e que os recursos sejam usados para desenvolver uma dada reserva (por exemplo, um campo petrolífero ou uma mina), é considerado uma operação de Project Finance coberta pelos Princípios do Equador. *loc. cit.*

9 *Project-Related Corporate Loans* (PRCL, da sigla em inglês) são financiamentos corporativos, feitos a pessoas jurídicas (sejam elas privadas, públicas, controladas ou pertencentes ao Estado), que são destinados a um único Projeto, seja ele um novo empreendimento ou uma expansão (exemplo: quando houver um aumento da extensão do impacto) em que o Uso Declarado dos Recursos está relacionado a um único Projeto e seguir um dos formatos a seguir: a. O financiador considera a receita gerada pelo Projeto como fonte principal para o repagamento (como num Project Finance) e houver garantias corporativas, inclusive de empresas do mesmo grupo; b. A documentação para o financiamento indica que a maior parte dos recursos destina-se ao próprio Projeto. Tal documentação pode incluir a proposta, o memorando de informações, o contrato de crédito e outras declarações oferecidas pelos clientes que indiquem suas intenções quanto ao uso dos recursos do financiamento. Essa modalidade inclui financiamentos para empresas estatais e outras entidades legais criadas por um governo para promover atividades comerciais em seu nome, mas exclui financiamentos a governos nacionais, regionais ou locais, ministérios e agências de governo. *loc.*

seguir: (3.1.) A maior parte do financiamento destina-se a um único Projeto sobre o qual o cliente tem Controle Operacional Efetivo (seja este controle direto ou indireto); (3.2.) O valor total consolidado do financiamento é de pelo menos US\$100 milhões; (3.3.) O compromisso individual da EPFI (antes da formação de um sindicato ou redução da sua participação) é de pelo menos US\$ 50 milhões; (3.4.) O prazo do financiamento é de pelo menos dois anos. (4) Empréstimos-Ponte¹⁰ com prazo da operação inferior a dois anos, a serem refinanciados por Project Finance ou PRCL que atenda aos critérios descritos acima, quando pertinentes.¹¹

2.2. LEIS E NORMATIZAÇÃO BANCÁRIA.

No âmbito do panorama normativo brasileiro, o artigo 14, §1º lei ambiental (lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981) impôs às empresas executoras do projeto (poluidor direto) a chamada responsabilidade objetiva, independentemente de culpa.¹²

A doutrina também reconhece que:

“[...] responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos “danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade” (art. 14, § III, da Lei 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo

cit.

10 Empréstimo-Ponte é um empréstimo transitório concedido a uma empresa até que o financiamento de longo prazo seja obtido. *loc. cit.*

11 *loc. cit.*

12 BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Art. 14, §1º. [...] é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental! . Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente.[...].¹³

O Superior Tribunal de Justiça, sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, reconheceu a responsabilidade objetiva em acidentes caracterizadores de dano ambiental, responsabilizando-se o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador, não cabendo, demonstrado o nexo de causalidade, a aplicação de excludente de responsabilidade.¹⁴

A lei ambiental brasileira, contudo, não atribuiu responsabilidade solidária às instituições financeiras por danos causados ao meio ambiente em decorrência da execução de projetos financiados, bastando que as mesmas, para eximirem-se de qualquer responsabilidade, apenas condicionem a liberação dos recursos à comprovação, pelas empresas financiadas, de que os respectivos projetos financiados estejam devidamente licenciados de acordo com as normas, critérios e padrões expedidos pelo CONAMA.¹⁵

O Banco Central do Brasil editou a resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014, que dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA) pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

13 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004, 12a ed., págs. 326/327.

14 STJ. REsp 1.114.398/PR, rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção. DJE 16/2/2012.

15 BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Art. 12. As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA. Parágrafo único. As entidades e órgãos referidos no caput deste artigo deverão fazer constar dos projetos a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e a melhoria da qualidade do meio ambiente.

Na elaboração da PRSA, as instituições financeiras devem observar os princípios da relevância, aferindo o grau de exposição ao risco socioambiental das atividades e das operações da instituição; e da proporcionalidade, tornando a PRSA compatível com a natureza da instituição e com a complexidade de suas atividades e de seus serviços e produtos financeiros, conforme art. 1º da resolução.

Do ponto de vista do gerenciamento do risco socioambiental, o art. 6º da resolução, a instituição financeira deve manter sistemas, rotinas e procedimentos que possibilitem identificar, classificar, avaliar, monitorar, mitigar e controlar o risco socioambiental presente nas suas atividades e nas operações que realiza e o art. 8º estabelece que as instituições devem fixar critérios e mecanismos específicos de avaliação de risco quando da realização de operações relacionadas a atividades econômicas com maior potencial de causar danos socioambientais.

Do ponto de vista da governança, o art. 10 exigiu que a PRSA deve ser aprovada pelos órgãos estatutários de máxima hierarquia, pela diretoria e, quando houver, pelo conselho de administração, assegurando a adequada integração com as demais políticas da instituição financeira.

Essa regulação do Banco Central representou um passo inicial em direção aos mecanismos de controle e de responsabilidade das instituições financeiras definidos pelos Princípios do Equador em relação aos impactos ambientais causados por projetos por elas financiados, na medida em que impões às instituições financeiras o dever de avaliar os impactos socioambientais que possam ser causados pelas suas atividades ou pelos seus serviços e produtos financeiros.

Tempos depois, a Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN¹⁶ editou o normativo SARB nº 14, de 28 de agosto de

16 A Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN é uma associação civil sem fins lucrativos, que congrega instituições financeiras bancárias, com atuação no território nacional, e associações representativas de instituições financeiras e congêneres, de âmbito nacional ou regional, conforme previsto no artigo 1º do seu Estatuto

2014. instituiu o normativo de criação e implementação de política de responsabilidade socioambiental, que formalizou as diretrizes e procedimentos fundamentais para as práticas socioambientais dos seus signatários nos negócios e na relação com as partes interessadas.¹⁷

Esse normativo SARB nº 14/2014 criou mecanismos e procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras nos modelos mais usuais utilizados em projetos ambientais (financiamento de projetos ou participação em empresas), bem como para a aceitação das respectivas garantias imobiliárias.

Conforme previsto no referido no art. 9º do normativo, as operações identificadas pelas instituições financeiras como de significativa exposição a risco socioambiental, “serão submetidas à avaliação com base em critérios consistentes e passíveis de verificação, tal como, quando aplicável, a licença ambiental emitida pelo órgão membro do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA ou documento equivalente”.

Em relação aos contratos firmados pelas instituições financeiras com as empresas executoras de projetos ambientais financiados, o art. 11 impôs que deverão ser previstas cláusulas, como por exemplo, que imponham a obrigação de a empresa financiada observar a legislação ambiental aplicável e a legislação trabalhista, especialmente as normas relativas à saúde e segurança ocupacional e a inexistência de trabalho análogo ao escravo ou infantil.

Mas, para os fins deste estudo, ganham destaque as cláusulas que (a) asseguram às instituições financeiras a faculdade de antecipar o vencimento da operação nos casos de cassação da

social. Disponível em https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/ESTATUTO%20FEBRABAN_fev2011.pdf. Acesso em 15/10/2016.

17 De acordo com o artigo 2º do Estatuto Social - A FEBRABAN tem por finalidade a congregação de suas ASSOCIADAS, para fortalecimento do Sistema Financeiro e de suas relações com a sociedade, de forma a contribuir para o desenvolvimento econômico e social do País, competindo-lhe: [...] g) implementar programas de autorregulação; *loc. cit.*

licença ambiental, quando aplicável, e de sentença condenatória transitada em julgado, em razão de prática, pela empresa financiada, de atos que importem trabalho infantil, trabalho análogo ao escravo, proveito criminoso da prostituição ou danos ao meio ambiente, conforme inciso III; (b) impõem às instituições financeiras a obrigação de monitorar as atividades das empresas financiadas de forma a identificar e mitigar impactos ambientais não antevistos no momento da contratação do crédito, conforme inciso IV; e, ainda (c) obrigam as instituições financeiras monitorar seus fornecedores diretos e relevantes no que diz respeito a impactos ambientais, respeito às legislações social e trabalhista, normas de saúde e segurança ocupacional, bem como a inexistência de trabalho análogo ao escravo ou infantil, conforme inciso V.

O artigo 13 foi, ainda, mais incisivo ao determinar que a instituição financeira “monitorará o desenvolvimento do Projeto, sob o aspecto do risco socioambiental, nos termos das obrigações gerais e específicas dispostas no contrato do Financiamento”.

Já em relação à participação de instituições financeiras como sócias de empresas, o artigo 14 determinou que os investimentos somente poderão ser realizados desde que, cumulativamente, atendam às seguintes exigências: (a) que a instituição financeira detenha direitos de sócio, que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais, poder de eleger ou destituir a maioria dos administradores, controle operacional efetivo ou controle societário;¹⁸ (b) devem ser precedidos de avaliação,

18 De acordo com o citado artigo 14, a instituição financeira somente poderá realizar investimentos em companhias em que detenha direitos de sócio que lhe assegurem o poder de eleger ou destituir a maioria dos administradores, pois assim estará em condições de assumir o controle das principais decisões da sociedade investida, incluindo as relacionadas aos impactos socioambientais. Para esses fins – poder de eleger ou destituir a maioria dos administradores - (a) se a sociedade investida for uma sociedade limitada, a instituição financeira deverá deter 2/3 do capital social para eleger os administradores da sociedade. Considera-se uma sociedade limitada formada pela instituição financeira e por mais sócios pessoas jurídicas e, portanto, haverá a

efetuada pela instituição financeira investidora, para verificar o grau de aderência às suas políticas socioambientais a ser realizada na companhia objeto do investimento, suas controladas ou outras sociedades que tenham relevância para a operação com os seguintes objetivos (b.1) avaliar eventuais passivos socioambientais da companhia; (b.2) averiguar o cumprimento por esta da legislação socioambiental vigente; (b.3) avaliar, quando cabível, fornecedores diretos e relevantes da companhia no que diz respeito aos incisos (b.1) e (b.2).

Finalmente, quanto às garantias imobiliárias que vierem a ser previstas nos contratos de financiamentos de projetos ambientais, a instituição financeira deverá (a) verificar a averbação da reserva legal na matrícula do imóvel rural ou no cadastro ambiental rural (CAR), conforme art. 16; fazer constar no respectivo contrato de financiamento que o imóvel objeto da garantia (b) não possui restrição ao uso, incluindo restrições relacionadas a zoneamento, parcelamento de solo, preservação do patrimônio arqueológico e histórico, restrição de atividades devido a inserção em APA (Área de Preservação Ambiental) ou APP (Área

necessidade de designação de administradores não sócios, pessoas físicas e profissionais de mercado, cujo quórum para a designação dependerá de aprovação de 2/3, no mínimo, do capital social integralizado, conforme exige o art. 1.061 do Código Civil e, (b) se a sociedade investida for uma sociedade por ações, a instituição financeira deverá deter a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia (conforme artigo 116, letra “a”, da Lei 6404/76). Considerando que o capital social das sociedades anônimas poderá ser dividido em ações ordinárias e ações preferenciais e, usualmente, quando as sociedades anônimas adotam estas duas espécies, as ações preferenciais não possuem direito de voto ou há restrição ao exercício deste direito, na prática, o poder de eleger a maioria dos administradores pela instituição financeira se dará pela maioria do capital votante formado por ações ordinárias, observado o limite de divisão previsto no art. 15, § 2º, segundo o qual “o número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% do total das ações emitida”. Assim, em apertada síntese, enquanto nas sociedades limitadas o atendimento do requisito previsto no artigo 14 do Normativo SARB 14/2014 exigirá da instituição financeira a participação de 2/3 do capital social, nas sociedades anônimas, essa participação pode ficar limitada à apenas mais da metade das ações ordinárias, isto é, do capital votante.

de Preservação Permanente), conforme art. 17, I; (c) não está localizado em terras de ocupação indígena ou quilombola, assim definidas pela autoridade competente, conforme art. 17, II.

Enfim, verifica-se que esse conjunto de procedimentos definidos no normativo SARB 14/2014 atribui às instituições financeiras responsabilidades pela boa execução do projeto ambiental financiado, deslocando-as de meras prestadoras de capital para verdadeiras partícipes na execução do projeto ambiental com repercussões quanto aos riscos e danos socioambientais.

Não há dúvidas que a autorregulação colocou o assunto na agenda dos bancos que, nas suas estruturas internas de governança, criaram comitês de responsabilidade socioambiental vinculados à alta administração da Instituição Financeira. De adesão voluntária, o SARB 14 tem como objetivos tornar o sistema bancário mais saudável, transparente e eficiente, elevar standards de conduta dos agentes de mercado e endereçar temas recorrentes: “O maior desafio para atingirmos essas metas é promover a evolução dos negócios num padrão que concilie eficiência econômica, respeito ao meio ambiente, responsabilidade e inclusão social, além do direcionamento de capitais para a economia verde”.¹⁹

2.3. NORMAS DE *SOFT LAW* EM MATÉRIA AMBIENTAL

A Autorregulação Bancária da Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN é um sistema de normas criado em 2008, pelas próprias instituições financeiras com compromissos de conduta estabelecidos para uma atuação das instituições financeiras de forma ainda mais eficaz, clara e transparente, em benefício do consumidor e da sociedade. A proposta central do sistema, é firmar um compromisso efetivo das instituições

19 “Café com Sustentabilidade” da FEBRABAN. 40ª edição. Implementação da PRSA de acordo com Resolução 4.327 e o Normativo SARB. Disponível em www.febraban.org.br. Acesso em 16/10/2016.

financeiras com seus consumidores, reconhecendo que é possível e oportuno ir além do estritamente legal. A adesão ao SARB é voluntária pelas instituições financeiras, que se comprometem a cumprir todos os normativos existentes.²⁰

Essa autorregulação bancária da FEBRABAN poderia ser considerada uma *soft law*? Qual seria a sua repercussão para atribuir responsabilidade às instituições financeiras por danos causados ao meio ambiente em razão da execução de projetos financiados?

No dizer de Carmona, “*soft laws* não são leis, não são regras, não são comandos: são diretrizes, orientações, esclarecimentos, aconselhamentos que objetivam harmonizar (não uniformizar!) comportamentos e perspectivas, especialmente no âmbito internacional”.²¹

Em matéria ambiental, as chamadas *soft law* assumem especial relevância em razão da adoção de tratados, declarações, entre outros documentos não ratificados pelos estados nacionais.

Ingo Sarlet ao examinar as diferentes fontes do direito ambiental contemporâneo (fontes normativas ou formais, fontes materiais, fontes complementares ou auxiliares), à luz da "teoria do diálogo das fontes" reconhece, com apoio em doutrina especializada, que:

“muito embora a ‘força normativa’ da legislação internacional em geral, e a ambiental em particular, seja considerada ‘relativa ou fraca’, haja vista não possuir instrumentos tão eficazes para fazer cumprir a lei em comparação com o direito doméstico, é fato incontestável que boa parte da legislação ambiental internacional, seus objetivos, princípios e instrumentos foram

20 Atualmente as seguintes instituições financeiras integram o SARB: Banco Bracce, Banco do Brasil, Banco do Nordeste, Banco Original, Banco Safra, Banco Toyota, Banco Volkswagen, Banco Votorantim, Banpará, Banrisul, BICBANCO, Bradesco, Caixa Econômica Federal, Citibank, Itaú Unibanco, Mercantil do Brasil, Santander, Sicredi. Disponível em www.autorregulacaobancaria.com.br. Acesso em 15/10/2016

21 CARMONA, Carlos Alberto. “Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 40/2014, págs. 23–44.

incorporados gradativamente pelas legislações constitucionais e infraconstitucionais dos Estados nacionais. O mesmo se pode dizer em relação aos documentos internacionais que em geral apresentam a natureza normativa de um *Soft Law*”.²²

Em seguida, cita, a título de exemplo, a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972) e a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) são consideradas *Soft Law*, já que não possuem a natureza jurídica de tratado internacional.

Mas a análise de Ingo Sarlet aprofunda ainda mais a questão em tema que possui relação direta com o aqui examinado, ao abordar as Organizações não governamentais (ONGs) voltadas à proteção ambiental como fontes complementares do direito ambiental. Após ressaltar que as ONGs não podem ser consideradas “fonte” do direito ambiental, Ingo propõe que sejam consideradas como “fonte completar ou auxiliar”, justificando a sua posição nos seguintes termos”

[...] muito embora a dificuldade de considerá-las como fonte jurídica em sentido estrito, nos parece relevante tratar as entidades ambientalistas como uma espécie de “fonte complementar ou auxiliar” do direito ambiental. A nosso ver, as reivindicações e a atuação das organizações da sociedade civil em torno da proteção ambiental conferem legitimidade ao direito ambiental. Além disso, há atuação extremamente ativa de entidades ambientalistas nos fóruns nacionais e internacionais voltados à temática ambiental. Em diversas ocasiões, é possível identificar a participação direta de tais entidades, amparadas na maioria das vezes por estudos de renomados especialistas, na elaboração de relatórios, documentos e até mesmo de projetos legislativos (nacionais e internacionais) ambientais. Talvez como em nenhum outro ramo jurídico, há espaço relevante para a intervenção das entidades da sociedade civil organizada no processo político que conduz à elaboração legislativa, o que é particularmente visível no cenário internacional. De modo

22 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. “Fontes do direito ambiental: uma leitura contemporânea à luz do marco constitucional de 1988 e da “teoria do diálogo das fontes”. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 78/2015, págs. 215 - 243

ilustrativo, provavelmente o exemplo mais expressivo da organização e atuação política da sociedade civil no âmbito internacional, pelo prisma da temática ecológica, seja o Fórum Global realizado paralelamente à Conferência da ONU sobre Desenvolvimento Sustentável (Eco-92), ocorrido na cidade do Rio de Janeiro, em junho de 1992.²³

Ao que tudo indica, essa autorregulação da FEBRABAN deslocou as instituições financeiras para o protagonismo principal em tema de responsabilidade ambiental em projetos financiados, em razão das disposições contidas no normativo SARB 14/2014 aqui já referidas, as quais impõem às instituições financeiras, projetos ambientais financiados diversas, obrigações antes da concessão do empréstimo, bem como durante a sua execução. Em função da clareza das disposições do referido Normativo e do caráter voluntário da prévia adesão ao mesmo pelas instituições financeiras, não se pode afastar a solidariedade das mesmas em relação aos danos ambientais causados pelos projetos financiados porque atendidas as exigências do art. 265 do Código Civil, segundo o qual “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NOS TRIBUNAIS

Nos tribunais, o debate em torno da responsabilidade das instituições financeiras gira em torno do nexos de causalidade entre a conduta do banco (o ato de conceder o empréstimo em projetos ambientais financiados) e o dano ambiental causado durante a execução do projeto pela empresa tomadora do empréstimo.

Foi por esse fundamento - ausência de nexos de causalidade - que no ano 2000 a Caixa Econômica Federal foi excluída do polo passivo de uma ação por danos ambientais ajuizada pelo Ministério Público contra a empresa executora do projeto,

mutuária da CEF porque, no dizer do Tribunal “na qualidade de mera financiadora de obra pública, não sendo responsável pela sua construção e tampouco pelo projeto, a Caixa Econômica Federal não pode ser responsabilizada por eventuais danos ambientais decorrentes sua realização.”²⁴ No ano 2003, o mesmo Tribunal, voltou a proferir idêntica decisão excluindo o BNDES do polo passivo da ação porque “pelo simples fato de ser a instituição financeira incumbida de financiar a atividade mineradora da CMM, em princípio, por si só, não o legitima para figurar no pólo passivo da demanda”.²⁵

Em recente decisão monocrática ainda sujeita a julgamento pela 1ª Turma do STJ, foi mantida a exclusão do Banco Interamericano de Desenvolvimento-BID do polo passivo de uma ação civil pública por danos ambientais, porque verificou-se que a relação do BID com a Fazenda Pública do Estado de São Paulo rege-se unicamente pelo contrato de empréstimo entre eles firmado, não havendo, tal como dito na decisão agravada, nexos de causalidade entre a liberação dos recursos para a obra, concedido pelo BID, e a ausência ou erro dos estudos acerca do impacto ambiental do projeto”.²⁶

Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, embora não relacionado à danos ambientais, tratou do tema do alcance da responsabilidade da Caixa Econômica Federal que atuou como agente financeiro no Programa Minha Casa Minha Vida e, nessa condição, se deveria (ou não) responder pelo atraso na entrega de imóvel financiado, tendo o STJ concluído que “a participação da CEF na relação jurídica *sub judice* ocorreu exclusivamente na qualidade de agente operador do financiamento

24 TRF-1ª Região. Agravo de Instrumento nº 1997.01.00.064333-4/AC, rel. Desembargador Federal José Antonio Sávio Chaves, 2ª Turma. j. em 07/11/2000.

25 TRF-1ª Região. Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.036329-1/MG, rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, 5ª Turma. j. em 15/12/2003.

26 STJ. 1ª Turma. Agravo de Instrumento nº 1.433.170-SP, decisão monocrática da Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região. DJe: 11/12/2014.

para fim de aquisição de unidade habitacional, a instituição financeira não detém legitimidade para responder pelo descumprimento contratual relativo ao atraso na entrega do imóvel adquirido com recursos destinados ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV)”.²⁷

Parte da doutrina nacional também se alinhava ao entendimento de que a responsabilidade objetiva e solidária de uma instituição financeira por danos causados por projetos financiados somente seria possível na hipótese de não terem sido adotadas as cautelas formais de exigência de licenças, alvarás e demais documentos comprobatórios da regularidade do projeto ambiental e da atividade da empresa financiada.

Para Édis Milaré “o nexos de causalidade apenas se estabelece quando a instituição financeira deixar de condicionar o empréstimo à comprovação do licenciamento ambiental e demais autorizações necessárias para a implantação e operação do empreendimento” e, conseqüentemente, “parece fora de dúvida, a nosso juízo, por prescindir do nexos de causalidade, uma instituição financeira não pode ser responsabilizada pelo dano ambiental causado, por exemplo, por um acidente verificado em um empreendimento com o qual mantenha contrato de mutuo, quando esse seja licito e detenha os devidos documentos autorizativos (alvará, licença ambiental e autorizações similares).²⁸

Posição diametralmente oposta foi assumida por Paulo Affonso Leme Machado nos seguintes termos: “o dinheiro que financia a produção e o consumo fica atrelado à moralidade e à legalidade dessa produção e desse consumo. A destinação do dinheiro não é, evidentemente, neutra e destituída de coloração ética. Nem o dinheiro privado nem o dinheiro público podem financiar o crime, em qualquer de suas feições, e, portanto, não

27 STJ. 3ª Turma. REsp nº 1.534.952-SC (2015/0125072-8), rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe: 14/02/2017.

28 MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, págs. 1269/1270.

podem financiar a poluição e a degradação da natureza.²⁹

Nessa mesma linha de entendimento, Herman Benjamin sustenta que “apesar de o poluidor indireto não dar causa direta e imediata ao dano, seu comportamento está vinculado à conseqüente degradação ambiental, o que o torna responsável pelo dano causado”.³⁰

Em um dos seus tantos julgados em matéria ambiental no Superior Tribunal de Justiça, o Min. Herman Benjamin, em posição coerente com a de doutrinador também decidiu que: “Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem”.³¹

Mas esse julgado do TRF, 1ª Região ocorrido em 2003 contém uma advertência que soa como um presságio do que viria a ocorrer, tempos depois, com a recente regulação expedida pelo Banco Central do Brasil e a autorregulação da FEBRABAN:

“Todavia, se vier a ficar comprovado, no curso da ação ordinária, que a referida empresa pública, mesmo ciente da ocorrência dos danos ambientais que se mostram sérios e graves e que refletem significativa degradação do meio ambiente, ou ciente do início da ocorrência deles, houver liberado parcelas intermediárias ou finais dos recursos para o projeto de exploração minerária da dita empresa, aí, sim, caber-lhe-á responder solidariamente com as demais entidades-rés pelos danos ocasionados no imóvel de que se trata, por força da norma inscrita no art. 225, caput, § 1º, e respectivos incisos, notadamente os incisos IV, V e VII, da Lei Maior.”³²

Ocorre que, a partir da regulação do Banco Central (Resolução 4327/2014) e da autorregulação da FEBRABAN (Normativo SARB 14/2014) que atribuíram diversas obrigações às

29 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Obra citada*. p. 336

30 BENJAMIN, Antônio Herman. “Responsabilidade civil pelo dano ambiental”. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 3. Nº 9, págs 5-52.

31 STJ, REsp 650.728/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 02/12/2009.

32 *Idem*

instituições financeiras em projetos ambientais financiados, seja no momento da concessão do empréstimo, seja durante a execução dos respectivos projetos, mencionando, inclusive, a possibilidade de inserção, nos contratos de financiamentos, de cláusula contratual de vencimento antecipado da dívida, parece que não será mais possível sustentar que não se estabeleceria nexo causal pela simples concessão do empréstimo. Em razão da regulação do Banco Central e da autorregulação do FEBRABAN talvez seja possível defender a caracterização do nexo causal que ligará a ação ou omissão da instituição financeira ao dano ao meio ambiente causado pelo projeto por ela financiado, aferido mediante análise do descumprimento das referidas exigências.

Aqui será aplicável um antigo slogan de conhecida propaganda: Não basta ser pai, tem que participar!

No caso das instituições financeiras, contudo, seria responsabilidade subjetiva em razão da exigência do cumprimento, pelas mesmas, das diversas disposições aqui diversas vezes referidas, o que pode levar a um reposicionamento da doutrina sobre o tema, nos seguintes termos:

“No caso específico dos Princípios do Equador, uma vez que os financiadores inserem obrigações contratuais mais rigorosas que as legais e, por vezes, se concedem o poder de fiscalizar o andamento ambiental do projeto, poder-se-ia argüir que, mesmo no campo da responsabilidade subjetiva, a falta de fiscalização poderia gerar a responsabilização civil. Aqui a decisão necessitaria ser caso a caso, para examinar-se: (i) a extensão do poder fiscalizatório; (ii) a culpa do financiador; (iii) se a falha da fiscalização tem nexo de causalidade com dano ou se o dano ocorreria de qualquer forma. De qualquer maneira, não se altera a inexistência de responsabilidade objetiva”.³³

Poder-se-ia até falar em aproximação dos fundamentos da responsabilidade ambiental das pessoas jurídicas de direito

33 VIANNA, M. D. B.; Waisberg, Ivo. “Sustentabilidade e Responsabilidade Social das Instituições Financeiras; Princípios do Equador”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 41, págs. 177-196.

público adotada por jurisprudência firme do STJ no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para responder por danos causados ao meio ambiente em decorrência da sua conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar³⁴ como, aliás, ficou reconhecido em julgamento anterior do STJ que admitiu o Estado do Paraná no polo passivo de uma ação por danos ambientais porque o Estado forneceu verbas ao Município de Foz do Iguaçu e não adotou as “cautelais fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental”.³⁵

4. TEORIA DA AGÊNCIA: BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES

Se, de um lado, essa regulamentação coloca as instituições financeiras como protagonistas do processo de concessão de financiamentos para projetos ambientais, atribuindo-lhes uma séria de compromissos e responsabilidade, de outro, pode gerar um problema de agência já que, as empresas financiadas, sabedoras da solidariedade ou corresponsabilidade das instituições financeiras pelos eventuais danos ambientais causados durante a execução dos projetos, não terão incentivos para adotar comportamento de precaução em relação a danos ambientais.

Os tribunais, com vistas a não retardar a reparação dos danos ao meio ambiente e pagamento das indenizações, poderiam, com base nesse novo aparato regulamentar, atribuir responsabilidade às instituições financeiras que vierem a descumprir as formalidades e procedimentos para a concessão do crédito.

Vislumbra-se, conseqüentemente, a possibilidade de

34 STJ. AgRg no Agravo de Instrumento nº 822.764–MG. Relator Min. José Delgado. 1ª turma, DJ: 02/08/2007

35 STJ. REsp. nº 604.725-PR, relator Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ: 22/08/2005.

risco moral (*moral hazard*), isto é, ausência de incentivos para a empresa financiada, executora do projeto ambiental, para alterar o seu comportamento em razão da possibilidade de responsabilização da instituição financeira pelo dano ambiental causado.³⁶ Cria-se um alto risco de comportamento oportunista, podendo a empresa financiada executora do projeto ambiental desempenhar suas obrigações contratuais sem o esforço devido, agindo com cuidado inferior, tal como reconhecido por Paulo de Bessa Antunes: “[A] excessiva ampliação do conceito de poluidor indireto pode implicar uma verdadeira indução à não responsabilização dos proprietários de atividades poluentes que, de uma forma ou de outra, se encontram vinculados a cadeias produtivas maiores, haja vista que a responsabilidade se transferirá automaticamente para aquele que detenha maiores recursos econômicos”.³⁷

Outro aspecto que também deve ser observado na aplicação dessa nova normatização é a possível falta de incentivos para que a empresa financiada, responsável pela execução das obras, internalize os custos de controle e de performance do projeto

36 “A problemática do risco moral é típica do setor de seguros. Esta situação de assimetria informacional ocorre, por exemplo, quando o segurado, sabedor que é que o bem encontra-se protegido por um contrato de seguros, decide deixar de tomar todos os cuidados com o bem que tomaria se este não estivesse segurado. Os casos de *moral hazard*, assim, não envolvem – propriamente – a questão da assimetria informacional, mas, sim, a insuficiência de informações quando da contratação, bem como as dificuldades de acompanhamento das ações do *agente*”. FINKELSTEIN, Maria Eugênia. “Assimetria informacional e governança corporativa” *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 73/2016, págs.. 71-91. Para Otávio Yazbek: “Os casos de risco moral, assim, não envolvem propriamente a insuficiência de informações quando da contratação, mas muito mais dificuldades de acompanhamento das ações dos agentes pelo principal”. YAZBEK, Otávio. *Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais*, Rio de Janeiro: Campus-Jurídico, 2007, p. 44. Finalmente, nas exatas palavras de Rachel Sztajn: “É preciso evitar oportunismo, carona, *moral hazard* entre outros efeitos perniciosos, que normas de direito posto, ideadas com os melhores propósitos para tutela de contratantes, sirvam de aríete, e, portanto, inadequadas para a manutenção da cadeia produtiva” SZTAJN, Rachel “Ronald h. Coase e a importância de perguntar. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 1/2014, p. 201.

37 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 517

financiado (custos de transação ambiental)³⁸. Foi nesse sentido, a correta advertência de Rômulo Silveira da Rocha Sampaio:

“Se o poluidor direto sabe de antemão que na hipótese de dano ambiental a reparação será imputada ao indireto que financiou o empreendimento segundo uma preferência implícita pelos legitimados da ação civil pública por aqueles que, aparentemente, detém mais recursos, o poluidor direto não tem qualquer incentivo para internalizar deveres de cuidado. O indireto pode cobrar mais pelo financiamento e o direto, sabendo que está pagando mãos e que pode se desincumbir da responsabilidade por interpretações judiciais a técnicas, assumirá riscos maiores e não internalizará deveres de cuidado por acreditar que alguém estará sempre pronto para arcar, via decisão judicial, com eventual prejuízo do dano”.³⁹

A empresa financiada, executora do empreendimento (poluidora direto) poderá não adotar as medidas mais eficientes se houver um poluidor indireto (instituição financeira) com mais recursos e que não participe da gestão do empreendimento.

38 “Para os economistas muitas externalidades resultam de elevados custos de transação, custos esses que aparecem na organização das operações em mercados e que podem alterar mecanismos de alocação de recursos, aumentar custos sociais. Externalidades são uma das formas de análise de fenômeno mais geral, que resulta de entende que cada ato ou ação, mesmo individual, pode ser inserido numa cadeia de causa e efeito e que é difícil determinar quando o ato seja inepto para produzir qualquer repercussão externa ao agente. Por isso que, frente a externalidades negativas deve-se impor ao agente o custo correspondente ao valor das utilidades ou recursos de terceiros que sejam por ele atingidos ou consumidos. A escolha dos meios de imposição do ônus deve ser determinada mediante critérios específicos de forma a não ampliar custos de transação que se transformem em custos sociais. Oportunidades de ganhos extraordinários em virtude da percepção de externalidades quando não afetam terceiros podem ser aceitas. Custo de transação é expressão que, também esta, vem da ciência econômica e cuja relevância, na tomada de decisões pelos agentes econômicos, demonstra-se crescente. Transação, no jargão dos economistas, é qualquer operação econômica, operação de circulação de riqueza entre agentes econômicos. Custos de transação são aqueles custos em que se incorre, que de alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação”. SZTAJN, Rachel. “Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil”. *Revista de Direito Privado*, vol. 22, págs. 250-276.

39 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *Responsabilidade Civil Ambiental das Instituições Financeiras*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 31.

5. CONCLUSÕES

O tema é complexo. Os princípios do equador constituem no novo referencial do setor financeiro para identificação, avaliação e gerenciamento de riscos socioambientais em projetos.

A partir da regulação do Banco Central (Resolução 4327/2014) e da autorregulação da FEBRABAN (Normativo SARB 14/2014) as instituições financeiras deixaram de ser “meras prestadoras do capital” porque os referidos normativos brasileiros criaram uma série de procedimentos e responsabilidades para as instituições financeiras em projetos ambientais financiados, seja no momento da concessão do empréstimo, seja durante a execução dos respectivos projetos, mencionando, inclusive, a possibilidade de inserção, nos contratos de financiamentos, de cláusula contratual de vencimento antecipado da dívida, parece que não será mais possível sustentar que não se estabeleceria nexo causal pela simples concessão do empréstimo.

Nos tribunais, o atual debate em torno da responsabilidade das instituições financeiras em torno do nexo de causalidade entre a conduta do banco (o ato de conceder o empréstimo em projetos ambientais financiados) e o dano ambiental causado durante a execução do projeto pela empresa tomadora do empréstimo (até o momento as decisões excluem as instituições financeiras do polo passivo de ações por danos ambientais pelo simples fato de serem incumbidas de financiar a atividade poluidora, causada pela empresa financiada) pode ficar superado em razão dessa recente normatização bancária.

Em face da regulação do Banco Central e da autorregulação do FEBRABAN talvez seja possível defender a caracterização do nexo causal que ligará a ação ou omissão da instituição financeira ao dano ao meio ambiente causado pelo projeto por ela financiado, aferido mediante análise do descumprimento das referidas exigências, em especial pelo que dispõe o artigo 13 do

Normativo SARB 14/14 ao determinar que a instituição financeira “monitorará o desenvolvimento do Projeto, sob o aspecto do risco socioambiental, nos termos das obrigações gerais e específicas dispostas no contrato do Financiamento”.

No caso das instituições financeira, contudo, seria responsabilidade subjetiva em razão da exigência do cumprimento, pelas mesmas, das diversas disposições aqui diversas vezes referidas numa aproximação dos fundamentos da responsabilidade ambiental das pessoas jurídicas de direito público adotada por jurisprudência firme do STJ no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para responder por danos causados ao meio ambiente em decorrência da sua conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar, ou pelas exatas palavras adotadas no Normativo SARB 14/2014 a instituição financeira “monitorará o desenvolvimento do Projeto, sob o aspecto do risco socioambiental”.

Também vislumbrou-se problemas de agência, diante da possibilidade de risco moral (*moral hazard*), isto é, ausência de incentivos para a empresa financiada, executora do projeto ambiental, alterar o seu comportamento em razão da possibilidade de responsabilização da instituição financeira pelo dano ambiental causado, criando-se, assim, um alto risco de comportamento oportunista.



6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BENJAMIN, Antônio Herman. “Responsabilidade civil pelo dano ambiental”. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 3, nº 9, págs 5-52.

- BRASIL. Banco Central do Brasil editou a resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014
- BRASIL. STJ. REsp 1.114.398/PR, rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção. DJe 16/2/2012.
- _____. 1ª Turma. Agravo de Instrumento nº 1.433.170-SP, decisão monocrática da Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região. DJe: 11/12/2014.
- _____. 3ª Turma. REsp nº 1.534.952-SC (2015/0125072-8), rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe: 14/02/2017.
- _____. REsp 650.728/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 02/12/2009.
- _____. AgRg no Agravo de Instrumento nº 822.764-MG. Relator Min. José Delgado. 1ª turma, DJ: 02/08/2007
- _____. REsp. nº 604.725-PR, relator Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ: 22/08/2005.
- BRASIL. TRF-1ª Região. Agravo de Instrumento nº 1997.01.00.064333-4/AC, rel. Desembargador Federal José Antonio Sávio Chaves, 2ª Turma. j. em 07/11/2000.
- _____. Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.036329-1/MG, rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, 5ª Turma. j. em 15/12/2003.
- CARMONA, Carlos Alberto. “Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 40/2014, págs. 23–44.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia. “Assimetria informacional e governança corporativa” *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 73/2016, págs.. 71-91.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental*

- brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PERES NETO, José Branco; FANTIN, Marcel. “Responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras”, *Revista Eletrônica FACP*, nº 05, 2014. Disponível em <http://198.136.59.195/~facp/revista/index.php/re-FACP/article/view/28/pdf>. Acesso em 10/10/2016.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1989
- ROSA, Dirceu P. de Santa. *A importância da "due diligence" de propriedade intelectual nas fusões e aquisições*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3006&p=1>>. Acesso em: 20 DEZ 2009.
- SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *Responsabilidade Civil Ambiental das Instituições Financeiras*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. “Fontes do direito ambiental: uma leitura contemporânea à luz do marco constitucional de 1988 e da "teoria do diálogo das fontes". *Revista de Direito Ambiental*, vol. 78/2015, págs. 215-243
- SZTAJN, Rachel. “Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil”. *Revista de Direito Privado*, vol. 22, págs. 250-276.
- _____. “Ronald H. Coase e a importância de perguntar. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 1/2014, p. 201.
- VIANNA, M. D. B; Waisberg, Ivo. “Sustentabilidade e Responsabilidade Social das Instituições Financeiras; Princípios do Equador”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 41, págs. 177-196.
- YAZBEK, Otávio. *Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais*, Rio de Janeiro: Campus-Jurídico, 2007, p. 44.