



RECOMENDAÇÃO DE VETO AO ART. 35 DO PLV Nº 3/2017 (MP nº 752/2016)

RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS: A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DO ARTIGO 35 DA MP 752 (PLV Nº 3/2017) E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NÃO-RETROCESSO

A presente Nota Técnico-Jurídica trata do art. 35 do Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 3/2017, originado na Medida Provisória (MP) nº 752/2016, cujo objeto consiste nas regras de concessões no setor de transportes. O PLV em referência foi aprovado na Câmara e no Senado e seguiu para sanção/veto presidencial.

O referido art. 35 do PLV dispõe que bancos supervisionados pelo Banco Central do Brasil e as entidades governamentais de fomento "somente responderão por dano ambiental nos contratos de parceria, **se comprovado dolo ou culpa**, bem como a **relação de causalidade entre sua conduta e o dano causado**". Em seu parágrafo único, o mesmo dispositivo ainda prevê que "as entidades referidas no *caput* deste artigo serão **subsidiariamente responsáveis** pela reparação do dano para o qual tenham contribuído, **no limite da sua participação** na ocorrência do referido dano."

Em apertado resumo, ao condicionar a responsabilização de instituições financeiras à prova de dolo ou culpa, o art. 35 do PLV nº 3/2017 (i) afronta preceitos constitucionais (arts. 5.º, XXXV, 192 e 225, *caput* e § 3.º), (ii) dificulta a implementação de políticas de responsabilidade socioambiental no setor financeiro, (iii) promove o financiamento de atividades ilícitas e danosas ao meio ambiente, (iv) incentiva e serve como propulsor do desmatamento e (v) viola os princípios da precaução, prevenção, poluidor-pagador, da reparação integral do dano ambiental e do não retrocesso socioambiental, todos amparados constitucionalmente e consolidados pela doutrina e jurisprudência pátrias, além de constarem em tratados internacionais ambientais e de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

A aprovação do art. 35 do PLV nº 3/2017 traria para o ordenamento disposição que carece de estrutura lógico-jurídica e, conforme se verá a seguir, está em desacordo com as melhores práticas e normas em âmbito internacional. Antevê-se, com a presente medida, prejuízos à própria reputação do sistema financeiro nacional, em

função do desincentivo que ela trará para que se adote as práticas mais avançadas de gerenciamento de riscos socioambientais.

O reflexo imediato dessa medida será a assunção de maiores riscos socioambientais pelas instituições financeiras sem a contrapartida em melhores instrumentos de gestão, aumentando-se assim o risco do sistema como um todo, com consequências nefastas sobre a precificação do crédito o crescimento econômico do país, além da judicialização - tanto do próprio art. 35 do PLV em questão, que certamente será objeto de ação direta de inconstitucionalidade caso não seja vetado - como em casos específicos de aplicação do dispositivo em comento.

Importante consignar, ademais, que o dispositivo ora questionado tem o potencial de desestruturar todo o sistema de responsabilidade civil ambiental no Brasil, consolidado e aprimorado desde o ano de 1981, com a edição da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), o qual conta com ampla e expressa proteção constitucional, tal como previsto no § 3.º do art. 225 da Lei Maior. Também nesse sentido, tratar-se-ia do primeiro precedente, desde 1981, de exceção às regras de responsabilidade objetiva, solidária e pelo risco integral, dos poluidores direto e indireto, o que poderia gerar um efeito “em cascata” para outros setores econômicos - tudo em detrimento das disposições constitucionais e legais que regem o bem-sucedido sistema de responsabilização civil socioambiental.

No limite, a medida criará um ambiente permissivo para que bancos, agências de fomento e outras instituições financeiras acabem se tornando cúmplices e incentivadores de violações de direitos humanos e danos ambientais causados pelos seus parceiros comerciais.

1. Inconstitucionalidade formal do art. 35 do PLV nº 3/2017

De início, verifica-se a existência de grave vício formal apto a tornar absolutamente inconstitucional o art. 35 do PLV nº 3/2017.

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal definitivamente pôs fim a uma prática até então comum no Congresso Nacional: o contrabando legislativo. Por esse expediente, eram aprovadas emendas parlamentares sem qualquer relação de conteúdo com Medidas Provisórias submetidas ao crivo legislativo. O tema ganhou ainda mais notoriedade com as investigações sobre a utilização dessas emendas para beneficiar empresas privadas.

Conforme voto da ministra Rosa Weber no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.127/DF, trata-se de “procedimento marcadamente antidemocrático, na medida em que, intencionalmente ou não, subtrai do debate público e do ambiente deliberativo próprios ao rito ordinário dos trabalhos legislativos a discussão sobre as normas que irão regular a vida em sociedade”.

Devido ao seu caráter vinculante, a decisão da Suprema Corte passou a impedir o Congresso de aprovar novos contrabandos legislativos, popularmente conhecidos como “jabutis”, bem como a impor ao Poder Executivo o veto a disposições consideradas oriundas de contrabando legislativo.

Tal como expresso pelo Supremo Tribunal Federal no julgado supramencionado - recorde-se, cujo efeito é vinculante a todos os Poderes da República em todos os entes federativos -, o referido procedimento viola toda a Seção VIII da Constituição Federal e também o art. 7º, II, da Lei Complementar nº 95/1998, que dispõe sobre a elaboração das leis. Tal regramento, como já se mencionou, determina que a lei não pode conter matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.

É exatamente este o caso ora analisado.

Com efeito, **o referido art. 35 não estava previsto na redação original da MP nº 752/2016**, tendo sido incluído através de emenda legislativa quando da tramitação do respectivo processo legislativo de conversão em lei.

Mais do que isso, **o conteúdo do mencionado art. 35 não tem qualquer relação com o objeto da MP nº 752/2016: enquanto o objeto da MP se refere às regras de concessões no setor de transportes, o art. 35 do PLV nº 3/2017 versa sobre o tema da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras.**

Trata-se, portanto, de evidente caso de “jabuti” (ou contrabando legislativo) inserido por grupos parlamentares em uma Medida Provisória, com o fito de que seja aprovada uma matéria controversa para a sociedade sem controle social, em veículo inadequado e sem o devido debate público.

Diante disso, sendo inegável a ocorrência de contrabando legislativo, prática vedada pelo Supremo Tribunal Federal, recomenda-se seja vetado o art. 35 do PLV nº 3/2017 por vício formal.

2. Instituições financeiras e agências de fomento estão sujeitas ao princípio do poluidor-pagador

A Constituição Federal brasileira, pioneiramente, definiu, no *caput* do artigo 225, que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental de todos, bem jurídico de titularidade da coletividade, essencial à sadia qualidade de vida, incumbindo ao Poder Público e à sociedade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dada a relevância do bem jurídico ambiental, e às suas características de indivisibilidade, inalienabilidade, indisponibilidade, extrapatrimonialidade e dificuldade/impossibilidade de reparação, o legislador constituinte estabeleceu, no § 3.º do mesmo dispositivo constitucional, que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Além de ser objeto de ampla proteção constitucional, tal como sedimentado pela doutrina e jurisprudência pátrias, o artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) dispõe que qualquer poluidor é obrigado, “independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”. Anote-se, nesse ponto, que a aludida Lei n.º 6.938/1981, em seu artigo 3º, inciso IV, foi bastante abrangente na

definição de poluidor, sujeitando à responsabilidade por dano ambiental tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, de direito público ou privado, que seja responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

Todo esse arcabouço jurídico positivou os princípios do poluidor-pagador e da reparação integral do dano ambiental no ordenamento jurídico brasileiro e consolidou a teoria do risco integral como parâmetro para a definição da responsabilidade civil por danos ambientais.

Sobre o tema, Marcelo Abelha Rodrigues assinala que “pior do que um dano ambiental é um dano ambiental que não foi revertido, corrigido ou compensado, posto que a partir dessa inércia é que novos danos virão sempre mais graves e ‘mais irreversíveis’ (desculpem-nos a linguagem), tendo em vista a cumulação de efeitos negativos sobre o meio ambiente lesado”.

Mais do que sua função reparatória, o sistema de responsabilidade civil socioambiental ocupa-se também com a prevenção dos danos ambientais, dada a sua característica de difícil ou impossível reparação, como infelizmente temos percebido com o desastre do rompimento da barragem em Mariana/MG. Nesse sentido, o Ministro Antonio Herman V. Benjamin preceitua que a responsabilidade civil socioambiental “vê suas finalidades básicas mantidas, mas certamente redesenhadas, passando a prevenção (e, pelas mesmas razões, até o caráter expiatório) a uma posição de relevo, *pari passu* com a reparação”.

Todo esses princípios e regras, amplamente amparados pela Constituição e legislação infraconstitucional, consubstanciam o sistema de responsabilidade civil socioambiental, classificado pela doutrina e jurisprudência como garantia a todos os cidadãos e cidadãs acerca da efetividade do seus direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, reconhecidos pelo artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

Importante ressaltar, dada a relevância para o objeto da presente manifestação, que à responsabilidade civil ambiental aplicam-se as regras da *solidariedade*, decorrente da aplicação do artigo 942 do Código Civil, além dos dispositivos constitucionais correlatos. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça assentou, em emblemática passagem jurisprudencial, que, “para o fim de apuração do nexos 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”.

Como decorrência desse todo esse sistema, a responsabilidade objetiva recai sobre qualquer poluidor. No caso das instituições financeiras, sua responsabilidade se dá quando suas ações de financiamento e crédito contribuam para a ocorrência de danos ambientais. Nesse sentido, “qualquer uma das causas pode ser considerada eficiente para causar o dano ambiental”.

A relevância crucial da responsabilidade objetiva e solidária para todo e qualquer eventual responsável pela ocorrência de dano é demonstrada pela efetividade das políticas de prevenção de danos adotadas pelas instituições financeiras nacionais, responsáveis por uma das poucas e mais efetivas medidas de prevenção de danos.

Devido a esse sistema, os bancos não mais financiam atividades consideradas danosas, como por exemplo aquelas desprovidas da necessária licença ambiental ou aquelas responsáveis por desmatamentos ilegais ocorridos na Amazônia.

Tamanha a importância do tema que a própria Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 12 da Lei nº 6.938/1981, prevê que “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”.

A matéria ainda é objeto da Resolução nº 4.327/2014 do Banco Central, que “dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil”.

Toda esse bem-sucedido sistema sucumbirá caso seja mantido o contrabando legislativo para o qual ora se pleiteia o veto.

O art. 35 do PLV nº 3/2017 pretende estabelecer um novo regime de (ir)responsabilidade das instituições financeiras e agências de fomento por danos socioambientais, condicionando sua responsabilização à comprovação de dolo ou culpa, além de classificá-la como subsidiária.

Seria a única exceção, desde 1981, ao sistema de responsabilidade civil socioambiental no país.

Tal modificação pressupõe alguma particularidade da relação jurídica entre a conduta do financiador e o dano ambiental, de modo a inserir o elemento subjetivo na determinação da responsabilidade, além da subsidiariedade, e não apenas a identificação do nexo causal, como deve ser nos casos em que há a previsão de responsabilidade objetiva.

Mas não há nada de especial que justifique um tratamento diferenciado do grau de responsabilidade dos agentes financiadores por danos ambientais. Pelo contrário, o artigo 192 da Constituição estabelece que o sistema financeiro nacional deve ser “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”. Independentemente da persistente omissão do Poder Público em regulamentar esse dispositivo constitucional, por força da aplicabilidade imediata das normas garantidoras de direitos fundamentais, há um dever jurídico a ser observado pelas instituições financeiras de não conceder empréstimos ou financiamentos que venham a comprometer o mandamento constitucional que assegura a todos e todas um ambiente ecologicamente equilibrado.

É preciso reconhecer que o sistema financeiro nacional está regido por um arcabouço jurídico próprio que visa salvaguardar sua higidez e estabilidade, de modo a garantir a continuidade de seu funcionamento como um imperativo fundamental ao

crescimento sustentável da economia. No entanto, há claros limites jurídicos para a diferenciação do setor financeiro de outros setores da economia com relação às obrigações perante direitos fundamentais e deveres ambientais. Como regra geral, a criação de “exceções” para o sistema financeiro não deve, em nenhuma hipótese, afrontar, de maneira desproporcional, todos os demais direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. Trata-se de olhar o setor financeiro sob uma perspectiva dos direitos humanos, valores fundantes da ordem constitucional.

Um exemplo emblemático de como o sistema financeiro deve se ajustar às demais normas do ordenamento jurídico diz respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal de que os bancos estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor (ADI nº 2.591). De maneira análoga, assim como o Supremo Tribunal Federal entendeu que o sistema financeiro sujeita-se ao princípio constitucional de defesa do consumidor, também está sujeito ao princípio constitucional de garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado, tal como previsto nas disposições constitucionais, legais e infralegais acima mencionadas e transcritas.

Diante disso, conclui-se pela inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público/difuso da sociedade brasileira do art. 35 do PLV nº 3/2017, cujo veto ora se recomenda.

3. O Artigo 35 do PLV nº 3/2017 viola os princípios do não retrocesso e da proporcionalidade

O princípio do não retrocesso estabelece vedação à realização de atos ou adoção de medidas legais que diminuam o nível de proteção dos direitos fundamentais. Na esfera dos direitos socioambientais, trata-se de uma obrigação de cunho negativo (“não fazer”) necessária ao reconhecimento do direito subjetivo dos indivíduos e da sociedade a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF/88). Essa obrigação vincula o legislador ordinário e limita sua liberdade para revogar ou alterar normas infraconstitucionais que esvaziem ou reduzam o conteúdo dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição.

A vedação ao retrocesso ao meio ambiente alcança, além de medidas que visam extinguir uma norma protetiva do meio ambiente, situações em que o recuo se manifesta por meio de artifícios legislativos ou enfraquecimento de políticas públicas que, na prática, reduzem o nível de proteção. Segundo Michel Prieur, a “desregulamentação” do meio ambiente ocorre não apenas pela derrogação expressa de regras de Direito Ambiental, mas também pela redução ou transformação das regras em vigor, de modo a torná-las inoperantes.

O artigo 35 do PLV nº 3/2017 claramente insere-se nessa segunda hipótese, porque ele visa, de maneira insidiosa, impedir a responsabilização de agentes financeiros por danos socioambientais, colocando em risco todo o sistema de responsabilização civil ambiental, responsável não apenas pela reparação, mas principalmente pela prevenção de danos.

Ademais, a inclusão do referido dispositivo no ordenamento jurídico nacional com a finalidade de esvaziar a possibilidade de responsabilização das entidades financeiras resultará em sérias dificuldades ao trabalho de fiscalização dos órgãos

ambientais, pela inversão do ônus da prova (que passaria a ser de quem alega o dano) ou pelo desincentivo à boa gestão, pelas instituições financeiras, de seus riscos socioambientais.

Nesse sentido, ao restringir a responsabilização civil ambiental de agentes financiadores aos casos em que for demonstrada e comprovada sua culpa ou dolo, além da subsidiariedade, o art. 35 do PLV nº 3/2017 acaba por impedir por completo que essa responsabilização ocorra. Ora, como comprovar a culpa ou dolo de pessoa jurídica que financia uma atividade? Certamente não pelo aspecto subjetivo (dolo ou culpa), mas sim por critérios objetivos que possibilitem a aferição da relação entre a ação ou omissão e a ocorrência do dano. Mesmo na seara penal, em que a jurídica pode ser responsabilizada por crime ambiental (Lei de Crimes Ambientais - Lei nº 9.605/1998), não há de se falar em aferição de liame jurídico subjetivo para a imputação de responsabilidade, tal como se faz para aferir a culpa e dolo da pessoa natural.

Sob o ponto de vista do direito internacional, o princípio do não-retrocesso decorre da obrigação de progressividade, ou dever de progressiva realização e proteção, previsto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (PIDESC). O PIDESC, do qual o Brasil é parte, impõe que os Estados pactuantes implementem de forma progressiva os direitos sociais neles consagrados.

Da mesma maneira, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Área dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (o Protocolo de San Salvador) contém disposições normativas similares àquelas do PIDESC e de outros tratados internacionais de direitos humanos sobre a obrigação dos Estados de garantir a realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais. O próprio texto do Protocolo de San Salvador prevê, em seu art. 11, que “toda pessoa tem direito a viver em um ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos”, bem como que “os Estados-Partes promoverão a proteção e melhoramento do meio ambiente” (grifos nossos).

Ingo Sarlet aponta que qualquer medida que diminua a proteção do meio ambiente é inconstitucional. O constitucionalista aponta que eventual medida restritiva do direito fundamental à proteção do ambiente deverá encontrar sempre respaldo na própria ordem constitucional, ou seja, justificar-se pela necessidade de proteção de outros direitos fundamentais. Nesse sentido, o autor alude ao princípio da proporcionalidade, amplamente utilizado como método para a ponderação entre dois princípios colidentes.

Segundo Sarlet e Fensterseifer,

Por força do art. 5.º, §1º da nossa Lei fundamental, é imposta a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o art. 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (em vista de que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção da confiança), os quais são incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização dos direitos fundamentais, o que não permite, em qualquer hipótese, a supressão ou restrição desses de modo a invadir o seu núcleo essencial, bem como, atentar, de outro modo, às exigências do princípio da proporcionalidade.

No caso concreto do art. 35 do PLV 3/2017, o referido dispositivo não resiste ao crivo da proporcionalidade. O teste da proporcionalidade requer a análise da medida sob seu jugo em três níveis: i) adequação: avalia a capacidade da medida realizar o objetivo almejado; ii) necessidade: procura medidas alternativas que realizem o direito em questão na mesma intensidade, mas violando outros direitos a menor e iii) proporcionalidade em sentido estrito: avalia a restrição dos direitos fundamentais envolvidos.

Relativamente à necessidade da medida, não houve a demonstração de que foram consideradas alternativas menos lesivas ao meio ambiente para a proteção de outros direitos fundamentais que possuem idêntica proteção constitucional.

Exemplos de medidas mais eficazes, que não trariam retrocessos no nível de proteção e garantiriam maior segurança jurídica, incluem: (i) o fortalecimento dos órgãos de licenciamento ambiental e de proteção de comunidades tradicionais, a fim de que estes operem com os recursos necessários para avaliar e mensurar todos os impactos e exigir o cumprimento das ações de mitigação e compensação, evitando-se assim a ocorrência de danos não previstos ou subdimensionados, (ii) a efetiva observância de processos de consulta com as comunidades direta ou indiretamente atingidas pelos projetos, em conformidade com as normas internacionais (especialmente a Convenção 169 da OIT), para que estas possam expor suas preocupações, minimizando-se assim a possibilidade de conflitos em etapas posteriores, e (iii) a adoção, por instrumento legal, de regras mais claras sobre os procedimentos de *devida diligência* a serem adotados pelas instituições financeiras para evitar e mitigar impactos socioambientais.

O artigo 35 do PLV nº 3/2017 vem, portanto, a beneficiar um segmento econômico em detrimento do direito da coletividade atual e das futuras gerações a um meio ambiente sadio. Como bem apontado pelo Ibama (p. 2), a atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente.

Sob o aspecto da adequação, é questionável se realmente o dispositivo em questão irá melhorar a segurança jurídica dos financiamentos a atividades poluidoras no Brasil. A já citada Resolução nº 4.327/2014 do Conselho Monetário Nacional (CMN) obrigou as instituições financeiras que operam no Brasil a adotar uma Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA) e a implementar planos de ação para sua operacionalização. No entanto, tal norma não contém critérios substantivos para nortear os financiadores sobre as medidas a serem tomadas de modo a cumprir com seus deveres jurídicos em face do meio ambiente. Nesse cenário, o art. 35 do PLV nº 3/2017 não traz nenhuma melhoria concreta para a segurança jurídica do mercado de crédito brasileiro. Diante do vazio da legislação atual, as instituições financeiras continuariam carentes de parâmetros normativos claros para avaliar se efetivamente tomaram as medidas acautelatórias necessárias para afastar a culpa ou dolo.

Quanto à averiguação da proporcionalidade em sentido estrito, ao abandonar o princípio da responsabilidade objetiva, consagrado na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, o art. 35 do PLV nº 3/2017 irá, na prática, inviabilizar a responsabilização das instituições financeiras por danos ambientais, como exhaustivamente demonstrado acima. Tem-se, assim, um caso em que um dispositivo

atinge o núcleo mínimo de outro direito fundamental, qual seja o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na definição de Michel Prieur, o “mínimo ecológico existencial” consiste em um “nível de obrigações jurídicas fundamentais de proteção, abaixo do qual toda medida nova deveria ser vista como violando o direito ao ambiente”.

De qualquer forma, a princípio, toda medida que reduz o nível de proteção de maneira direta ou indireta viola o princípio do não retrocesso. Segundo o relator da ONU sobre direitos humanos e meio ambiente, John Knox, há uma presunção de que medidas que retrocedam na proteção ambiental não são permitidas pelo direito internacional.

Daí que, em adição aos argumentos acima apresentados, o veto ao art. 35 do PLV nº 3/2017 é medida que se impõe.

4. Contradições entre o art. 35 do PLV nº 3/2017 com parâmetros internacionais de responsabilidade do setor privado pelos direitos humanos

O art. 35 do PLV nº 3/2017 está em franca contradição com os Princípios da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, aprovados unanimemente pelo Conselho de Direitos Humanos em 2011. Tais Princípios estabelecem que as empresas possuem uma obrigação de não violar direitos fundamentais (inclusive o direito ao meio ambiente sadio) e, para tanto, devem realizar a *devida diligência* em direitos humanos.

Os Princípios Orientadores tratam de três tipos de envolvimento de empresas com violações a direitos humanos: ‘causar’, ‘contribuir’ e ‘**estar diretamente ligado a terceiro**’. A distinção crítica que bancos - e atores privados de forma geral - deveriam fazer diz respeito às situações em que danos são causados não apenas de maneira direta (por “suas próprias atividades”), mas também em casos em que há um envolvimento indireto. A distinção central, especialmente para bancos, trata de violações para as quais eles possam “ter contribuído” e violações cometidas por terceiros em relação às quais eles sejam “diretamente ligados” por meio de suas atividades econômicas, mesmo que não tenham “causado” ou “contribuído” para as referidas violações.

A distinção entre “contribuir” e “estar diretamente ligado a terceiros” opera sobretudo para diferenciar o grau de “due diligence” requerida de cada ator (bancos e seus clientes). De menor importância é a diferenciação entre os bancos e os causadores diretos com relação à reparação dos danos causados, pois ambos respondem solidariamente.

De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, “se uma empresa é informada - por meio de sua própria diligência ou por outros meios - de um impacto adverso nos direitos humanos que está ligado às suas operações, produtos ou serviços através de uma relação comercial, a empresa tem a responsabilidade de buscar a prevenção ou mitigar o risco de continuar ou repetir”.

O ACNUDH também afirma que a “causalidade” não é um fator que afeta a obrigação das empresas de evitar e mitigar os impactos dos direitos humanos. Mesmo

que a responsabilidade da instituição financeira e da empresa que causou diretamente a violação seja diferenciada, as primeiras ainda têm a obrigação de buscar formas de mitigação.

Segundo os Princípios Orientadores, toda empresa deve **demonstrar claramente** - por meio de devida diligência adequada - que tomou todas as medidas apropriadas para avaliar, prevenir e mitigar os impactos, caso contrário será responsável pelos impactos”.

Contrariando os Princípios Orientadores, o art. 35 do PLV nº 3/2017 inverte o ônus da prova. Pelo novo artigo, caberá a quem alega o dano provar que a instituição financeira deixou de exercer fiscalização efetiva sobre a atividade do mutuário, uma exigência do próprio Banco Central do Brasil (novamente, Resolução nº 4.327/2014).

O Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU recentemente emitiu pronunciamento no sentido de que bancos são responsáveis por remediação e reparação nos casos em que ‘**causem**’ ou ‘**contribuam**’ para violações a direitos humanos, mas que também devem desempenhar um papel na remediação em situações de ‘**ligação direta**’. Nesse sentido, o GT expõe que o papel a ser desempenhado pelas instituições financeiras nas reparações de danos socioambientais vai muito além da mera constatação de dolo ou culpa, mas engloba também considerações sobre a sua capacidade de influenciar a entidade em questão, a importância do relacionamento com a empresa, a gravidade do abuso e se o fim da relação comercial com o cliente teria consequências adversas para os direitos humanos.

O art. 35 do PLV nº 3/2017 ignora que, independentemente das relações contratuais existentes e do regime jurídico de responsabilidade civil-ambiental, há o elemento crítico da percepção, conforme assinalado por Kinley. Por esse critério, uma instituição financeira estará implicada em uma violação de direitos humanos cometida por uma contraparte por associação. Em casos de graves abusos de direitos humanos e ambientais, poderá haver uma relação de cumplicidade, que por sua vez se converte em responsabilidade jurídica e social pelos danos ocorridos.

O art. 35 do PLV nº 3/2017 vai também na contramão de diretrizes internacionais sobre responsabilidade socioambiental do setor financeiro, a exemplo dos ‘**Princípios do Equador**’. Trata-se de iniciativa por parte de instituições financeiras para a determinação, avaliação e gestão de riscos socioambientais em projetos que tem como objetivo primordial fornecer um padrão mínimo de diligência para apoiar a tomada de decisão de risco responsável. Os Princípios do Equador são globalmente aplicados a quatro produtos financeiros: i) Project Finance Advisory Services ii) Project Finance iii) Project-Related Corporate Loans and iv) Bridge Loans. O dispositivo em tela irá afastar o sistema financeiro nacional desses padrões mais avançados de avaliação e minimização de riscos socioambientais, com reflexos negativos sobre o financiamento de projetos de longo prazo por instituições nacionais e estrangeiras, afetando assim o desenvolvimento econômico e nacional do país.

5. Conclusão

Diante da inequívoca constatação da ocorrência de contrabando legislativo (“jabuti”), medida expressamente vedada pelo Supremo Tribunal Federal em decisão

com caráter vinculante, bem como em vista das apontadas inconstitucionalidades, recomenda-se o veto ao art. 35 do PLV nº 3/2017.

Brasília, 31 de maio de 2017.

Caio Borges
Conectas Direitos Humanos

Mauricio Guetta
Instituto Socioambiental

Márcio Astrini
Greenpeace Brasil

Mauro Armelin
Amigos da Terra