

# A APLICAÇÃO DA TEORIA DA FIDÚCIA NO DIREITO AMBIENTAL

Leandro da Costa Gandolfo

## RESUMO:

O presente estudo visa analisar a possibilidade de se utilizar o princípio da fiabilidade como instrumento hábil a permitir a reparação de danos imateriais ambientais coletivos ou difusos, demonstrando suas virtudes e vantagens em relações às teorias mais conhecidas.

**PALAVRAS CHAVES:** Fidúcia; reparação; ambiental; danos; responsabilidade.

## ABSTRACT:

The present essay intends to analyze the possibility of using the liability principle as a capable instrument to allow the reparation of immaterial collective and diffuse environmental damages, showing its virtues and advantages compared to the best known theories.

**Key Words:** Fiduciarity; repair; environment; damages; liability.

## INTRODUÇÃO

Os danos ambientais ganharam dimensão antes não imaginada, dada a rapidez do avanço de desmatamentos e exploração de recursos, não raro, sem preocupação com os efeitos de tais empreitadas no meio ambiente e na própria sociedade, o que tem implicado, em

alguns casos, em práticas que geram sentimentos negativos na população geral, pelos danos causados e a degradação do ambiente.

De fato, cidades antes conhecidas por suas belezas naturais, passam a ser conhecidas pela degradação que houve em sua natureza; empreendimentos realizados sem cuidados necessários, levam o temor aos habitantes circunvizinhos, ante a possibilidade de desastres, não raro, ao custo de vidas humanas, ou ainda, com danos irremediáveis ou de difícil correcção.

De se ter em mente que todo empreendimento deve manter sua finalidade social, e dentre estas, certamente, não se inserem a degradação ambiental ou o risco de danos severos, quiçá vidas humanas. Assim, a sociedade como um todo, confia que os empreendimentos serão realizados com o intuito de atingir seus fins sociais, e jamais lesar direitos de terceiros, muito menos, direitos coletivos ou difusos.

Ora, as atividades que, eventualmente, lesem esta confiança coletiva, danificam não apenas o meio ambiente, mas principalmente, essa credulidade especial, a qual deverá ser reparada através dos meios jurídicos disponibilizados para a responsabilização civil.

Cabe então, verificar a natureza desta fiabilidade especial, e quais os requisitos e limites para sua reparabilidade.

## **1 DO CONCEITO DE FIDÚCIA E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO AMBIENTAL**

Na constituição de qualquer Estado Democrático, é mister a existência de um elemento pressuposto à sua própria configuração e que permeia todas as atividades que o estado haverá de realizar em relação a seus súditos. Trata-se do grau de confiabilidade que os súditos devem ter em relação às atividades estatais para que se submetam às normas por este ditadas.

Isto porque, conforme a teoria do contrato social, as pessoas, ao fundarem um Estado, associam-se umas às outras, e abdicam de alguns direitos ou poderes em prol deste novo ente, denominado Estado, o qual, doravante, haverá de reger as relações entre eles, nos

precisos limites por eles indicados, de forma que “restam, portanto, as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens” (Rousseau, 2013, p. 21).

Ou seja, antes da constituição do Estado, o indivíduo se encontra em uma situação de plenos poderes e plenos direitos: tudo pode e nada lhe é proibido. Somente se vê limitado por suas próprias forças e pelas forças de outros indivíduos que lhe impeçam de realizar algo que deseje.

Justamente, em razão de ser limitado por outros, verifica-se, então, um estado de beligerância latente, inerente aos potenciais atritos advindos de suas atividades diárias, em que cada indivíduo tem de se acautelar contra eventuais abusos de seus vizinhos. Porém, é também da natureza humana o anseio pela paz, e isto se molda em uma força que o impele a buscar um acordo com os demais indivíduos, que permita a todos exercerem suas atividades cotidianas, sem terem de se manter neste estado beligerante.

Este acordo, quando efetuado por numerosos indivíduos, dará ensejo a criação do estado.

“Há então em todas as pessoas um ímpeto natural de se associar a outros” (Aristóteles, 1928, p. 38), que as leva a constituir sociedades buscando melhorar suas próprias condições de vida, já que “ninguém é capaz, sem auxílio da sociedade, de suprir suas próprias necessidades, e estas necessidades, agindo sobre cada indivíduo, os impele à sociedade [...]” (Paine, 1792, p. 300).

Buscando as raízes históricas do Estado, Hobhouse (1944) afirma que as leis das cidades-estados gregas não eram impostas aos seus cidadãos, mas sim, “o governo era, ele próprio, sujeito à lei, e a lei era a vida do estado, apoiada de boa vontade por todo o corpo de cidadãos livres. Neste sentido a cidade-estado era uma comunidade de homens livres” (Hobhouse, 1944, p.07).

O que se percebe com certa facilidade, é que nessa formação do Estado, os indivíduos saem de uma posição de desconfiança, em relação a seus semelhantes, para uma posição de confiança, de que seus semelhantes haverão de observar as regras que todos concordaram ao estabelecer o estado, para que possa haver paz e harmonia entre eles.

"O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e que pode alcançar; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui" (Rousseau, 2013, p. 21).

Mas o Estado, justamente, para que possa funcionar como este ente mantenedor de paz e harmonia, necessita de ferramentas que se mostrem adequadas a tais finalidades, coibindo comportamentos que ameacem tal objetivo e incentivando outros que o consolidem.

Estas ferramentas devem ser corretamente empregadas em prol do objetivo do estado, donde os súditos poderem confiar na sua capacidade e habilidade de assim proceder.

É que toda lei, ao ser formulada, implica em restrições à ampla liberdade individual, já que ele regula as maneiras de se exercer algum direito, ou proíbe alguma conduta, mas o Estado deve usar essa ferramenta: a lei, somente em benefício de sua população, de forma que "libere[-a] do temor de agressão arbitrária ou coerção, e este é o único sentido, de fato, o único modo, pelo qual, liberdade para uma comunidade inteira é atingível" (Hobhouse, 1944, p. 22).

Resta evidente, então, que, se de um lado, o Estado nasce de uma posição de confiança dos seus constituintes, também, somente se mantém, enquanto pode, igualmente, gozar deste mesmo grau de confiabilidade.

É que, conforme preconiza Rawls, citado por Marques e Lois (2012):

(...) se outras pessoas com evidente intenção de jogar limpo cumprem sua parte, as pessoas tenderão a confiar nelas; d) esta confiança e confiabilidade tornam-se cada vez mais fortes na medida que o sucesso deste acordo vai permanecendo; e, e) a confiança também se acrescenta conforme se reconhecem mais voluntária e firmemente as instituições básicas que dão forma aos nossos interesses (Marques e Lois, 2012, p. 23).

Se, em algum momento, o Estado deixa de gozar desta confiabilidade, dá-se então, ensejo a ditaduras, guerras civis e, even-

tualmente, até mesmo, a dissolução do próprio Estado. Mas sempre, haverá uma ruptura do estado democrático, seja pela sua transformação em estado despótico (ditadura), na instalação de guerra civil (que nada mais é que uma declaração de que parte dos súditos, já não mais confiam no Estado como soberano democrático,) ou ainda, com o fim e dissolução do Estado, onde a desconfiança atinge tal ponto que os súditos já não mais aceitam se subordinar ao Estado.

Em outras palavras, o estado democrático somente se constitui e se mantém por, enquanto for digno de confiança suficiente de seus súditos, de que poderá ser capaz de atingir o objetivo para o qual fora criado, qual seja, zelar pela paz e harmonia de todos, permitindo-lhes atingir uma posição de desenvolvimento pessoal completo e, pois, felicidade.

Sempre atual o alerta de Hamilton, que já dizia que

ninguém pode ter certeza de que não será amanhã a vítima do espírito de injustiça pelo qual ele pode se aproveitar hoje. E todos devem sentir agora, que a tendência inevitável de tal espírito é solapar as fundações da confiança pública e privada, e a introduzir em seu lugar a desconfiança e aflição universais (Hamilton, 1787, p. 1045).

O termo confiança, contudo, deve ser tomado com reservas, posto que o termo em si, indica um sentimento mútuo, em que um confia em outro, mas no caso específico do Estado, este, como ente incorpóreo, não pode corresponder ao sentimento que lhe é depositado, daí que esta confiabilidade, em verdade, se dá apenas em uma única direção, ou seja, apenas os súditos podem confiar no Estado, mas este jamais haverá de confiar em qualquer um, já que despojado de qualquer tipo de sentimento.

Mais que isso, a fiabilidade se dá de modo objetivo, e em uma única direção (em direção ao Estado), já que somente os súditos poderão crer na habilidade e capacidade do Estado de resolver os problemas que lhe são confiados, e esta crença se dará em termos bem delineados, ou seja, através das normas que concedem determinados poderes ao Estado (daí sua objetividade).

Assim, verifica-se um tipo de fiabilidade objetiva, desprovida, propriamente, de qualquer subjetividade, mas devidamente delineada pela lei, e unilateral, donde ser mais correto vê-la apenas como fidúcia e não como confiança. Esta fidúcia é o próprio fundamento de existência do Estado, e se constitui em precioso bem imaterial deste, a ser mantido e zelado para que o ente público se mantenha firme e capaz de cumprir sua missão.

Como tal, ela deve se fazer presente em todas as atividades estatais, ou seja, em toda a administração pública, e todos os atos desta, devem primar por preservar tal bem imaterial, não se admitindo a realização de atos que o maculem.

Mas não somente os atos governamentais estão sujeitos a esta natureza fiduciária, mas sim, todos os atos daqueles que estão sujeitos às normas estatais, de forma que o descumprimento das normas, por si só, já pode afetar a fiabilidade depositada em cada um por ocasião do pacto social.

Desta fiabilidade exercida por cada um dos súditos, de que as normas pactuadas serão observadas por todos, é que se extrai a noção da função social da propriedade e responsabilidade por eventuais danos, mesmo que a conduta lesionante não seja, ele própria, contrária à lei.

Veja-se: a conduta legal, em tese, não fere qualquer norma interna, posto que realizada conforme as previsões legais. Não obstante, acaso a conduta, a despeito de realizada conforme as previsões legais e normativas internas, venha a causar danos ambientais, estes haverão de ser reparados, ante a aplicação de princípios de responsabilidade civil objetiva, e esta, por sua vez, repousa, justamente, na noção de que não podem haver condutas que lesem a fidúcia coletiva, de que a união em torno da manutenção do pacto social, deve proteger os cidadãos ao invés de expô-los aos riscos de danos por condutas exercidas em conformidade à lei.

Bem verdade que, mesmo condutas realizadas pelo próprio Estado, podem dar ensejo a responsabilidade civil ante danos ambientais imateriais, ou seja, aqueles que afetam, justamente, a fidúcia.

Basta que se figure a adoção de normas que permitam a exploração de recursos naturais a qual, não obstante, venha a causar danos ambientais a outros países, para que se afigure a possibilidade aqui retratada.

Sim, pois é mister observar que a fiduciariiedade também pode, e deve, ser observada nas relações entre entidades soberanas, justamente, para que possam conviver harmoniosamente entre si, e os danos, porventura, causados por um deles, devem ser reparados aos outros.

## 2 FIDUCIARIEDADE AMBIENTAL INTERNACIONAL

Qualquer ato de um Estado que venha a causar danos a outro, desde que contrário a normas internacionais, quer tenham estas, sido ou não, internalizadas por aquele Estado, poderão ser causa eficiente para a aplicação de sanções.

Neste sentido fora editado o princípio 2 da Declaração do Rio de Janeiro/1992, estatuindo que

os Estados têm (...) a responsabilidade de assegurar que suas atividades, em sua própria jurisdição ou controle, não causem dano ao meio ambiente de outros estados ou áreas além dos limites da jurisdição nacional (Machado, 2002, p. 147).

Vale dizer, os Estados podem utilizar seus respectivos recursos naturais como melhor lhes aprouver, porém, quando quer que tal utilização venha a causar dano além de suas fronteiras, haverá a responsabilidade internacional estatal.

Isto porque, no que concerne à proteção jurídica do meio ambiente, há aplicação ao princípio segundo o qual, é "dever de todos os Estados [...] proteger o ambiente, não limitando a proteção ao próprio território, mas estendendo-as ao meio ambiente em geral"( Medeiros, 2004, p. 45).

Para que se dê ensejo a tal responsabilidade,

basta que se prove a correlação do dano e sua autoria para que o responsável seja obrigado a indenizá-lo, 'mesmo se a conduta do agente provocador seja lícita, autorizada pelo poder competente e que obedeça às normas técnicas para o exercício de sua atividade (Nery Júnior, apud Lanfredi, 2002, p. 79).

Em tal circunstância, os Estados lesados estarão autorizados a demandar reparações e até mesmo a impor sanções ao causador do dano.

As sanções internacionais são de vários matizes, podendo variar desde a exigência de uma simples retratação, até a atos belicosos.

A grande dúvida que surge, em verdade, não é tanto a possibilidade de aplicar-se a sanção, quanto é a de quem deverá aplicá-la, já que nem sempre há tribunais internacionais que tenham jurisdição sobre o Estado causador do dano.

Justamente em razão desta dificuldade, é comum que as divergências entre Estados sejam dirimidas através de árbitros, ou mesmo de entidades (tribunais, conselhos, etc), cuja capacidade de impor sanções tenha sido previamente estabelecida via tratados pelos estados.

Este tipo de solução de conflitos é o que ocorre, por exemplo, com o Tribunal Penal Internacional e outros, mas é mister que as partes hajam, anteriormente, acordado se submeter à tais entidades.

Na hipótese de o conflito surgir sobre assunto para o qual não haja entidade internacional capaz de solucioná-lo, ou a que os Estados envolvidos não tenham se submetido à jurisdição respectiva, podem as partes ainda, louvarem-se em árbitros, caso em que deverão estabelecer, previamente, se haverão de se submeter a alguma sanção que venha a ser imposta pelo árbitro e quais os limites dos poderes deste.

Ou seja, em todas essas situações, o que se percebe, com certa facilidade, é que há uma limitação voluntária à própria soberania dos Estados que se submetem à jurisdição de outrem, e o fazem baseados na fiduciariedade que tais entidades ou árbitros gozam junto a cada Estado.

Similar limitação também se observa em relação a determinados assuntos, os quais, dado a sua peculiar importância, podem provocar limitação da soberania estatal mesmo no plano material.

É o que sucede, por exemplo, em relação ao uso de curso de águas fronteiriças, onde a soberania dos Estados é limitada ante a necessidade de não causarem danos uns aos outros.

Isso se pode dizer, também, quanto à poluição transfronteiriça, a qual, mesmo quando o ato poluidor seja praticado longe dos limites territoriais do Estado, mas desde que seus efeitos alcancem outros Estados, podem implicar na responsabilização do causador do dano perante os demais que o tenham sofrido.

De notar-se que, mais uma vez, mesmo que o ato dano-so tenha sido praticado na mais estrita conformidade com a lei local, desde que o dano alcance outro Estado, haverá a responsabilidade daquele em que fora praticado, já que a lei local não pode ser invocada para prevenir a responsabilidade, e mais, porque há a necessidade de se resguardar a confiabilidade que os Estados devem ter uns nos outros quanto a capacidade de cada um assegurar a manutenção do meio ambiente, de modo a não interferir negativamente no território alheio.

Frise-se que, em tais hipóteses, em verdade, há a limitação da soberania dos Estados, no sentido de torná-los responsáveis por danos dessas espécies, ainda que a legislação interna preveja de forma diversa, e mais, mesmo na ausência completa de qualquer norma que regule a matéria, ou mesmo na ausência de concordância expressa dos Estados envolvidos.

Trata-se, em verdade, de exceção à regra de a soberania só poder ser limitada voluntariamente, o que, em geral, constitui a viga mestra do direito comunitário.

É que aqui se está a invocar princípios que garantem a própria convivência harmoniosa entre os Estados e, igualmente, visa-se garantir a manutenção da fiduciariiedade dos Estados entre si.

Tal fiduciariiedade ficaria seriamente comprometida, acaso algum Estado pudesse praticar atos prejudiciais a outro, sem ser responsável por isto.

Em qualquer circunstância, entretanto, o que se percebe, é que os Estados envolvidos nos conflitos terão de atribuir parcela de sua soberania a terceiro, para que o conflito possa ser resolvido, seja previamente ao impasse, em si, seja a posteriori.

A atribuição prévia ocorrerá nos casos em que determinadas entidades são constituídas para a solução de conflitos que venham a ocorrer, vindo os Estados a concordar em submeter-se às suas decisões previamente a qualquer caso que seja levado a ela, ao passo que

a atribuição posterior ocorrerá quando a atribuição for conferida após o surgimento da questão a ser solucionada, mas pode ser também limitada apenas à solução em si, sem permitir a execução da aludida decisão ou mesmo a imposição de sanções que visem ressarcir ou resguardar o vencedor da demanda.

No caso do Mercosul, não há entidades previamente constituídas que visem precípuamente a solução de conflitos, o que faz com que, não raro, os membros tenham de valer-se de arbitramento para solucionar conflitos entre eles.

De qualquer modo, o que resta evidente é que, não raras vezes, a soberania haverá de ser limitada em nome da garantia da fiduciariiedade entre os Estados, que haverão de ceder parte dela para assegurar a boa convivência entre eles.

### **3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA FIDÚCIA NO CAMPO AMBIENTAL INTERNACIONAL**

Como já adiantado, a teoria fiduciária, justamente, por se constituir em elemento da própria constituição do Estado democrático, também acaba por se firmar em sua soberania, daí ser aplicável nas relações que o Estado venha a ter com outros entes internacionais.

De fato, embora sua aplicação não esteja limitada ao âmbito do direito ambiental, nele encontra larga aplicabilidade, especialmente no que tange a meios de precaução e prevenção, tendo já sido utilizado para solucionar conflitos entre nações.

Com efeito, o caso das papeleiras entre Argentina e Uruguai, em razão da construção e funcionamento de uma fábrica de celulose no confrontante rio Uruguai, bem como, em acidentes desastrosos ao meio ambiente, como no caso do derramamento de óleo da British Petroleum (BP) em águas americanas, mostraram-se como casos de aplicação desta teoria para solução do impasse.

No caso sulamericano, a empresa Botnia obteve autorização para se instalar às margens do rio Uruguai, fronteira com Argentina, onde exploraria o ramo de celulose. Ocorre que tal atividade tinha o potencial de poluir o aludido rio, trazendo danos para a fauna e flora locais, atingindo, assim, também, a Argentina.

A empresa havia se submetido a todos os requisitos exigidos pelo Uruguai quanto as cautelas ambientais, de forma que estava perfeitamente adequada aos ditames legais daquele país, porém, o risco de advento de danos ambientais era latente.

Diante do impasse criado entre os dois países e das tentativas fracassadas de negociação, o Tribunal Internacional de Haia, termina por julgar a questão em desfavor da pretensão argentina, ao argumento de não haver provas de atividade poluidora, porém, ordena que ambos os países monitorem o rio fronteiriço para verificar quaisquer ocorrências de poluição ambiental.

O que se percebe com certa facilidade é que, diante da ausência de provas de dano ambiental, mas ante a possibilidade de sua ocorrência, o tribunal aplicou a presente teoria (ainda que de forma branda), posto haver determinado a adoção de medidas de monitoramento dos níveis de poluição do rio, ou seja, determinou a adoção de medidas que pudesse tranquilizar as partes quanto a ocorrência de danos ambientais, elevando assim, a fiabilidade nas atividades industriais daquela fábrica.

O monitoramento aqui, serve ao propósito de fornecer fiabilidade às atividades da empresa, ao mesmo tempo, em que serve como aplicação do princípio da precaução ambiental, acostando àquelas atividades, uma garantia de não lesão ambiental, consubstanciada no próprio monitoramento.

Semelhante resultado se observa no caso conhecido como “Fundição Trail”, no qual uma empresa situada em posição próxima à fronteira entre Canadá e Estados Unidos, começou a incomodar habitantes da cidade americana vizinha, em razão de suas emissões poluentes.

O caso foi levado a tribunal arbitral pelos dois países envolvidos, ocasião em que se teve o primeiro julgado deste tipo (até então não havia precedentes referentes à poluição de atmosfera ou água em âmbito internacional), no qual ficou determinado que “nenhum Estado tem o direito de usar seu território, ou de permitir o seu uso, de forma que emissões causem dano em território de outro Estado(...)” (Machado, 2002, p. 146).

Contudo, mais relevante ainda, foi outra determinação da mesma decisão, a qual fixou o entendimento de que haveria “um re-

gime de controle bastante detalhado sobre o futuro funcionamento da fundição [de forma que] provavelmente resultaria na prevenção de qualquer dano ou lesão material" (Machado, 2002, p. 146).

O que ressalta de ambos os casos é a intenção de se elevar a fiabilidade de que não haverá danos, desde que agregadas medidas de controle das atividades potencialmente lesantes, ou seja, ante uma atividade com claro potencial lesivo, os Estados envolvidos adotam medidas de controle ou fiscalização que possam verificar rapidamente a ocorrência de qualquer eventual lesão, e impedir o alastramento, ou mesmo, a ocorrência desta.

Tal princípio, aplicado ao caso Fundição Trail, restou popularmente conhecido como princípio da prevenção, ao passo que o princípio aplicado ao caso da "Pastera", restou conhecido como princípio da precaução.

Diferem-se, justamente, em que, no caso da prevenção, já se tem a certeza de que a atividade pode provocar danos, ao passo que, no caso da precaução, não há esta certeza, mas apenas uma probabilidade razoável de sua ocorrência.

Ambos são preceitos que derivam do gênero fidúcia, e é, justamente, este aspecto, que deve ser ponderado para saber quando há esta razoabilidade necessária para a aplicação do princípio da precaução.

Vale dizer, só se poderá lançar mão do princípio da precaução, quando a atividade e a probabilidade de dano for suficientemente alta, para provocar a inquietação coletiva de potenciais vítimas, e as medidas adotadas, por seu turno, somente poderão ser aquelas, estritamente necessárias, para que o nível de inquietação retorne a níveis aceitáveis, ou seja, para que a atividade, retome a fiabilidade coletiva que restara fragilizada.

A fiduciariiedade também pode ser utilizada para dimensionar e quantificar os danos ambientais difusos, especialmente aqueles de longa duração, cujos valores de restabelecimento podem jamais vir a ser conhecidos.

Figure-se o caso do uso do gás CFC, por exemplo, cujos in-

ventores foram laureados com prêmio nobel, e cujo produto era, até pouco tempo, considerado inofensivo, mas que hoje se sabe ser um dos responsáveis pela degradação do ozônio da atmosfera.

Ora, quando da invenção e início do uso de tal produto não se sabia, nem se tinha como saber que ele poderia ser nocivo ao meio ambiente, donde a dificuldade de aplicação das noções mais comuns da responsabilidade civil, especialmente, a culpa ou mesmo o risco.

Por outro lado, a extensão desses danos, dado o longo período que o aludido gás reage ao ozônio, podem ser impossíveis de serem aquilatadas, ainda mais quando se figura que esse dano opera para todo o planeta, tornando inviável a quantificação de eventual reparação.

Porém, a utilização da teoria fiduciária pode perfeitamente trazer uma solução aceitável para a situação, já que, o abalo a fiabilidade da população mundial ante a utilização em larga escala deste produto, pode ser mais facilmente quantificada, em especial, dimensionando-se os custos de medidas voltadas a retomar a confiabilidade coletiva nas ações de reparações atmosféricas e redução do uso do produto.

Veja-se que tal produto representa um dano de caráter multinacional, cujas medidas reparatórias, igualmente, demandam esforço multilateral internacional para poderem obter algum nível de sucesso, e onde a aplicação deste princípio, surge como ferramenta importante para o desenlace do problema.

Mas não apenas no âmbito do direito internacional se posicionam estes princípios como fundamentais para a solução de problemas hodiernos concernentes ao direito ambiental, mas também, em relação ao direito interno, onde, entretanto, posicionam-se ao lado de outros princípios mais antigos e igualmente úteis para a efetiva proteção do meio ambiente.

#### **4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA FIDÚCIA NO CAMPO AMBIENTAL DO DIREITO INTERNO.**

Os mesmos tipos de danos e os mesmo tipos de incertezas e probabilidades de danos advindos de condutas, atividades, e produtos que se dão no campo internacional, também podem se fazer sentir no âmbito interno do país.

Veja-se que atividades empreendidas em qualquer estado podem vir a gerar danos, ou probabilidade de danos ambientais, comprometendo a fiabilidade coletiva nestes mesmos empreendimentos, donde advir a necessidade de adoções de medidas que visem evitar a ocorrência do dano material ao mesmo tempo em que reparam o dano imaterial (lesão a confiabilidade coletiva no empreendimento).

A teoria da fidúcia aqui passa a ter relevante significado na preservação ambiental, posto que seus princípios derivados, i.e., prevenção e precaução, passam a ter o condão de evitar lesões significativas ao meio ambiente, ao mesmo tempo que permitem o prosseguimento do desenvolvimento tecnológico.

Note-se que princípios advindos da teoria do risco e mesmo o do poluidor-pagador, falham, justamente, por não poderem ser empregados, senão, após a concretização do dano, onde por vezes, já não é mais possível a reparação do dano ambiental em si, senão sua mera indenização pecuniária.

O caso das barragens de Mariana e de Brumadinho mostrou de forma terrivelmente assoladora a limitação de teorias de inspiração em assunção de risco para a prevenção de danos difusos ambientais.

Em ambos os desastres, a barragem da mineradora local, por falha na manutenção, rompeu-se, despejando imensa quantidade de detritos e lama no rio subjacente, levando casas e vidas humanas, destruindo o patrimônio dos moradores próximos e causando dano ambiental às bacias de água das regiões, cuja mensuração e reparação, talvez nunca seja possível de ser realizada totalmente.

Bem se vê, entretanto, que mesmo após o primeiro desastre, em Mariana, não houve qualquer atitude da empresa em estabelecer protocolos ou medidas de redução de riscos de novos desastres, até a ocorrência do desastre de Brumadinho.

Disto se extrai que os mecanismos de responsabilização civil clássicos, como culpa e riscos, não atingem sua função dissuasória, inclusive por somente serem utilizáveis após a ocorrência do dano material, o que, aliado ao longo tempo de decurso dos processos, quase que encoraja atitudes displicentes como esta.

Já a adoção de medidas preventivas ou precaucionais, ancoradas na teoria da fidúcia, mostram-se muito mais promissores, justamente, por compreenderem que antes mesmo da ocorrência do dano material, já há um dano de natureza imaterial, que se reflete na insegurança ou probabilidade de dano ao meio ambiente e circunstâncias.

E é a finalidade do instituto, precisamente, reparar este dano imaterial, para evitar que o outro, de ordem material, venha a ocorrer.

Mas não apenas quanto a esta finalidade se mostra vantajosa a adoção da teoria fiduciária sobre as teorias tradicionais, mas também por permitir que o dano seja resarcido não apenas pelo poluidor, mas também por permitir a preservação do ambiente, mesmo diante da inação governamental quanto a adoção de medidas preventivas ou precaucionais.

#### 4.1 Responsabilização por incapacidade do poder público

O Estado surgiu e continua existindo por um único motivo: solucionar os problemas sociais que, individualmente, seriam insolucionáveis.

Os últimos tempos têm sido pródigos em brindar o povo com exemplos latentes da incapacidade dos agentes públicos, e de resto, do próprio Estado, que através deles atua, seja com o aumento das áreas desmatadas, seja com as queimadas que anualmente assolam a região amazônica, enfim, com toda a sorte de mazelas que teimam em assolar nosso país, sem que se veja qualquer atitude ser tomada.

Ninguém duvida da possibilidade da possibilidade de os moradores da região que sofreram prejuízos de toda ordem, virem a pleitear e, até mesmo, receber indenizações em razão das perdas sofridas.

Mas, como se poderia pretender uma indenização à sociedade que se viu perplexa diante da inabilidade de seus governantes? O país, como um todo, sofreu um abalo em seu conceito junto à opinião pública mundial, tendo um prejuízo referente ao turismo, que só poderá ser mensurado após anos, e isto para não falar em prejuízos de diversas outras ordens, especialmente a ambiental, com a perda de espécies e comprometimento de todo o bioma.

Ora, dificilmente se poderia falar em culpa nesses casos, já que os incêndios podem também ser fenômenos naturais, e mesmo os que não o são, dificilmente se poderá descobrir os autores de tal malefício e, enfim, dificilmente, poder-se-ia provar de quem seria a culpa pelos atrasos.

Mas esta destruição existiu, e causou danos e prejuízos de toda ordem. Então, como indenizá-los?

Pela teoria do risco, igualmente, seria um tanto difícil dizer quem, ou se alguém teria assumido o risco de produzir um dano ambiental de tal monta, donde novamente, uma demanda desta natureza seria improvável.

E veja-se que o dano coletivo aqui tratado se figura tanto como material, quanto imaterial, pois o país, ao se apresentar tão mal estruturado para defender suas riquezas naturais, certamente, deixou de receber boa cifra com os investimentos estrangeiros destinados à preservação ambiental, além, é claro, do dano imaterial, consistente na imagem do país, que passou a ser visto como desorganizado e desestruturado.

Certamente, aqueles que puderem comprovar seus danos individuais, e apontar os causadores diretos, poderão perquirir indenizações, seja baseado na culpa ou no risco, mas, como proceder quanto ao dano coletivo ou difuso?

Assim, o sistema tradicional,vê-se diante de um paradoxo, onde pode haver indenização individual, mas não coletiva, embora o dano coletivo/difuso seja constatável e latente.

Já pela teoria fiduciária, é inegável que o Estado, aqui, na pessoa jurídica da União, goza da confiança popular de que terá capacidade de gerir e administrar os eventos danosos, minimizando seus efeitos e impedindo que se alastrem para além do que seria razoável.

Disto se extrai que, uma vez constatada sua total incapacidade para evitar ou, ao menos, minimizar, aquele problema, e logo, a quebra da fiabilidade que era depositada em si, viável seria uma demanda que visasse obter uma indenização ao dano difuso ocasionado em função daquele lamentável episódio.

Em casos como esse, em que os agentes públicos demonstram despreparo, senão incompetência, para solucionar os problemas

sociais, é que mais se verifica a necessidade da presente teoria. É um dos deveres do Estado, o de proteger e preservar o meio ambiente, para todos os cidadãos brasileiros.

Trata-se de um dever constitucional ao qual se opõe um direito fundamental de todos os cidadãos de ter, no Estado, o provedor dos meios que lhes assegurem esse direito.

Ora, a confiança depositada no Estado enquanto provedor de meios de preservação ambiental a todos, é de tal forma evidente, que chega mesmo a estar expressa na própria Constituição Federal.

Assim, a omissão dos agentes públicos, em prover os meios através dos quais, os cidadãos deveriam ter assegurado seu direito ao meio ambiente preservado, configura, também, uma forma de quebra da confiança constitucionalmente depositada sobre seus ombros.

Isto, não em razão de culpa dos agentes públicos, que não raras vezes, poderiam se escusar sob a alegação de que não há verbas ou pessoal suficientes para atender a demanda ambiental, o que excluiria qualquer conceito de culpa.

Igualmente, não há como se falar em risco, já que não há assunção de risco algum, mas sim, há incapacidade para cumprir com dever constitucional.

Caso essa incapacidade se desse por imperícia, negligência ou imprudência, poder-se-ia até mesmo cogitar de culpa, mas em geral, a prova desta culpa seria diabólica, já que sempre o orçamento público é insuficiente para cobrir todos os gastos e despesas necessários para suprir todas as necessidades sociais, o que por si só, afastaria qualquer conceito de culpa.

Já por outro lado, o Estado não assume o risco de não poder suprir as necessidades sociais que lhe são seu dever, pelo contrário, ao menos em princípio, deve ter sempre o intento de supri-las, embora nem sempre consiga, mesmo sem agir com qualquer grau de culpa ou assunção de risco. Mas a responsabilidade do Estado é tida por objetiva, filiada ao risco integral, donde não ser mesmo perquirível qualquer tipo de culpa.

Ao contrário, tal teoria, propugna que basta a comprovação da relação de causalidade para que haja a responsabilidade do Estado, o que, em tal hipótese, poderia ser vista como solução.

Contudo, a adoção da teoria do risco integral, faz deslocar a questão para

a investigação da causa do evento danoso, objetivamente considerada, mas sem perder de vista a regularidade da atividade pública no sentido de sua exigibilidade, a anormalidade da conduta do ofendido, a eventual fortuidade do acontecimento, em condições de influírem naquela causa do dano injusto, pois só este merece ser reparado (Cahali, 2007, p. 35).

O problema, então, figura-se em determinar a dose de fortuidade existente nos eventos que culminaram nos incêndios (qual o grau de contribuição que a seca prolongada teve na extensão das queimadas etc.), qual o grau de contribuição dos moradores que atearam fogo em suas propriedades, e este se alastrou para além de seus controles, enfim, seria difícil determinar onde realmente termina a extensão das concausas, para se poder determinar o início da incapacidade governamental como causa de dano e, logo, de indenização.

Novamente, a questão de prova pode dificultar uma indenização coerente e justa, o que é, precisamente, a razão pela qual a teoria do risco foi criada. Ora, seria necessário, ao se processar o Estado, provar o nexo de causalidade, ou seja, demonstrar que o dano teve toda aquela extensão em razão da incapacidade do Estado em debelá-lo.

E isto, sempre tendo em mente que o Estado não é o causador do incêndio, já que este é causado por proprietários rurais que iniciam a queimada e esta se estende para além de seu controle, ou ainda, por causas naturais, e agravada pela longa estiagem que assolou a região no ano passado.

Será fácil ao Estado escapar a sua responsabilidade, simplesmente, sob a alegação de que o evento desastroso teria se dado de qualquer modo, mesmo se houvesse melhor estrutura material e humana disponível para a preservação ambiental, pois a prova da causa-

lidade ainda incumbe ao autor da ação, e a fortuidade do evento milita em favor do Estado.

No entanto, já seria muito mais fácil ao autor da mesma ação, provar que a fiabilidade que era por si depositada no Estado, enquanto garantidor da preservação ambiental, fora abalada, devido à ausência daquele suporte material e humano, quando a devastação começou.

Assim se verifica que, nos casos em que o pano de fundo da demanda seja a incapacidade do Estado, ou dos agentes públicos, em cumprir seus deveres, a teoria da fiduciariiedade pode ser empregada com vantagens evidentes a favor das vítimas.

Veja-se que esta incapacidade pode também se dar, não apenas quando ocorrem omissões, mas quando da realização de atos administrativos lesivos ao meio ambiente, como a utilização da teoria para impedir o retrocesso ambiental, como no caso do julgamento do REsp 302.906-SP<sup>1</sup>, em que se pretendia a proibição de construção de edifício em local onde, anteriormente, havia proibição de construções deste tipo, ao argumento de que feriria direito paisagístico do bairro.

Neste julgado, o STJ decidiu pela proibição da construção, sob o argumento de que não seria viável o retrocesso na proteção ambiental, eis que anteriormente, vigorava no local a proibição de edifícios, ao que os demais moradores, confiantes em tal aspecto paisagístico lá investiram em imóveis residenciais e, agora, ante a alteração operada, veriam sua fiabilidade ruída.

Mais uma vez, Senn (2014) pontua que

O respeito ao princípio da proibição do retrocesso e da proteção da confiança restou evidente, eis que o bem ambiental protegido pela norma convencional anterior (a garantia de moradia em um bairro residencial arborizado) foi garantido aos demais cidadãos residentes ao bairro. (p. 26/27)

Como se verifica, a utilização da teoria vem sendo aplicada em diversos casos, sempre no sentido de se conferir maior proteção ao

<sup>1</sup> REsp 302906 / SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Julgado em 26/08/2010.

meio ambiente, mesmo (e talvez, até, especialmente) onde as teorias clássicas não são capazes de conferir similar proteção.

De fato, especialmente,

Na esfera ambiental, a eficácia positiva da confiança inspira o princípio da vedação ao retrocesso ecológico, a preservar a estrutura normativa vigente contra alterações ou propostas de reformas que possam diminuir seu espectro de eficácia e tutela do meio ambiente. (Alves, 2022, p. 9)

Assim, por vezes, vê-se esta teoria sendo aplicada através de seus subprincípios, da vedação do retrocesso, da prevenção ou precaução, mas sempre, no sentido de conferir maior eficácia à proteção do meio ambiente.

De fato, a distinção entre prevenção e precaução e a definição dos limites de aplicação destes princípios, constitui-se, talvez, na maior validação da teoria fiduciária.

## CONCLUSÃO

De todo o estudado, verificou-se que a teoria da fiducia, aplicada à área ambiental, tem especial relevo no sentido de permitir melhor ferramentário para a preservação do meio ambiente.

Isto, tanto por lançar raízes na própria constituição dos Estados democráticos, e pois, poder ser utilizada desde os tratados internacionais, até a solução de casos específicos e individuais, perpassando por conflitos coletivos e difusos, quanto por permitir sejam evitados danos ambientais de toda espécie, ao dar sustentação teórica para a adoção e aplicação de princípios como a prevenção e a precaução.

Nossos tribunais, já de algum tempo, vêm dando ensejo a aplicação dos princípios oriundos dessa teoria, com grata resolutividade de questões que, se analisadas apenas à luz das teorias clássicas da

culpa e risco, não poderiam render a proteção ambiental necessária aos tempos hodiernos.

De fato, atualmente, em que a questão ambiental vem sendo a pauta do momento, principalmente, ante a verificação de eventos desastrosos cujas causas se ligam, diretamente, aos impactos ambientais de ações humanas, possuir ferramentas que possam brindar meios efetivos de eliminação, ou ao menos, redução, de danos ambientais, mostra-se mais que necessário, mas indispensável.

Inegável que a necessidade de desenvolvimento econômico, principalmente em áreas como a amazônica, cuja população é predominantemente pobre e desprovida de recursos públicos, mostra-se assente, porém, é mister que esse desenvolvimento se dê atrelado à preservação ambiental, o que pode ser atingido, com o desenvolvimento de empreendimentos que observar os princípios da prevenção e precaução, ou seja, que observem a fiduciariiedade que tais condutas devem ter.

Do mesmo modo, o próprio Estado, deve estar atento à proteção deste bem imaterial, que é a fiabilidade que o povo nele deposita, para se mostrar sempre pronto a preservar a tranquilidade pública em relação a adoção de meios e métodos de produção, no sentido de que estes não agridam o meio ambiente, e mais, que sejam adotadas as medidas necessárias para que este bem não seja afetado, mesmo diante de empreendimentos cujos eventuais efeitos danosos não sejam conhecidos cientificamente.

Ou seja, devem ser adotadas precauções para que os empreendimentos novos, não venham a causar danos ambientais, quando hajam razões sérias a indicar essa possibilidade, ainda que não haja certeza da lesividade do empreendimento em questão.

Ao adotar a teoria ora propugnada, em sua inteireza, o sistema jurídico está, em verdade, logrando brindar aos seus agentes meios de defender o ambiente de todos os tipos de agressões e, ao mesmo tempo, permitir que o desenvolvimento tecnológico e econômico possa ser mantido, melhorando as condições de vida da população em geral, concomitantemente, com a manutenção da fiabilidade que deve ser relacionada à atividade estatal em geral.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Politics: A treatise on government.** Trad.: William Ellis. E. P. Nova Iorque: Dutton & Co., 1928.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 769.753-SC**, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 8/9/2009. Brasília/DF: DJe, 10 de junho de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 302.906-SP**, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 26/08/2010. Brasília/DF: DJe, 01 de dezembro de 2010.

CAHALI, Yussef Said. 2007. **Responsabilidade Civil do Estado**, 3<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

HAMILTON, Alexander; JAY, John e MADISON, James. **The Federalist Papers**. The Independent Journal Press, Londres e Nova Iorque: 1787.

HOBHOUSE, Leonard Trelawny. **Liberalism**. Londres: Oxford University Press, 1944.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política Ambiental**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos Hídricos**: Direito Brasileiro e Internacional. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Gabriel Lima e LOIS, Cecília Caballero. **Da Construção da Igualdade Material à Consolidação da Sociedade Democrática: o papel das instituições em John Rawls**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=34306d99c63613fa>. Acesso: 09 de julho de 2021.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: Direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU. **Declaração do Rio de Janeiro de 1992**. Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento. Rio de Janeiro, Brasil, 03-14 de junho de 1992.

PAINÉ, Thomas. **Writings of Thomas Paine: The Rights of Man**. Thomas Rickman Co., Washington: 1792.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social** (trad. Ana Resende). São

Paulo: Ed. Martin Claret, 2013.

SENN, Adriana V. Pommer. **O Princípio da Confiança Legítima no Regime Jurídico do Licenciamento Ambiental Brasileiro.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f004a7ecc4215ef1#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20confian%C3%A7a%20leg%C3%ADtima%20projeta%2Dse%20sobre%20um%20valor,suas%20decis%C3%B5es%20importantes%20de%20maneira>. Acesso: 05 de janeiro de 2022.

TIMM, Luciano Benetti. **Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado:** da culpa ao risco. In: Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery (orgs.). Responsabilidade civil - Teoria geral. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.