

PANEL 1

MEDIO AMBIENTE
Y DERECHO ADMINISTRATIVO

LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Ana Cláudia Finger

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

É cada vez mais crescente a preocupação com o meio ambiente, especialmente em se considerando a perspectiva de agravamento de questões que afligem toda a sociedade podendo-se destacar as constantes mudanças climáticas; a redução da biodiversidade como consequência direta do desacelerado desmatamento; as diversas formas de poluição; a gestão e o descarte de resíduos sólidos que se acumulam nos lixões das grandes cidades, todos com reflexos diretos (e nefastos) na saúde humana.

Vários são os estudos realizados para avaliar as consequências das mudanças nos ecossistemas, objetivando encontrar alternativas e as bases científicas para minimizar o impacto ambiental gerado pelo consumo humano, como a conservação e o uso racional e sustentável dos ecossistemas com vistas à assegurar o bem-estar das presentes e futuras gerações.

E o Estado, concebido como um aparelhamento estruturado e organizado para o atendimento das necessidades coletivas, com vistas à satisfação do bem comum, exerce um papel fundamental nessa seara. O agigantamento do Estado moderno, caracterizado pela multiplicação das finalidades que lhe foram reconhecidas como

próprias e pela intensificação dos seus poderes, resultou no aumento significativo da intervenção estatal na vida privada dos indivíduos, de sorte que a função administrativa não se restringe à dinâmica burocrática legal. A complexidade da vida moderna e o extraordinário avanço científico além de implicar uma série de mudanças na forma de atuação administrativa ensejou uma multiplicação de possibilidades do campo das contratações administrativas, daí porque o exercício da função administrativa é um dos núcleos essenciais do Estado contemporâneo.

À Administração Pública incumbe o dever de se submeter e atender aos postulados consagrados expressa e implicitamente na Constituição Federal de 1988 que, no seu preâmbulo, estabelece que o desenvolvimento constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O desenvolvimento constitui, ao lado do bem-estar comum, da igualdade e da justiça, um valor supremo, apresentando-se como um imperativo constitucional para os particulares, mas especialmente, para o Poder Público.

O meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado constitui um bem jurídico coletivo e transindividual, sobranceiramente consagrado na Constituição Federal de 1988, como um direito fundamental, de sorte que incumbe ao Poder Público o dever constitucional de, no exercício de seus elevados misteres, assegurar a sua preservação para as presentes e futuras gerações, o que implica reconhecer que os processos de produção e utilização dos recursos naturais não são inesgotáveis e, por isso mesmo, devem ser manejados de forma prudente e responsável, de modo a assegurar as necessidades das gerações presentes, mas sem comprometer a existência saudável das gerações futuras.

Impõe-se, pois, ao Poder Público conciliar o objetivo fundamental do desenvolvimento econômico, com o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes gerações assumindo o compromisso de projetar a equidade intergeracional, assegurando que as gerações futuras também possam usufruir de um ambiente sadio que lhes proporcione qualidade de vida. Nesse sentido, o exercício da função administrativa, especialmente no campo das licitações e contratações administrativas, necessita ser ampliado para além do direito administrativo, constituindo-se também como um instrumento de regulação econômica impregnado da ética sócioambiental, sem a qual o compromisso com o postulado constitucional do desenvolvimento nacional sustentável restará relegado à inocuidade.

Trata-se de um compromisso jurídico administrativo que, não obstante tenha sido assentado na Constituição Federal de 1988 –portanto, há quase 24 anos– e que se apresenta como norma de eficácia direta, plena e vinculante e não como um mero programa a ser implementado, raros são os segmentos da Administração Pública brasileira que promovem e aplicam efetivamente o princípio do desenvolvimento nacional sustentável em sua atividade licitatória e contratual.

Inaugurando uma nova era no âmbito das licitações e contratações administrativas, a Lei 12.349, de 15.12.2010 introduziu a promoção do “desenvolvimento nacio-

nal sustentável” como cláusula geral obrigatória. Descortina-se, assim, um novo ciclo para os processos de aquisição de bens, serviços e obras da Administração Pública, pois o desenvolvimento sustentável – ao lado da vantajosidade (eficiência) e isonomia, passa a ser também um vetor fundamental e inarredável nas licitações.

As licitações e contratações administrativas precisam incorporar – definitivamente, na seleção das propostas, critérios de sustentabilidade para ponderar os custos – diretos e indiretos – e os benefícios sociais, ambientais e econômicos. Assim sendo, tendo como premissa o direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, das presentes e futuras gerações, e, tendo em vista que o Poder Público com seu elevado poder de compra influencia no processo de produção, utilização de bens e serviços para que sejam ambiental e socialmente sustentáveis, as licitações e contratações administrativas assumem papel de fundamental importância na defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

E nestes termos, diante da relevância, atualidade e pertinência do tema, o presente ensaio pretende abordar o tema das licitações sustentáveis, concebendo-as como instrumento de política pública de preservação ambiental e de molde a assegurar os princípios e valores constitucionais sobre os quais se assenta o Estado Social Democrático de Direito, tal como se pretende o nosso.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – DESENVOLVIMENTO E MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O agigantamento do Estado moderno, caracterizado pela multiplicação das finalidades que lhe foram reconhecidas como próprias e pela intensificação dos seus poderes, resultou no aumento significativo da intervenção estatal na vida privada dos indivíduos.

No século XIX, a concepção liberal de Estado, cuja legitimidade se assentava na garantia da ordem, da propriedade e da segurança da sociedade, preconizava a mínima intervenção estatal dentro de uma perspectiva segundo a qual a promoção do progresso seria realizada pelas forças da economia de mercado. A substituição do Estado Liberal, cujo modelo já não mais atendia aos anseios da sociedade, determinou uma modificação na forma de prestação das atividades estatais, direcionadas agora para o atendimento das necessidades sociais básicas para o alcance da igualdade social, característica do Estado de Bem-Estar.¹ Enquanto no liberalismo se defendia a não intervenção do Estado como forma de proteção do cidadão, no Estado Social passou-se a exigir essa intervenção como forma de realização da fe-

1. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994, p. 60-61.

licidade individual. A função administrativa é um dos núcleos essenciais do Estado contemporâneo².

Os fundamentos da atuação estatal são consagrados na Constituição Federal, que traça os princípios formadores, informadores e conformadores do agir administrativo.³ Aliás, “sobre as bases constitucionais se construirá a presença do Direito Administrativo”⁴, sendo possível afirmar-se que o produto imediato desse estudo traz o aperfeiçoamento das noções categoriais do regime administrativo para a realização do ideal de justiça material.⁵

Tendo como núcleo central o princípio da dignidade da pessoa humana, elevada à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, e um extenso catálogo de direitos fundamentais, a Lei Maior de 1988 revela um Estado comprometido com uma Sociedade emancipada e igualitária, cujas finalidades estão atreladas à garantia de uma vida digna a todos os cidadãos. Percebe-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 é uma valiosa Carta de proteção dos cidadãos contra os abusos perpetrados tanto por entes estatais quanto privados.

É uma Constituição marcadamente dirigente⁶, que, delimitando os fins públicos a serem alcançados, condiciona os Poderes a atuar na direção eleita pelo constituinte, notadamente em campos como os da educação, saúde, meio ambiente, impondo a realização de valores como a justiça material e os direitos a ela inerentes.

A Constituição não é apenas um documento jurídico, que delimita as funções estatais; mais que isso, é um instrumento de concretização da cidadania e dos direitos fundamentais nela acolhidos, visto que o seu núcleo essencial está voltado para a garantia de bens, interesses e valores individuais, consagrados pela categoria dos direitos fundamentais. Ela representa um verdadeiro contrato social, com um núcleo central de normas que decorrem das necessidades e conquistas históricas de uma dada formação social e que devem permanecer como diretrizes básicas da sociedade que se pretende construir. Sendo assim, a organização do Estado e a distribuição e

-
2. Esse novo modelo de Estado exige uma atuação mais eficaz da Administração Pública e com maiores possibilidades de ser controlada. Daí a constitucionalização da Administração Pública, sendo possível concluir que é através do exercício da função administrativa que o Estado se revela (liberal ou social, presente ou ausente, eficiente ou ineficiente, ético ou corrupto). Por isso, o Estado é hoje muito mais administrativo que legislativo. *Ibidem*, *ibidem*.
 3. Opera-se, assim, “a constitucionalização da Administração Pública”, como assinala a professora Cármen Lúcia Antunes ROCHA “a Administração Pública constitucionalizou-se”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração...*, p. 62-63.
 4. TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, abr./jun., 2003, p. 58.
 5. Não se pode deixar de registrar a inevitabilidade da proximidade da disciplina do Direito Administrativo com o Direito Constitucional. Como anota Jorge MIRANDA, “nem sempre hoje se consegue traçar com nitidez as fronteiras do Direito Constitucional e do Direito Administrativo”, de forma que “quando o Estado do século XX se apresenta como um Estado Administrativo, em vez de legislativo (Carl SCHMITT), muito do que é administrativo eleva-se a constitucional; inversamente, quando a lei emana do Poder Executivo e se converte em medidas concretas é esse acto de Direito Constitucional que parece convolar-se em acto de direito administrativo.” MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito constitucional: preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais*. 4a ed. Coimbra: Coimbra, 1990. p. 21.
 6. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

delimitação do exercício do poder revelam-se meramente instrumentais para assegurar à sociedade uma vida digna, justa, livre e solidária.⁷

Concebida como um sistema aberto de regras e princípios, construída através do diálogo com a realidade da sociedade que sobre ela se edifica, a Constituição é um documento dotado de força normativa que, além de estruturar o Estado, estabelece os objetivos materiais e os fins públicos a serem alcançados, vinculando o agir do Poder Público na concretização dos valores nela consagrados.

E nessa ordem de ideias, apresentando como núcleo central o princípio da dignidade da pessoa humana, elevada à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito⁸, a Constituição Federal de 1988 estabelece no seu preâmbulo que o desenvolvimento nacional constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Ao lado dele, também o bem comum, a igualdade, a justiça e um extenso catálogo de direitos fundamentais, concebidos como valores supremos, revelando a Lei Maior de 1988 um Estado cujas finalidades estão atreladas à garantia de uma vida digna a todos os cidadãos.

E, em assim sendo, iniludível que, concebido como valor supremo, o desenvolvimento não foi elaborado apenas em torno do crescimento econômico, estando indissociavelmente ligado à ideia de sustentabilidade o que significa ampliar o seu conceito para aspectos que envolvem meio ambiente, saúde e direitos humanos, dentre outros valores fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Não se trata de assegurar o desenvolvimento apenas do ponto de vista econômico, aferido pelo critério utilitarista de crescimento econômico como o do aumento do PIB. Isto porque, apenas para exemplificar, não se pode olvidar que a poluição do ar pode ser o subproduto do crescimento econômico de curto prazo, todavia, pode implicar um custo social e ambiental desmesurado, vindo a colidir frontalmente com o desenvolvimento duradouro.

Isso implica um redimensionamento do desenvolvimento à luz dos dispositivos constitucionais, pois, a Constituição Federal de 1988 estabelece que esse desenvolvimento só pode ser aquele que se qualifique como sustentável, como se conclui da leitura conjugada e concertada dos artigos 3o, 170 inciso VI e 225.

Trata-se do desenvolvimento impregnado da ética ambiental e que, na feliz observação de Juarez FREITAS é aquele que *“remete à realização de todos os objetivos fundamentais, que se traduzem em metas indeclináveis, tais como a redução das desigualdades sociais e regionais (...)”*⁹

Identificando a sustentabilidade como princípio constitucional que emerge do entrelaçamento tópico-sistemático dos artigos 3o, 170 inciso VI e 225, da Constituição

7. Como anota Jorge Miranda, “qualquer Estado, seja qual for o tipo histórico que o conduza, tem Constituição; na medida em que necessariamente se acompanha de uma institucionalização jurídica do poder, em qualquer Estado podem recortar-se normas fundamentais em que se assenta todo o seu ordenamento.” MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II, 2a ed., Coimbra : Coimbra Editora, 1988, p. 7.

8. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21.

9. FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Direito ao Futuro. 1a ed., 1a reimp., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 114.

Federal, o jurista gaúcho averba que *“brota da Carta o valor supremo da sustentabilidade (desdobrado em princípio), que prescreve o desenvolvimento continuado e durável, socialmente redutor das iniquidades, para presentes e futuras gerações, sem endossar o crescimento econômico irracional, áético, cruel e mefistotélico.”*¹⁰

A promoção do meio ambiente torna-se, desse modo, elemento fundamental do processo de desenvolvimento, pois toda forma de crescimento não sustentável é definitivamente contrária ao conceito de desenvolvimento em si, já que implica na redução das liberdades das gerações futuras. Essa é a advertência feita por Alexandra Albuquerque MACIEL e Marcela Albuquerque MACIEL para quem,

*“(...) a superação da visão do sistema econômico isolado, que enxerga o meio ambiente como fonte inesgotável, visando à promoção do desenvolvimento sustentável, passa, com isso, pela necessária internalização aos custos da produção, dos seus efeitos negativos externos não captados pelo sistema de preços. Tais efeitos são chamados externalidades negativas pela economia, a exemplo, a exemplo do lançamento de poluentes químicos num rio, que não é contabilizado como custo do ponto de vista do empreendedor, mas que provoca diversos impactos ambientais negativos, que acabam sendo suportados pela coletividade e, inclusive, pelas gerações futuras.”*¹¹

Vislumbrando o desenvolvimento estabelecido como imperativo constitucional numa tríplice dimensão –econômica, social e ambiental– como sendo o *“desenvolvimento como crescimento econômico socialmente justo e benigno do ponto de vista ambiental”*¹², aí identificada a ideia de sustentabilidade, Daniel FERREIRA destaca que *“o patrimônio ambiental deve ser repassado às futuras gerações assegurando-lhes a possibilidade de escolhas (no plural mesmo) para satisfação de suas necessidades”* de sorte que *“o crescimento econômico contemporâneo seguido da minimização das desigualdades sociais (pela geração de empregos e melhor distribuição de riqueza e renda) não pode se mostrar empecilho para as escolhas futuras das futuras gerações, inclusive da própria sorte.”*¹³

E conclui o autor que o desenvolvimento *“não é um prêmio”*, constituindo um direito fundamental reconhecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 1986.¹⁴

10. Ibidem, p. 117.

11. MACIEL, Alexandra Albuquerque; MACIEL, Marcela Albuquerque. A Eficiência energética como caminho para as construções sustentáveis – Uma análise dos cenários normativos brasileiro e europeu. In: BLIACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 216.

12. FERREIRA, Daniel. A licitação Pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 52-55.

13. FERREIRA, Daniel. A licitação Pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 55.

14. FERREIRA, Daniel. Op. Cit., p. 55.

O desenvolvimento sustentável, assim concebido como aquele comprometido com os postulados éticos, sociais, econômicos e ambientais, se traduz num dever fundamental de trilhar o desenvolvimento limpo, justo e benigno para as presentes e futuras gerações. Identifica-se aí uma nova perspectiva, com ênfase não apenas nos efeitos presentes, mas, também, numa lógica prospectiva, incorpora-se uma dimensão futura, intergeracional, que leve em conta a sustentabilidade das condutas que hoje se desenvolvem, a fim de não comprometer as gerações do porvir.

Como adverte Juarez FREITAS, a sustentabilidade não é um princípio abstrato ou literário, de concretização remota e protelável¹⁵. Trata-se de um direito fundamental que, na lição do jurista gaúcho, *“determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.”*¹⁶

André Luís VIEIRA leciona que o desenvolvimento sustentável compreende:

*“(...) a síntese do desenvolvimento em suas acepções econômicas, sociais científicas e culturais, garantindo qualidade sem exaurir os recursos naturais do planeta e sem comprometer a capacidade das futuras gerações em suprir suas próprias necessidades.”*¹⁷

Para Vanice Regina Lírio do VALLE, *“cogitar de uma ação sustentável do poder que harmonize a maximização no atendimento aos interesses das sucessivas gerações significa, de um lado, instituir uma igualdade entre cidadania atual e futura – ambas objeto de igual proteção – e ainda, de outro, reconhecer que uma situação hipotética de plenitude do bem-estar presente pode se deslegitimar pelos seus reflexos adversos nas gerações do por vir; ou pode ser constringida, num verdadeiro ‘trade off’ em favor das potencialidades futuras de bem-estar.”*¹⁸

Assegurar o meio ambiente sadio e equilibrado às futuras gerações significa não apenas a maximização da utilização racional dos recursos naturais, mas, concomitantemente, resguardar a disponibilidade permanente, *“concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida”*, conforme determina o inciso VI, do artigo 4º, da Lei no 6.938/81 que disciplina a Política Nacional do Meio Ambiente.

15. FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Direito ao Futuro. 1a ed., 1a reimp., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 39.

16. *Ibidem*, p. 41-42.

17. VIEIRA, André Luís. Desenvolvimento sustentável: variações sobre o tema. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, v. 7, n. 39, p. 11-21, maio/jun. 2008.

18. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa trazida pelo planejamento público. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Ano 11, n. 45, jul/set 2011, p. 130/131.

Isto implica reconhecer que “*os recursos presentes hão de ser maximizados na sua utilização e usufruição, tendo por limite o não comprometimento da proteção aos interesses das gerações futuras*”¹⁹ que igualmente são merecedoras da proteção conferida ao ser humano do presente. Para tanto, é imprescindível que o desenvolvimento seja planejado e responsável, afastando-se a utilização descompromissada e leviana dos recursos naturais e ambientais hoje existentes.

Tem-se, pois, que o desenvolvimento só será lícito e moralmente defensável se, numa perspectiva multidimensional, se apresentar comprometido com postulados éticos, sociais, econômicos, todos de mãos dadas com o resguardo sério e duradouro do meio ambiente e que, com inteligência e proporcional repartição de responsabilidade, proporcione efetivamente uma transformação social, garantindo o bem-estar comum das presentes e das futuras gerações.

Logicamente que o desenvolvimento sustentável jamais poderia ser alcançado sem a participação do Estado²⁰, cuja atuação nesta seara, é imprescindível, seja em razão da efetivação de seus deveres constitucionais, seja através da regulamentação em matéria ambiental e, especialmente, através da implementação de instrumentos de política ambiental, onde se inserem as licitações sustentáveis, também denominadas “compras verdes”, “ecoquisição”, “compras públicas sustentáveis”²¹ e que se apresentam sob o aspecto de política pública para preservação do meio ambiente.

Com efeito, ao adquirir produtos no mercado, para além da sua posição de mero consumidor, o Estado assume um papel fundamental, pois o seu elevado poder de compra, tem o condão de orientar o mercado em direção a determinados bens e serviços. Nessa condição o Estado exprime a força de grande agente econômico, influenciando diretamente no processo produtivo dos potenciais fornecedores, compelindo-os a apresentarem propostas que contenham critérios ambientais nos processos de extração, fabricação, utilização e descarte de matérias primas e, nestes termos: (i) se adaptarem a determinadas certificações técnicas (ISO 14000, SA 8000, etc); (ii) realizarem investimentos em tecnologias limpas de produção energética para fornecimento de produtos que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais; (iii) apresentarem projetos de redução de gases de efeito estufa e descarte de resíduos sólidos, etc.

Os critérios de sustentabilidade (ambientais, sociais e econômicos) vinculam todo o processo de contratação pública, desde a licitação até a celebração do contrato e sua

19. *Ibidem*, p. 133.

20. Atribuindo ao “desenvolvimento sustentável” o caráter de princípio constitucional vinculante, o Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 3540 MC/DF, em acórdão da lavra do eminente Min. Celso de Mello, assentou: “O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia (...)”.

21. FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Licitações Sustentáveis como instrumento de defesa do meio ambiente – Fundamentos jurídicos para a sua efetividade. In: BLACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 85.

execução, de modo que o Poder Público terá de avaliar a real necessidade de aquisição daquele objeto, as circunstâncias em que o produto a ser adquirido foi produzido, atentando-se, especialmente, para o processo produtivo e os materiais empregados e as condições de trabalho de quem o gerou.²²

Cumpre, assim, ao Poder Público influenciar a matriz produtiva para que fornecedores se tornem vigilantes quanto à sustentabilidade dos produtos, desde os meios e instrumentos de obtenção das matérias-primas e insumos, passando pelo processo produtivo e consumo até a disposição final.

E é nesse contexto, considerando todos os reflexos da atuação estatal no processo de contratação pública (que abrange desde a licitação até a execução do contrato), que irradiam efeitos favoráveis em todas as direções e também para sujeitos que não participam diretamente da licitação e do contrato administrativo firmado pela Administração Pública, que Daniel FERRERA identifica a “*função social*” da licitação.²³ Para ele, essa responsabilidade do Poder Público “*rompe com a neutralidade administrativa de praxe na fixação do objeto da licitação, do rol de potenciais licitantes e/ou dos ganhos (diretos e imediatos) com a eventual contratação.*”²⁴ Segundo o autor,

*“se por um lado se parte do pressuposto de que a função social da licitação realiza benefícios extraordinários, de índole ambiental (por exemplo), por outro, é de se admitir que ela possa gerar, em contrapartida, uma reflexa “externalidade negativa”, o maior dispêndio para a aquisição de bens ambientalmente seletos. Mas isso não é problema, porque – como visto – o ‘prejuízo’ estritamente econômico não revela menoscabo do interesse público propriamente dito. No máximo, o interesse público secundário, patrimonial (da Administração e não da coletividade), é que será afetado. Não por acaso a própria Lei no 8.666/93, antes mesmo de agregar a terceira finalidade legal à licitação, já previa fatores de aferição de vantajosidade de propostas (‘tipos’ de licitação) que combinavam fatores econômicos com outros, de índole técnica.”*²⁵

Nessa mesma direção, registre-se a lição de Veridiana BERTOGNA para quem “*a intervenção estatal obrigatória na proteção ambiental, de forma a garantir as necessidades das gerações futuras, não pode ser olvidada quando o próprio Poder Público age na amplitude que as contratações públicas exigem – é neste contexto que o Estado, enquanto poderoso agente econômico, encontra vasto campo de atuação para o cumprimento de deveres que lhes foram outorgados pela Constituição Federal.*”²⁶

22. MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de Licitação Sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 25.

23. FERREIRA, Daniel. Op. Cit., p. 36/43.

24. Idem, p. 37-38.

25. Ibidem, p. 38.

26. BERTOGNA, Veridiana. Princípios constitucionais ambientais aplicáveis às licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 91.

Diante disso, tem-se que a inserção de critérios de sustentabilidade nas licitações administrativas é uma decorrência do interesse público, princípio geral que domina toda a atividade estatal.²⁷ De lembrar-se que o interesse a ser perseguido pela Administração Pública, concebida como um aparelhamento do Estado organizado para o atendimento das necessidades coletivas, com vistas à satisfação do bem comum, no exercício da função administrativa²⁸, encontra seu princípio e fim no interesse próprio do cidadão²⁹.

Encarecendo a atenção para o fato de que a cidadania e a dignidade da pessoa humana foram elevadas a fundamento do Estado Democrático de direito (artigo 1º, da Constituição Federal de 1988), Romeu Felipe BACELLAR FILHO ensina que o interesse perseguido no exercício da função estatal encontra seu princípio e fim no interesse dos cidadãos, tanto numa perspectiva individual quanto coletiva. E justifica que, *“constituindo a Administração Pública aparelhamento do Estado voltado, por excelência, à satisfação das necessidades coletivas, a legitimidade do Estado-Administração depende da sua eficiência na prestação dos serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais.”*³⁰

Daí que não mais se fala em interesses do Estado, pois, como refere Romeu Felipe BACELLAR FILHO, a *“Administração Pública não deve cuidar de interesses do Estado, mas dos cidadãos.”*³¹

E o desenvolvimento qualificado como sustentável, onde há o desenvolvimento material, tecnológico, impregnado de uma ética social, ambiental, sem comprometer a existência saudável das presentes e futuras gerações encontra no interesse pú-

-
27. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Segurança Jurídica e as Alterações no Regime Jurídica do Servidor Público. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 196.
 28. Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, existe função administrativa quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem (da coletividade) e necessita, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Nestes termos, a idéia de função está atrelada a uma finalidade pré-estabelecida que deve ser atendida para o benefício de um terceiro – a coletividade. Daí a idéia da instrumentalidade dos poderes, vez que são atribuídos única e exclusivamente para propiciar o cumprimento do dever a que está jungido o administrador público; ou seja, são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente da função deverá suprir. Na função administrativa não há liberdade nem vontade pessoal, de sorte que o administrador está adstrito à persecução de uma finalidade previamente estabelecida. Aqui há a submissão da vontade ao escopo pré-definido na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar o interesse alheio – público. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 72.
 29. Como refere Romeu Felipe BACELLAR FILHO “a existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e os encargos sociais. As elevadas e numerosas tarefas administrativas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário.” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 25-26.
 30. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. Revista de Interesse Público, Porto Alegre, n. 16, out./dez. de 2002, p. 14.
 31. Com fulcro no magistério de Andrea Pubusa, Romeu Felipe BACELLAR FILHO enfatiza que, diante do princípio democrático e o da soberania popular, não existe mais uma estrutura e um interesse do Estado separados da comunidade, ou interesses do Estado ou dos seus órgãos que não sejam instrumentais em relação à comunidade nem, enfim, decisões despidas de elementos de democraticidade. Daí o administrativista paranaense concluir que a Administração tem a incumbência de gerir e zelar pelos interesses próprios dos cidadãos. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo e o novo Código Civil. Belo Horizonte: 2007, p. 45.

blico³² o seu fundamento legitimador, sendo imperativo constitucional inarredável para a Administração Pública no cumprimento de seus misteres, configurando, pois, um direito fundamental das presentes e das futuras gerações.

Em vista disso, as licitações e as compras públicas hão de ser examinadas num horizonte intertemporal, mais responsável e consequente, incorporando critérios de sustentabilidade na sua tríplice dimensão (social, ambiental e econômico) e sope-sando os efeitos diretos e imediatos não só para as presentes, mas para as futuras gerações, desde já titulares do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente sadio e equilibrado (art. 225, CF).³³

Não se trata, como adverte Juarez FREITAS, “*de simples faculdade, mas de obrigação constitucional e legal realizar licitações e contratações administrativas sustentáveis, em todos os Poderes e por todos os Poderes*”, haja vista que “*guiado pelo imperativo fundamental da sustentabilidade, o gestor precisa, em todas as relações de administração, promover o bem-estar das gerações futuras, cujos direitos fundamentais são, desde logo, plenamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico.*”³⁴

Os objetivos e valores fundamentais e democráticos consagrados na Constituição Federal brasileira determinam o agir administrativo funcionalizado com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, com vistas à efetiva concretização dos direitos fundamentais e não autorizam a Administração Pública em todas as relações de administração a atuar de modo descompromissado com o bem-estar da sociedade do presente e, também, da sociedade do futuro.

Daí poder-se sustentar que as licitações sustentáveis efetivamente se constituem numa das formas de expressar os valores estatais consagrados na Constituição Federal que, muito mais do que um documento jurídico que delimita as funções estatais, é, antes disso, um instrumento de concretização da cidadania e dos direitos fundamentais nela acolhidos, visto que o seu núcleo essencial está voltado para a garantia de bens, interesses e valores individuais e coletivos consagrados pela categoria dos direitos fundamentais.

Nessa ordem de idéias, as determinações insculpidas na Constituição têm o condão de vincular todos os poderes constituídos, caracterizando-se como verdadeiros

32. Na lição de Celso Antônio Bandeira de MELLO, o interesse público é o próprio interesse do conjunto social, entretanto, isto não significa que ele se identifique como sendo a somatória dos interesses individuais. Para o autor, interesse público implica uma dimensão pública dos interesses individuais, “pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente como membros de um corpo social – comparecem em tal qualidade.” Daí a sua conclusão segundo a qual “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 59.

33. FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. Revista de Interesse Público, Porto Alegre, Ano 13, n. 70, nov./dez. de 2011, p. 15-16.

34. FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. Revista de Interesse Público, Porto Alegre, Ano 13, n. 70, nov./dez. de 2011, p. 22.

mandados soberanos, mormente porque, como enfatiza Romeu Felipe BACELLAR FILHO:

*“A Constituição não se reduz às suas normas de forma isolada, pois tudo o quanto nela dito pode ser ampliado, alargado, superado em busca da concretização do ideal de justiça acolhido pelo povo em dado momento histórico.”*³⁵

E é nessa perspectiva que as licitações orientadas à efetiva promoção do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, almejando a seleção, mediante critérios isonômicos e impessoais, da proposta mais vantajosa para o interesse público (e não apenas para a Administração Pública enquanto aparato estatal), incorporando padrões socioambientais e econômicos sustentáveis com o necessário, objetivo e responsável sopesamento dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos, traduzem uma das políticas públicas para a preservação do meio ambiente.

É o que se pretende evidenciar a seguir.

3. LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA

Tendo em vista o crescente aumento das funções públicas para a concretização das demandas coletivas, visando assegurar a eficiência na realização de suas tarefas administrativas, especialmente no tocante à prestação de serviços públicos, o Estado se apresenta como um grande consumidor e, nessa linha, impõem-se-lhe uma gama de sujeições e implicações, seja em decorrência do especial regime a que se submete³⁶, seja em decorrência de seu elevadíssimo poder de compra³⁷.

A defesa e a preservação do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações é imperativo constitucional que se impõe de modo inarredável para o Poder Público no exercício de seus elevados misteres aí se inserindo as licitações e contratações administrativas por ele realizadas.

A sustentabilidade nas licitações e contratações administrativas implica a aquisição de bens, serviços ou obras que atendam a critérios socioambientalmente corretos

35. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo e o novo Código Civil. Belo Horizonte: 2007, p. 23-28.

36. O regime jurídico administrativo assentado, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, em dois pilares fundamentais, a pedra de toque do Direito Administrativo que, encampados por ele, são validados como fonte matriz do sistema: o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Da sistematização dos princípios que regem o Direito Administrativo feita por Celso Antônio Bandeira de MELLO, pode-se afirmar que o Regime Jurídico Administrativo é o conjunto dos princípios, de matriz constitucional, que determinam a compreensão de todo o Direito Administrativo, concebido como uma disciplina jurídica se revela como autônoma quando a ela corresponde um conjunto de normas (regras e princípios) que lhe dão identidade, guardando tais normas, entre si, uma correlação lógica de coerência e unidade que compõem um sistema. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27a ed., São Paulo: Malheiros, 2010, Capítulos I e II.

37. Segundo Maria Augusta Soares de Oliveira FERREIRA, estima-se que no Brasil, o valor das compras públicas gira em torno de 16% (dezesesseis por cento) do Produto Interno Bruto – PIB. FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Licitações Sustentáveis como instrumento de defesa do meio ambiente – Fundamentos jurídicos para a sua efetividade. In: BLIACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 85.

desde a matriz produtiva, com meios e instrumentos de produção que utilizem matérias e condições de trabalho adequadas, com maximização e utilização racional dos recursos existentes e utilização racional e que sejam produzidos por meio de processos que não acarretem degradação do meio ambiente, diminuindo, assim, o impacto ambiental.

Para Juan José Pernas GARCIA,

“La administración pública y otros entes del sector público necesitan acudir al mercado para contratar servicios, obras y suministros, con la finalidad de cumplir con las funciones públicas que tienen atribuidas y de atender a sus propias necesidades. El régimen de la contratación pública persigue que los entes del sector público realicen estas compras mediante una utilización eficiente de los fondos públicos y, asimismo, que quede garantizada la libre concurrencia entre los operadores económicos a la hora de concurrir a los procedimientos públicos de licitación.

Partiendo de esta premisa la contratación pública debe contribuir a la realización de los objetivos de las políticas públicas. No es un fin en sí mismo, sino una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos. Debe servir por tanto al cumplimiento de los objetivos definidos por la política ambiental, por lo que podemos hablar de la necesidad de implantar la “Contratación Pública Verde”.³⁸

Considerando-se que o desenvolvimento, concebido como valor supremo na Constituição Federal de 1988 e um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é aquele qualificado como sustentável, ou seja, que incorpore não apenas a ética econômica, mas, sobretudo, a ética social e ambientalmente corretas, e, considerando também, a qualificação assumida pelo “processo de contratação pública” – desde a licitação até o contrato administrativo – ao qual se atribui uma “função social”, diante dos efeitos que a incorporação de critérios de sustentabilidade fazem expargir, pode-se identificar as licitações sustentáveis como uma política pública que *“como tal, são institucionalizadas e introduzidas no ordenamento jurídico.”³⁹*

O estabelecimento de critérios de preferência nas licitações públicas que propiciem uma maior economia de energia, de água e outros recursos naturais, bem como a redução de gases de efeito estufa e a redução e o descarte de resíduos sólidos efetivamente propicia a valorização do desenvolvimento de pesquisas e tecnologias

38. PERNAS GARCÍA, Juan José. Apuntes Introductorios sobre la Contratación Pública Verde em Europa y em España. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do 1 Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 125-126.

39. BLIACHERIS, Marcos Weiss. Licitações sustentáveis: política pública. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 150.

orientadas ao uso racional e adequado de matérias-primas com vistas à preservação e restauração dos recursos ambientais e sua disponibilidade permanente, e contribuem para a formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Uma consciência pública que assume, também, uma dimensão futura, ou seja, a necessidade de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado não só para as presentes, mas, também, as futuras gerações.

Nessa linha, as licitações sustentáveis, assim qualificadas como aquelas onde a Administração Pública concilia o desenvolvimento no qual há o progresso material e tecnológico sem comprometimento da existência saudável das gerações futuras, sem esgotamento dos recursos naturais não renováveis e preservando condições de vida digna e saudável também para aqueles que ainda estão por vir⁴⁰, consistem em uma política pública por parte do Estado.

As políticas públicas constituem-se em instrumentos de atuação governamental que, no entendimento de Maria Paula Dallari BUCCI são qualificadas como:

*“Programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (...) Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público em sentido lato.”*⁴¹

Vislumbra-se, assim, que as políticas públicas são diretrizes e ações tomadas pelo Estado, consistindo em *“um processo, cujo fim tende a uma escolha racional e coletiva das prioridades, na definição de quais interesses públicos serão reconhecidos pelo direito”*.⁴²

Como anota Eduardo APIO, o traço caracterizador das políticas públicas consiste na utilização de instrumentos cogentes de intervenção do Estado na sociedade, com vistas à promoção do bem-comum, concretizando, assim, a dignidade da pessoa humana.⁴³

Pode-se conceituar políticas públicas, então, como execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.⁴⁴

Percebe-se, pois, que por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.⁴⁵

40. MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de Licitação Sustentável. In: SANTOS, Murillo Jordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 35.

41. BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

42. Idem, p. 264.

43. APIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Juruá. 2007. p. 134.

44. Ibidem, p. 136.

45. BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>.

Nestes termos, pode-se concluir que as licitações e contratações administrativas sustentáveis também são manejadas como instrumento de política pública com vistas à plena consolidação do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, com a plena satisfação das necessidades presentes, sem comprometer a sobrevivência saudável e digna das gerações futuras.

Nesta linha de raciocínio, as inovações introduzidas pela Lei no 12.349/2010 e que alteraram a Lei de Licitações e Contratos, notadamente quanto à inserção, no artigo 3o, caput, de mais uma finalidade da licitação⁴⁶ – “a promoção do desenvolvimento nacional sustentável” – traduz a atuação do Estado que objetiva instrumentalizar o processo licitatório de modo a efetivar políticas públicas de preservação ao meio ambiente, consagrando um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Segundo Eduardo Fortunato BIM o “*dever de proteção do meio ambiente, tanto do Estado, quanto do particular, mostra que a preocupação da Lei no 8.666/93 com o respeito ao ambiente não é apenas exigência isolada de uns artigos legais, mas integra uma política pública de proteção ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável.*”⁴⁷

Nos termos do disposto no artigo 225 da Constituição Federal, ao Poder Público compete a defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, impondo a utilização racional dos recursos ambientais não renováveis de modo a assegurar as necessidades das gerações presentes sem comprometer a existência saudável e o bem-estar das gerações do futuro. A partir da leitura concertada desse dispositivo com os artigos 3o e 170 inciso VI da Constituição Federal, identifica-se o fundamento legitimador do princípio do desenvolvimento sustentável e o compromisso do constituinte com o estabelecimento de uma equidade intergeracional.⁴⁸

Surge, assim, o postulado da solidariedade intergeracional que traduz a ideia da incorporação de uma dimensão futura do agir estatal, mais responsável e consequente, de modo que o interesse público também é examinado num horizonte intertemporal dilatado, pois as escolhas públicas não de ser feitas com ponderação das repercussões futuras, intergeracionais, e pautadas por um comportamento ético, um compromisso moral para com as gerações do por vir. Com efeito, é absolutamente intolerável que nas linhas de atuação estatal, sejam enfatizadas escolhas que satisfaçam aos interesses presentes à custa do empobrecimento daqueles que nos sucederão.⁴⁹

46. Identificam-se como finalidades da licitação a garantia da observância dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade e a seleção da proposta mais vantajosa para o interesse público, tendo a Lei no 12.349/2010, acrescentado o desenvolvimento nacional sustentável também como uma das finalidades a serem concretizadas no processo licitatório.

47. BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Muriilo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 187.

48. Vanice Regina Lírio do Valle sustenta a equidade geracional como sendo um elemento da sustentabilidade e conclui que “serve, portanto, à preservação do máximo potencial do sujeito constitucional, e, mais ainda, reverência – por óbvio – os ideais de igualdade e justiça em favor desse sujeito futuro”. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa trazida pelo planejamento público. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 11, n. 45, p.134, jul./set. 2011.

49. ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 11. ed. amplamente reform. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 30.

Para Vanice Regina Lírio do VALLE, “*afirmar a dignidade da pessoa como fundamento da República envolverá dizer que as gerações futuras têm a si devidos os elementos necessários ao atendimento ao bem comum simplesmente por sua condição humana*”, o que significa “*que os recursos presentes não devem ser maximizados na sua utilização e usufruição, tendo por limite o não comprometimento da proteção aos interesses das gerações futuras (...)*”.⁵⁰

Nesta linha de raciocínio, é notório que os recursos naturais não são inesgotáveis de modo que se possa permitir que a Administração Pública aja na ordem econômica ignorando este fato, impondo-se um entrelaçamento de maneira harmoniosa as atividades econômicas e o meio ambiente.

Note-se que as decisões da Administração Pública não podem estar desvinculadas da observância aos princípios ambientais dispostos na Magna Carta, “*pelo contrário, ao Poder Público compete o dever de sua aplicação imediata*” em atenção ao princípio fundamental concernente a proteção da própria vida humana.⁵¹

Para tanto, torna-se imprescindível, neste contexto, que as linhas da ação estatal sejam responsabilmente planejadas, incorporando-se-lhes critérios de sustentabilidade e descortinando uma dimensão futura dos impactos do agir atual, objetivando garantir manutenção dos recursos hoje existentes para as futuras gerações. Trata-se de um compromisso ético, moral, para efetiva incorporação do valores constitucionais numa perspectiva que transcende os interesses dos presentes.

No magistério de Celso Antônio Pacheco FIORILLO, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais de produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.⁵²

Assim, a procura pela concretização de um meio ambiente de qualidade traduz, em si, a busca da proteção da própria existência humana e advém da tutela constitucional de proteção à vida, a uma vida digna e saudável, das presentes e futuras gerações.⁵³

O Estado, como é cediço, desempenha um papel de grande consumidor e de empregador ao mesmo tempo e, nessa condição, a partir da percepção do poder de compra estatal, sobre ele recaem uma série de implicações específicas como a sua capacidade – e responsabilidade – de influenciar, fomentar e conduzir o mercado e, concomitantemente, promover uma cultura de gestão administrativa sustentável.

50. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. Cit., p. 134-135.

51. BERTOGNA, Veridiana. Princípios constitucionais ambientais aplicáveis às licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 86.

52. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 3. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26.

53. BERTOGNA, Veridiana. Op. Cit. p. 99.

Daí a relevância da inserção e fortalecimento da sustentabilidade nas ações governamentais, notadamente nas licitações e contratações públicas.⁵⁴

A outorga de poderes para a Administração Pública por intermédio dos comandos constitucionais pátrios vigentes não deixa pairar qualquer questionamento acerca da imperiosa necessidade de o Estado interiorizar as questões ambientais no exercício da sua função administrativa e, especialmente no tocante às licitações e contratações administrativas, vez que, ao adquirir bens e/ou contratar serviços, o Poder Público deve concretizar os comandos constitucionais e os “valores que apontam para a preservação da própria vida humana”.⁵⁵

Neste contexto, para que o desenvolvimento sustentável seja exequível, torna-se imprescindível fomentar valores que incentivem padrões de consumo que, de fato, prezem por práticas de produção, utilização e consumo ecologicamente corretas, mormente porque “o desenvolvimento a qualquer custo, com sacrifício dos recursos naturais não encontra mais guarida no ordenamento jurídico pátrio”.⁵⁶

Cabe aqui, então, recordar o princípio da eficiência⁵⁷ expressamente previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal, que impõe à Administração Pública o dever de agir de modo eficaz, produzindo resultados que satisfaçam as premências coletivas.⁵⁸

Como refere Marçal JUSTEN FILHO “(...) a eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. Numa empresa privada, a autonomia permite organizar os fatores da produção segundo as finalidades perseguidas egoisticamente pelo empresário – o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, e não apenas aqueles de cunho econômico.”⁵⁹

A eficiência, em última medida, traduz o dever de fazer o que deve ser feito, de modo certo e com otimização dos recursos estatais. Assim, o administrador público, no exercício das escolhas administrativas, está obrigado a trabalhar tendo como meta a melhor atuação, com o inarredável compromisso indeclinável de encontrar uma solução ponderada e responsável quanto às consequências do seu agir.

Importante ressaltar, nessa seara, a observação de Vanice Regina Lírio do VALLE, para quem o agir estatal deve refletir uma “eficiência dinâmica”, ou seja, a eficiência

54. BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Direito internacional ambiental como fundamento jurídico para as licitações sustentáveis no Brasil. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 45.

55. BERTOIGNA, Veridiana. Op. Cit., p. 101.

56. SOUZA, Lilian Castro de. Política nacional do meio ambiente e licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 105.

57. Celso Antônio Bandeira de Mello refere que o princípio da eficiência “é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Curso de Direito Administrativo, 27a ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 125. Sobre o tema da eficiência como vetor constitucional da Administração Pública, vale conferir: GABARDO, Emerson. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. São Paulo: Dialética, 2002.

58. MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 132.

59. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 183.

deve ser examinada também numa dimensão futura, especialmente porque a introdução da sustentabilidade como critério exigível do agir estatal, implica o reconhecimento que os efeitos esperados da ação governamental podem se manifestar num futuro não imediato.⁶⁰

Com efeito, a inclusão de critérios ambientais sustentáveis nas ações do Estado não poderão ser aferidos de maneira imediata, de sorte que não é possível evidenciar de maneira previsível e quantitativa a eficácia dos resultados de modo a legitimar referida ação governamental para qualificá-la verdadeiramente suficiente. Em assim sendo, a eficiência administrativa deve ser compreendida em seu caráter dinâmico, que apresenta uma inevitável relação de interdependência entre legitimidade, eficiência, resultado e sustentabilidade na concretização do interesse público.⁶¹

O estímulo de ações sustentáveis que repercutem em uma nova forma de gestão administrativa, eficiente e responsável, traz em seu bojo o dever do Estado em concretizar os valores expressamente elencados na Constituição Federal. Ora, não resta dúvida de que uma vez imposta na Constituição a exigência de prestações positivas ambientais nas contratações realizadas pelo Estado, estas somente serão eficazes quando direcionarem-se à obtenção de bens e serviços que prezem pela sustentabilidade.⁶²

Desse modo, é fundamental concretizar a prática das licitações sustentáveis, de modo a fomentar, induzir, influenciar o uso mais eficiente e racional dos recursos naturais, de sorte que se possa vislumbrar a eficácia jurídica e social das políticas públicas de preservação do meio ambiente, expressamente consignadas nas leis e na Constituição da República.

Nesse sentido, Lena BARCESSAT ressalta *“que as licitações (sustentáveis) não só podem como devem ser utilizadas com fins regulatórios (não apenas econômicos), visando a implementação dos ideais previstos na Constituição republicana”*.⁶³

E mais adiante a mesma autora adverte, com propriedade, que, nos termos dos mandamentos constitucionais que assegura o desenvolvimento nacional sustentável como princípio vinculante da Administração Pública, *“o Estado não só poderá, mas agora deverá, sem sombra de dúvidas, utilizar as licitações sustentáveis como meio de fomentar uma atividade, restringi-la ou até mesmo desestimulá-la”*⁶⁴, vislumbrando-se, aí, o poder regulatório inerente às atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

O Estado pode (e deve) conjugar a regulação social e a gestão da atividade econômica, de modo a estimular o desenvolvimento sociambiental *“tendo em conta o seu*

60. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa trazida pelo planejamento público. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 11, n. 45, p. 134/137, jul./set. 2011.

61. Idem, p. 137-138.

62. BERTOGNA, Veridiana. Princípios constitucionais ambientais aplicáveis às licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 90.

63. BARCESSAT, Lena. Papel do Estado Brasileiro na Ordem Econômica e na Defesa do Meio Ambiente: Necessidade de Opção por Contratações Públicas Sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 70.

64. Ibidem, p. 76.

potencial de interferência nas condições de bem-estar, seja como prestador de serviços, agente econômico, ou ainda como indutor de condutas”.⁶⁵

Neste sentido, segundo Veridiana BERTOIGNA “(...) *exige-se do Poder Público não somente a atuação repressiva, contida no Poder de Polícia. A Lei Magna exige prestações positivas por parte do Estado, visando a eficácia da proteção ambiental. O Estado torna-se, aqui, intervencionista, sempre objetivando assegurar ao máximo o equilíbrio ambiental*”.⁶⁶ (sem grifo no original)

Sustenta-se, com isso, que o Estado, ao desenvolver ações que promovam as licitações sustentáveis adquire uma dupla função regulatória: “(...) *regular a produção por meio de sua função clássica, ao regular os modos de produção e em seu papel indutor, ao assumir o papel de consumidor sustentável e colocar o seu peso na economia a serviços deste objetivo*.”⁶⁷

Cabe, pois, ao Poder Público “(...) *estimular e reforçar as ferramentas de gestão ambiental interna das empresas privadas, pois isso significa um estímulo para que elas possam ir além do mero cumprimento das normas ambientais (...)*”.⁶⁸ Com isso, o mercado, gradativamente adequar-se-á de modo a produzir produtos e serviços pautando-se no uso racional dos recursos naturais.

A licitação sustentável, também denominada “ecoaquisição”, “compra verde”, “licitação positiva” ou “compra ambientalmente amigável”, tem como objetivo precípua utilizar o poder de compra estatal visando a propiciar uma postura sustentável das empresas, que terão de se adequar às exigências caso queiram vender para o setor público.⁶⁹

Todavia, como adverte Marcos Weiss BLIACHERIS, não restam dúvidas que a definição dos parâmetros de sustentabilidade na atividade licitatória é um desafio que terão de enfrentar o legislador e o gestor público tendo em vista a necessidade de um adequado sopesamento dos valores jurídicos envolvidos na situação. E isto porque, “*junto ao impacto ambiental deverá ser valorada a limitação à competitividade e à ampla concorrência e o preço a ser pago. Nesse caso, o recomendável é a valoração de todo o ciclo de vida do produto de forma a apurar todos os valores econômicos relacionados aos produtos, inclusive às externalidades geradas no seu processo de produção, que muitas vezes demandaram (sic) um futuro gasto governamental para serem corrigidas*.”⁷⁰

65. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa trazida pelo planejamento público. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 11, n. 45, p.127-149, jul./set. 2011.

66. BERTOIGNA, Veridiana. Op. Cit. p. 89.

67. BLIACHERIS, Marcos Weiss. Licitações sustentáveis: política pública. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 144.

68. FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Apontamentos sobre a gestão socioambiental na Administração Pública Brasileira. In: BLIACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira (Coord.). Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 28.

69. BARCESSAT, Lena. Op. Cit. p. 67.

70. BLIACHERIS, Marcos Weiss. Op. Cit., p. 146-147.

As bases constitucionais para as licitações sustentáveis surgem da interpretação conjugada e concertada dos artigos 3o , 37, caput e inciso XXI, 170 inciso VI e 225, da Constituição Federal.

Tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição todas as leis devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal, de sorte que a todas elas deve ser dada uma interpretação que seja compatível com os direitos, garantias e valores expressos na Constituição. É necessário, desse modo, promover uma interpretação conforme a Constituição. Segundo Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA, a supremacia da Constituição sobre todas as normas e o seu caráter central na construção e validade do ordenamento em seu conjunto “*obligam a interpretar este(...) no sentido que resulta dos principios e regras constitucionais, tanto os gerais como os específicos da matéria de que se tratar*”⁷¹, proibindo-se qualquer interpretação que conduza a um resultado direta ou indiretamente contraditório aos valores constitucionais.

Assim, toda a legislação que disciplina o instituto da licitação deve ser realizada à luz do seu conteúdo axiológico numa interpretação sistemática do texto constitucional, conjugando os diplomas normativos com os demais preceptivos da Lei Maior, especialmente aquele que estabelece o dever do Poder Público de preservar o meio ambiente.

Importa reconhecer que já houve um grande avanço no âmbito das licitações e contratações administrativas quanto à efetivação do mandamento constitucional que assegura o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado. Um salto significativo na promoção da sustentabilidade ambiental foi dado com o advento da Lei no 12.187/2009 que institui a Política Nacional Sobre Mudança do Clima e da Lei no 12.305/2010 que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Não obstante, pondo fim a qualquer eventual discussão a propósito da (im)possibilidade de inserção de critérios de sustentabilidade nas aquisições feitas pela Administração Pública, inaugurando, portanto, uma nova era no âmbito das licitações e contratações administrativas, a Lei no 12.349, de 15.12.2010 introduziu a promoção do “desenvolvimento nacional sustentável” como cláusula geral obrigatória.

Descortina-se, assim, um novo ciclo para os processos de aquisição de bens, serviços e obras da Administração Pública, pois a promoção do desenvolvimento nacional sustentável inserida pelo citado diploma normativo no artigo 3o, caput, da Lei no 8.666/93⁷² – ao lado da vantajosidade (eficiência) e isonomia, passa a ser também um vetor fundamental e inarredável nas licitações, alcançando desde a (i) especificação do objeto; (ii) a elaboração dos projetos básicos de obras e serviços; (iii) a estimativa

71. Tradução livre. No original: “obligan a interpretar éste (...) en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate”. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1985. p. 95.

72. Artigo 3o: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.” (grifos nossos)

de preços de mercado; (iv) a definição dos critérios de julgamento das propostas; (v) a análise das impugnações aos Editais; (vi) o julgamento dos recursos administrativos; (vii) a adjudicação do objeto e (viii) a homologação do certame.

Importante registrar, também, que na Lei no 12.463/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação - RDC⁷³, o desenvolvimento nacional sustentável foi erigido à condição de princípio integrante do regime jurídico das licitações, de sorte que a sustentabilidade ambiental também passa a ser vinculante e, portanto, fundamento de validade, da licitação, ao lado dos demais princípios a ela inerentes, como o da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da economicidade, do julgamento objetivo, etc.

O artigo 4o do RDC assim estabelece: *“Nas licitações e contratos de que trata esta Lei, serão observadas as seguintes diretrizes: (...) III – busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e outros fatores de igual relevância; (...) § 1o – As contratações realizadas como base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas a: I – disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; II – mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; III – utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais.”* (grifos nossos)

Como se vê, no Regime Diferenciado de Contratação o legislador corajosamente inseriu expressamente a sustentabilidade como um fim condicionante da validade da atividade licitatória e da contratação administrativa, revelando-se um marco referencial no tocante à tutela ambiental.

A proteção ao meio ambiente é um dever constitucional do Estado e, nesse contexto, a gestão pública socioambiental, neste contexto, encontra-se representada, por excelência, pelo programa Agenda Ambiental na Administração Pública⁷⁴ (A3P – essa sigla tem origem nos 3 “As” e 1 “P” que iniciam as palavras),⁷⁵ que por sua vez

73. Diploma normativo que foi editado porque se reputava que as normas até então existentes eram insuficientes para licitar e celebrar os contratos necessários para garantir a realização da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol (FIFA) em 2013, a Copa do Mundo em 2014 e os Jogos Olímpicos e Paralímpicos que se realizarão em 2016. Trata-se, portanto, de um diploma normativo que foi editado apenas para atender a uma específica necessidade pública circunstancial, objetivando conferir maior eficiência e celeridade aos processos de licitação e contratação pública para esses eventos.

74. No site do Ministério do Meio Ambiente é possível conhecer os objetivos, os eixos temáticos, e o histórico do programa A3P: “O que é a A3P? A Agenda Ambiental da Administração Pública – A3P é um programa, coordenado pelo Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de promover a responsabilidade socioambiental e a adoção de procedimentos, referenciais de sustentabilidade e critérios socioambientais nas atividades do setor público. A A3P é uma iniciativa que demanda o engajamento individual e coletivo, a partir do comprometimento pessoal e da disposição para a incorporação dos conceitos preconizados, para a mudança de hábitos e a difusão do programa”. (BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. O que é a A3P?. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p>> Acesso em: 02/08/2012)

75. FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Apointamentos sobre a gestão socioambiental na Administração Pública Brasileira. In: BLIACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira (Coord.). Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31.

está calcado “*nos seguintes eixos temáticos: o uso racional de recursos; as “licitações sustentáveis; a gestão ambiental adequada de resíduos; a qualidade do ambiente de trabalho; e a educação ambiental”*”⁷⁶

Dentre os temas abordados pela A3P que o uso racional de recursos compreende a denominada ecoeficiência, qualificada pela busca em minimizar o desperdício dos recursos naturais nos meios de produção de modo a proporcionar, além da diminuição de custos, a redução de impactos ambientais.

Nestes termos, as licitações sustentáveis abordadas pela A3P significam:

*“(…) a preferência a ser dada em processos licitatórios públicos a produtos socioambientalmente corretos, com menor impacto ambiental, cujo processo de produção incorpore padrões socioambientalmente sustentáveis, que geram em todo o seu ciclo de vida menor impacto. Trata-se da aquisição pela administração pública de bens e serviços melhores para o meio ambiente e para a saúde humana.”*⁷⁷

Evidentemente que referido eixo temático está atrelado ao eixo concernente ao uso racional dos recursos naturais, estando intimamente conectados à licitação sustentável, na visão de Marcos Weiss BLIACHERIS, já que a com a adequada especificação dos produtos e serviços que serão adquiridos pela Administração Pública, há de ser considerada e alcançada a redução do impacto ambiental.⁷⁸

O Tribunal de Contas da União tem se manifestado acerca da sustentabilidade ambiental nas contratações realizadas pela Administração Pública, como se evidencia do Acórdão nº 1.752/2011 – Plenário, verbis:

“(…) 9.4. recomendar ao Ministério do Meio Ambiente, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Eletrobras, no que lhe competem, que:

9.4.1. ampliem a divulgação de seus respectivos programas - A3P, PEG e Procel EPP - perante a Administração Pública Federal, informando sobre o apoio prestado e sobre a existência de banco de dados contendo boas práticas bem como disponibilizem links de acesso, em suas respectivas páginas na internet, dos outros dois programas de apoio e de outros sites com informações sobre práticas sustentáveis;

9.4.2. retomem as iniciativas visando implementar o Projeto Eficiência e sustentabilidade na Esplanada dos Ministérios, tendo em vista sua importância na criação de bases para a implementação de uma política coordenada, mais abrangente e de longo prazo voltada para sustentabilidade e eficiência em toda a Administração Pública Federal;

9.4.3. avaliem a estrutura, respectivamente, da Agenda Ambiental da Ad-

76. Idem, ibidem.

77. Idem, p. 32.

78. BLIACHERIS, Marcos Weiss. Op. Cit., p. 47.

ministração Pública, do Programa de Eficiência do Gasto e do Subprograma Procel Eficiência Energética em Prédios Públicos, visando dotá-los das condições necessárias para fomentar a adoção de ações voltadas para o uso racional de recursos naturais na Administração Pública Federal;
(...)

9.8. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que incentive os órgãos e instituições públicas federais a adotarem um modelo de gestão organizacional estruturado na implementação de ações voltadas ao uso racional de recursos naturais, a exemplo das orientações fornecidas pelos Programas A3P, PEG e Procel EPP;

9.9. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que incentive os órgãos e instituições públicas federais a implantarem programas institucionais voltados ao uso racional de recursos naturais, inclusive prevendo designação formal de responsáveis e a realização de campanhas de conscientização dos usuários (...).⁷⁹ (sem grifos no original)

Evidencia-se, assim, a preocupação da Corte de Contas em fomentar a gestão socioambiental na Administração Pública e quanto à necessidade de adoção de processos ambientalmente sustentáveis pelos órgãos públicos em suas relações de administração. É sob o influxo dessas ideias que se pode sustentar a licitação sustentável como:

“(...) o corolário do uso racional dos recursos naturais, da eficiência e economicidade no uso desses recursos, contribuindo para o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ela nasce da consciência de que o Estado é um grande consumidor, devendo preservá-lo (o que também significa minorar os danos ambientais) não somente pela repressão, educação ou restauração, mas ainda através do consumo ambientalmente responsável.”⁸⁰

Ademais disso, o princípio do desenvolvimento sustentável reflete a preocupação em resguardar a equidade intergeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, configurando um dever Estatal de promover o equilíbrio ambiental e preservação dos recursos naturais, via licitações sustentáveis.

Com essa concepção, depreende-se que as licitações públicas sustentáveis envolvem questões complexas e muito além da regulação do Estado na ordem econômica. Isto porque devem ser analisados outros aspectos extremamente relevantes, como a dignidade da pessoa humana e o compromisso para com as futuras gerações, as

79. BRASÍLIA, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.752/2011, Plenário. Relator: Ministro André Luís de Carvalho. Sessão ordinária em 29/06/2011.

80. BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Muriilo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 212.

noções de progresso e desenvolvimento nacional sob a ótica do não desperdício e do consumo racional, bem como a atuação do Estado como consumidor, sobremaneira, como indutor de condutas e de estímulos à iniciativa privada.

Assim sendo, as licitações sustentáveis, previstas no artigo 3o da Lei no 8.666/1993, incorporam-se em um cenário mundial, em que a preocupação com a degradação do meio ambiente é alarmante, o que permite considerá-las como um importante mecanismo público voltado a promoção de práticas que viabilizem a manutenção de um meio ambiente sadio e equilibrado, para as presentes e futuras gerações.

Pode-se, assim, entender, que ao incluir critérios ambientais nas licitações públicas produz-se um instrumento de ação positiva do Estado em integrar os requisitos ambientais nos processos relativos a contratação nos órgãos públicos, possibilitando, ainda que não de maneira imediata, a eficácia de boas práticas de sustentabilidade, e, conseqüentemente, a redução de impactos ao meio ambiente de modo a propiciar a sadia qualidade de vida humana, num compromisso de solidariedade intertemporal com as novas gerações.

4 . CONCLUSÕES

A preocupação com a degradação do meio ambiente tem atingido índices alarmantes. As últimas décadas têm demonstrado que a ação inconstante e a omissão do Homem sobre a natureza compromete não apenas as gerações futuras, haja vista que as nefastas conseqüências dessa ação humana já se fazem sentir por todos os presentes.

Nesse contexto de preocupação com a preservação do meio ambiente sadio e equilibrado concebido como aquele que atende às necessidades do presente, sem comprometer a possibilidade das gerações futuras de atenderem as suas próprias necessidades, onde se encontram em equilíbrio fatores sociais, ambientais e econômicos, a inserção de critérios de sustentabilidade nas licitações administrativas permite considerá-las como um importante mecanismo público voltado a promoção de práticas de preservação ambiental.

Com efeito, ao incluir critérios ambientais nas licitações públicas produz-se um instrumento de ação positiva do Estado em integrar os requisitos sociais e ambientalmente relevantes nos processos licitatórios, possibilitando, ainda que não de maneira imediata, a eficácia de boas práticas de sustentabilidade, e, conseqüentemente, a redução de impactos ao meio ambiente de modo a propiciar a sadia qualidade de vida humana.

O interesse perseguido no exercício da função estatal encontra seu princípio e fim no interesse dos cidadãos, tanto numa perspectiva individual quanto coletiva, sendo a Administração Pública um aparelhamento do Estado voltado, por excelência, à satisfação das necessidades coletivas, o interesse público identificado, em última medida, como o bem-estar de todos.

O desenvolvimento qualificado como sustentável, onde há o desenvolvimento material, tecnológico, impregnado de uma ética social, ambiental, sem comprometer

a existência saudável das presentes e futuras gerações encontra no interesse público o seu fundamento legitimador, sendo imperativo constitucional inarredável para a Administração Pública no cumprimento de seus misteres, configurando, pois, um direito fundamental das presentes e das futuras gerações.

Não se olvida que a inclusão de critérios ambientais sustentáveis nas ações do Estado e, conseqüentemente, a eficácia das licitações sustentáveis, não serão identificadas imediatamente, já que não é possível evidenciar de maneira previsível e quantitativa a eficácia dos resultados de modo a legitimar referida ação governamental para qualificá-la verdadeiramente suficiente. Todavia, a observância e a admissão paulatina das medidas sociais e ambientalmente relevantes têm o condão de moldar o mercado de fornecedores, de forma a adaptá-los e incentivá-los a dispor suas atividades comerciais observando as exigências ambientais vigentes.

O estímulo de ações sustentáveis que repercutem em uma nova forma de gestão administrativa, eficiente e responsável, traz em seu bojo o dever do Estado em concretizar os valores expressamente elencados na Constituição Federal. Diante disso, não resta dúvida de que uma vez imposta na Constituição a exigência de prestações positivas ambientais nas contratações realizadas pelo Estado, estas somente serão eficazes quando direcionarem-se à obtenção de bens e serviços que prezem pela sustentabilidade.

Desse modo, é fundamental concretizar a prática das licitações sustentáveis, de modo a fomentar, induzir, influenciar o uso mais eficiente e racional dos recursos naturais, de sorte que se possa vislumbrar a eficácia jurídica e social das políticas públicas de preservação do meio ambiente, expressamente consignadas nas leis e na Constituição da República.

Em vista disso, as licitações e as compras públicas hão de ser examinadas num horizonte intertemporal, mais responsável e conseqüente, incorporando critérios de sustentabilidade na sua tríplice dimensão (social, ambiental e econômico) e sopesando os efeitos diretos e imediatos não só para as presentes, mas para as futuras gerações, desde já titulares do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente sadio e equilibrado (art. 225, CF).

Trata-se de um compromisso de solidariedade intertemporal com as presentes e futuras gerações extraído diretamente dos mandamentos constitucionais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 11. ed. amplamente reform. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Segurança Jurídica e as Alterações no Regime Jurídica do Ser-

81. FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. Revista de Interesse Público, Porto Alegre, Ano 13, n. 70, nov./dez. de 2011, p. 15-16.

- vidor Público. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- _____. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: 2007.
 - _____. *O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira*. Revista de Interesse Público, Porto Alegre, n. 16, out./dez. de 2002.
 - _____. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2003.
 - BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do 1 Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
 - BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>.
 - BARCESSAT, Lena. *Papel do Estado Brasileiro na Ordem Econômica e na Defesa do Meio Ambiente: Necessidade de Opção por Contratações Públicas Sustentáveis*. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
 - BARKI, Teresa Villac Pinheiro. *Direito internacional ambiental como fundamento jurídico para as licitações sustentáveis no Brasil*. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
 - BERTOGNA, Veridiana. *Princípios constitucionais ambientais aplicáveis às licitações sustentáveis*. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
 - BIM, Eduardo Fortunato. *Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável*. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
 - BLIACHERIS, Marcos Weiss. *Licitações sustentáveis: política pública*. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
 - BLIACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. *Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
 - BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. *O que é a A3P?*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p>> Acesso em: 02/08/2012.
 - BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
 - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.
 - FERREIRA, Daniel. *A licitação Pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
 - FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. *Licitações Sustentáveis como instrumento de defesa do meio ambiente – Fundamentos jurídicos para a sua efetividade*. In: BLIACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. *Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
 - FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 3. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
 - FREITAS, Juarez. *Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos*. Revista de Interesse Público, Porto Alegre, Ano 13, n. 70, nov./dez. de 2011.
 - _____. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 1a ed., 1a reimp., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
 - GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1985.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MACIEL, Alexandra Albuquerque; MACIEL, Marcela Albuquerque. A Eficiência energética como caminho para as construções sustentáveis – Uma análise dos cenários normativos brasileiro e europeu. In: BLIACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de Licitação Sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito constitucional: preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 4a ed. Coimbra: Coimbra, 1990.
- _____. Manual de Direito Constitucional. Tomo II, 2a ed., Coimbra : Coimbra Editora, 1988.
- PERNAS GARCÍA, Juan José. Apuntes Introdutorios sobre la Contratación Pública Verde em Europa y em España. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do 1 Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.
- SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- SOUZA, Lilian Castro de. Política nacional do meio ambiente e licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.) Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, abr./jun., 2003.
- VALLE, Vanice Regina Lirio do. Sustentabilidade das escolhas públicas: dignidade da pessoa trazida pelo planejamento público. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Ano 11, n. 45, jul/set 2011.
- VIEIRA, André Luís. Desenvolvimento sustentável: variações sobre o tema. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, v. 7, n. 39, p. 11-21, maio/jun. 2008.

LIBERTAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA UNIÓN EUROPEA Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: LIBERALIZACIÓN VERSUS INTERVENCIÓN PÚBLICA¹

Juan José Pernas García

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior tiene como objetivo impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo las trabas injustificadas o desproporcionadas al ejercicio de una actividad de servicios y proporcionando un entorno más favorable y transparente a los agentes económicos. Como ya es sabido, la Directiva ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento interno por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (denominada “Ley Paraguas”), que da cobijo a los principios y reglas básicas de la Directiva. Esta norma establece las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios. Simplifica los procedimientos y pretende fomentar, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad de los servicios. Pone límites a la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que no resulten justificadas o proporcionadas.

La “Ley Paraguas” establece los criterios básicos para la revisión y modificación de las normas de carácter legal y reglamentario, para conseguir el objetivo del libre

1. Trabajo de investigación elaborado en el marco del proyecto de investigación “Mercado interior, libertades económicas y medio ambiente” (DER2011-28994) del Ministerio de Ciencia e Innovación, otorgado en el marco del subprograma de Proyectos Investigación Fundamental No Orientada de 2011.

acceso a los servicios en el territorio nacional y su ejercicio. Es preciso simplificar los procedimientos y remozar los obstáculos y cargas administrativas innecesarias y desproporcionadas. La norma pone el énfasis en los instrumentos de intervención de las Administraciones públicas. Con carácter general se sustituye el control *ex ante* o *a priori* de la actividad, que implica la exigencia de autorización previa, por un control *ex post* o *a posteriori* de la misma, a partir de la realización de una comunicación o una declaración responsable². Esto supone un cambio de paradigma de profundo calado en el control administrativo de las actividades económicas³.

Los procedimientos de autorización deben ser analizados pormenorizadamente. Sólo se mantendrán aquellos que estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean conformes con los principios de no discriminación y de proporcionalidad. Para ello se ha puesto en marcha una estrategia, aún en proceso de desarrollo, de evaluación y de modificación de la normativa sectorial a escala estatal, autonómica y local⁴.

Esta tendencia desreguladora no ha sido iniciada por la Directiva de servicios, si bien esta representa su impulso definitivo. Hace años que se aprecia el desplazamiento del modelo de intervención administrativa por otro basado en una planteada por el particular⁵. La creciente presencia de regímenes de comunicación es clara en nuestro ordenamiento estatal y autonómico, incluso, aunque con menor impacto, en el Derecho ambiental, reducto donde el control *a priori* es -y debe seguir siendo por efecto de los principios de prevención y cautela- la regla general. La técnica autorizatoria sigue afectando a las instalaciones y actividades de mayor repercusión ambiental en coherencia con las exigencias del principio de proporcionalidad, criterio definidor del nivel de intensidad de la intervención administrativa.

Siguiendo con el impacto de la Directiva de servicios en nuestro Derecho positivo, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (denominada “Ley Omnibus”), ha modificado diversas leyes, horizontales y sectoriales, para su adaptación a la “Ley Paraguis”. Esta

2. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, Informe sobre la transposición de la Directiva de servicios, 29 de abril de 2010, p. 3.
3. Para MUÑOZ MACHADO “[l]a primera cuestión que la aplicación de la Directiva plantea es, justamente, si es posible, con un simple chasquido de dedos, consumado por el legislador al transponerla, se puede llevar a cabo tan formidable transformación de estructuras, prácticas y formas de acción administrativas seculares” (“Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de servicios”, Revista General de Derecho Administrativo, núm. 21, 2009, p. 2).
4. La evaluación y revisión de la normativa sectorial ha supuesto, por el momento, la eliminación de 116 autorizaciones a nivel estatal y del orden de 633 en el ámbito autonómico, así como la supresión de 594 requisitos (*ibidem*).
5. ESTEVE PARDO, José, Técnica, riesgo y derecho, Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 86.
6. Por ejemplo, en la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias se sustituye el régimen autorizatorio por el de declaración responsable en el caso de la circulación de vehículos motorizados, vinculada a una actividad de servicios (art. 16.1), y de las instalaciones vinculadas a una actividad de servicios (art. 17.2). Se modifica en este mismo sentido el Texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. Los usos comunes especiales (art. 51) y la navegación recreativa (art. 78) en embalses pasan a estar sujetos a la obligación de declaración responsable.
7. Se modifica la Ley de 20 de febrero de 1942, por la que se regula el fomento y conservación de la pesca fluvial (art. 28, “Ley Omnibus”) y la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza (art. 29, “Ley Omnibus”) para eliminar requisitos de carácter discriminatorio.

norma ha afectado a algunas normas con rango de Ley en materia ambiental. Ha eliminado regímenes de autorización⁶ y requisitos prohibidos de carácter discriminatorio⁷, así como limitaciones territoriales y temporales a la vigencia de las autorizaciones. Ha insertado, asimismo, el régimen de concurrencia en la concesión de autorizaciones cuando se hace uso del dominio público⁸.

Este proceso se ha extendido sectorialmente a través de la evaluación, revisión y actualización de las normas de carácter reglamentario. En nuestro ámbito de estudio fue aprobado el Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo, relativo a la modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009 y a la Ley 25/2009.

El Reglamento clarifica y actualiza la normativa vigente en los sectores de la caza⁹, pesca¹⁰, montes¹¹ e incendios forestales¹², adaptándola al proceso de transferencia de competencias a las CCAA. Modifica las normas de desarrollo de las Leyes ambientales revisadas por la “Ley Omnibus” en materia de aguas¹³, costas¹⁴ y residuos. La norma simplifica los trámites reglamentarios para la concesión de la autorización ambiental integrada, tomando en consideración las recientes modificaciones de la normativa de evaluación de impacto ambiental. El Reglamento¹⁵ que regula la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modifica-

8. La “Ley Paraguas” dispone que sólo podrá limitarse el número de autorizaciones cuando esté justificado por la escasez de recursos naturales o por inequívocos impedimentos técnicos (art. 8.1). En estos supuestos habrá que seguir un procedimiento concurrencial que garantice la imparcialidad y la transparencia (Exposición de motivos, art. 8.2, letra a, Ley 17/2009).
9. El Reglamento 367/2010 deroga el Reglamento de ejecución de la Ley de Caza de 1970, aprobado por Decreto 506/1971, de 25 de marzo. Sin embargo el citado reglamento mantiene su vigencia, con leves modificaciones para garantizar el principio de concurrencia competitiva, para aquellas CCAA que no tengan una regulación propia.
10. Se deroga el reglamento para la ejecución de la Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942, aprobado por el Decreto de 6 de abril de 1943. Se mantiene su vigencia, con leves modificaciones para garantizar el principio de concurrencia competitiva, para aquellas CCAA que no tengan una regulación propia.
11. Se deroga buena parte del articulado del reglamento de montes, aprobado por Decreto 485/1962, de 22 de febrero. No obstante se mantiene la vigencia de estos artículos para las CCAA y ciudades autónomas sin regulación propia.
12. El Reglamento 367/2010 deroga parcialmente el Reglamento de incendios forestales, aprobado por el Decreto 3769/1972, de 23 de diciembre. Con todo, sigue vigente en aquellas CCAA y ciudades autónomas que no tengan normativa en la materia, en tanto no se dicte dicha regulación.
13. Se modifica el Reglamento de Dominio Público hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, con la finalidad de desarrollar las modificaciones de la “Ley Omnibus” en el Texto Refundido de la Ley de aguas (véase la nota 5). Desarrolla el régimen de declaración responsable para los usos comunes especiales, y fija los requisitos generales y específicos para el ejercicio de estas actividades, de acuerdo con los principios y exigencias básicas de la “Ley Paraguas”. Se desarrollan las previsiones referidas a la navegación, flotación, establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos, así como a otros usos comunes especiales (utilización de pastos, de hidroaviones). Se somete a autorización los usos comunes especiales de “especial intensidad” en el dominio público (extracción de áridos, siembras, plantaciones y corta de árboles, establecimientos de baños o zonas recreativas o deportivas, derivaciones de agua de carácter temporal, etc.), cuyos procedimientos se someterán a los principios de publicidad, transparencia, objetividad y, en determinados supuestos, concurrencia competitiva. El Reglamento 367/2010 desarrolla el régimen autorizador de las actividades en zona de policía (construcciones, defensa o nivelaciones de terrenos, extracción de áridos, acampadas colectivas).
14. El Reglamento general de desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, aprobado por el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, ha sido modificado para garantizar los principios de publicidad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva en los procedimientos administrativos que afecten a las actividades de servicios.
15. Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, aprobado mediante Real Decreto 178/2004.

dos genéticamente, se modifica para clarificar la estructura y la distribución de funciones en la organización administrativa, evitar la duplicidad de trámites y mejorar la transparencia, comunicación y coordinación de los órganos con competencias en la materia. También se prevé la adaptación a la Directiva de servicios, de la regulación sobre aparatos eléctricos y la gestión de sus residuos, lo cual se aprovecha para una transposición más precisa de las obligaciones comunitarias en este ámbito específico.

Una vez señaladas las normas claves para entender el proceso desregulador desarrollado por la normativa de servicios, vamos a analizar de modo más específico el impacto de esta regulación en el Derecho ambiental. El objetivo de este artículo es hacer un trabajo panorámico sobre esta cuestión, sin profundizar en la repercusión de esta regulación en una técnica o legislación sectorial específica. De hecho, por las lógicas limitaciones de espacio de una obra de este tipo, no ahondaremos en la incidencia de la normativa de servicios en el régimen de evaluación de impacto ambiental¹⁶ ni en la legislación de residuos, pese a que son ámbitos ambos en los que se plantean cuestiones de especial interés. Esta cuestión será analizada en otro estudio independiente.

2. EL IMPACTO DIRECTO DEL PROCESO LIBERALIZADOR INICIADO POR LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL DERECHO AMBIENTAL

2.1. Las medidas ambientales restrictivas de la libertad de servicios: justificación y límites

La realización del mercado interior y de sus libertades fundamentales no es el único objetivo de la UE. Además, la UE “[o]brará en pro del Desarrollo sostenible basado en un crecimiento equilibrado (...) y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente” (art. 3.3, TFUE). Por su parte, el artículo 11 del TFUE dispone que “[las] exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar el desarrollo sostenible”. Por tanto los principios de libre establecimiento y de libre prestación de servicios no pueden ser interpretados de forma absoluta. Las libertades fundamentales del Tratado y sus normas de Derecho derivado, como la Directiva de servicios, deben contribuir al objetivo comunitario de la protección del medio ambiente. Hay que tener en cuenta, además, que los Estados miembros tienen competencias legislativas en materia ambiental, por lo que pueden mantener y

16. El Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos ha sido modificado por la Ley 6/2010, de 24 de marzo, para, entre otras cuestiones, adaptarlo a las exigencias de la normativa de servicios.

adoptar en su territorio medidas ambientales más estrictas que las previstas por la normativa comunitario de armonización (art. 193, TFUE), siempre que se respeten las libertades fundamentales del Tratado. Todo lo dicho tiene reflejo en la Exposición de motivos de la Directiva de servicios, que advierte que a la hora de eliminar barreras es esencial velar por que el desarrollo de actividades de servicios contribuya a promover el cumplimiento de los objetivos fundamentales de la UE, entre otros, el “desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible”, “un crecimiento sostenible” o “un alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente” (considerando 1).

La “Ley Paraguas” establece, como principio general, que el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio no estarán sometidas a un régimen de autorización, ya que son una restricción al libre establecimiento (art. 5)¹⁷ y a la libre prestación de servicios (art. 12.2, letra b). Sólo podrá imponerse excepcionalmente a los prestadores de servicios cuando se den cumulativamente estas tres exigencias: que no sea discriminatorio, que esté justificado por una “razón imperiosa de interés general” y que sea proporcionado. La Ley que establezca dicho régimen autorizador deberá motivar la concurrencia de estas tres condiciones (arts. 5, 12.3, “Ley Paraguas”). La normativa de servicios establece igualmente límites al establecimiento de requisitos que limiten el acceso a la actividad de servicios o su ejercicio. Más allá de los que estén expresamente prohibidos (art. 10, “Ley Paraguas”), sólo podrán imponerse aquellos que cumplan, con diferentes matices, las tres exigencias ya mencionadas en el párrafo anterior para la imposición de regímenes autorizatorios (arts. 9.2, 11.2, “Ley Paraguas”).

Estos tres criterios representan la recepción en el Derecho positivo de la jurisprudencia del TJUE, de acuerdo con la cuál los Estados miembros sólo podían adoptar medidas de limitación de las libertades económicas del Tratado si se invocaban “exigencias imperativas” o “razones imperiosas de interés general”, siempre que dichas medidas sean proporcionadas y no discriminatorias. Esta jurisprudencia se desarrolló, en primer lugar, en relación con la libre circulación de mercancías a partir de la sentencia *Cassis de Dijon*, para *a posteriori* extenderse a la libre prestación de servicios y, luego, al Derecho de establecimiento¹⁸.

En primer lugar, la imposición de un régimen autorizador y de otros requisitos en materia ambiental sólo se podrá llevar a cabo cuando estas medidas no sean discriminatorias. Estas medidas no pueden resultar discriminatorias “(...) ni directa ni indirectamente en función de su nacionalidad o de que el establecimiento se

17. Véase la sentencia del TJUE de 22 de enero de 2002, Canal Satélite, asunto C-390/99.

18. Véase sobre esta cuestión VICENTE BLANCO, Dámaso-Javier, “La libre circulación de servicios, el proceso de elaboración e la directiva y el problema medular del principio de origen” en VICENTE BLANCO, Dámaso-Javier, RIVERO ORTEGA, Ricardo (dirs.), Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León, Colección de estudios (Consejo Económico y Social de Castilla y León), núm. 13, 2010, pp. 56 y ss.

encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social” (art. 5, letra a, “Ley Paraguas”)¹⁹. En segundo lugar, el régimen autorizatorio y los requisitos ambientales que en su caso se establezcan deben estar justificados por una “razón imperiosa de interés general”. La “protección del medio ambiente y del entorno urbano” es una “razón imperiosa de interés general” (artículo 3.11, “Ley Paraguas”). La Directiva 2006/123 utiliza el mismo concepto “protección del medio ambiente y del entorno urbano” en la definición de “razón imperiosa de interés general” (art. 4.8). Sin embargo, en su Exposición de motivos completa esta previsión al referirse a las razones imperiosas de interés general: “protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural” (considerando 40). La Directiva parece querer enfatizar que las razones ambientales se extienden más allá de la propia preservación del medio natural y alcanzan a la protección de la calidad del ambiente urbano, que puede llegar a justificar medidas restrictivas a la libertad de servicios, como los límites ambientales a la implantación de grandes superficies comerciales.

En tercer lugar, los requisitos ambientales deben ser proporcionadas. Particularmente la previsión de un régimen de autorización deben ser “(...) el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz” (art. 5, letra c, “Ley Paraguas”).

El principio de proporcionalidad exige que la medida sea “adecuada para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr” y que no vaya “más allá de lo necesario para alcanzarlo”²⁰. La medida debe ser, por tanto, idónea y necesaria. Por una parte, debe ser útil o idónea para alcanzar el objetivo fijado²¹. Tiene que existir un nexo causal entre las medidas adoptadas y el objetivo ambiental que se pretende alcanzar²². El principio de precaución puede ser un factor de relativización de las exi-

19. Fuera del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios, el TJUE ha declarado el carácter discriminatorio de una medida fiscal ambiental y, contraria, en consecuencia a la libre prestación de servicios. Se trataba de una norma regional que establecía un impuesto sobre escalas turísticas de aeronaves destinadas al transporte privado de personas y de embarcaciones de recreo, que solo era exigible a la empresas con domicilio fiscal fuera del territorio de la Región de Cerdeña (sentencia de 2 de julio de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri/Regione autonoma Della Sardegna, asunto C-169/08, aps. 39, 43, 44 y 45). En materia de libre circulación de mercancías, el Tribunal se ha aplicado la exigencia de no discriminación a las medidas nacionales restrictivas en materia ambiental. Es el caso de las sentencia de Sentencia de 9 de julio de 1992, Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica, asunto 2/90, aps. 34 y 36.

20. Véase, por todas, la sentencia del TJCE de 22 de enero de 2002, Canal Satélite, asunto C-390/99, ap. 33.

21. El TJUE ha aplicado el criterio de idoneidad en numerosas sentencias en las que se dilucidaba la proporcionalidad de medidas nacionales restrictivas de la libre circulación de mercancías. Es el caso por ejemplo de las Sentencias de 25 de junio de 1998, Dusseldorp, asunto C-302/96, de 23 de mayo de 1990, Proceso penal contra Gourmetterie Van den Burg, asunto C-169/89, ap. 16, de 16 de junio de 1998, Proceso penal contra Ditlev Bluhme, C-67/97, aps. 33 a 37, de 14 de julio de 1998, Gianni BettatiliSafety Hi-Tech Srl, C-341/95, ap. 56, etc.

22. Con relación a las medidas ambientales restrictivas de la libre circulación de mercancías, el TJUE ha señalado que este vínculo debe ser probado científicamente por el Estado. Véase en este sentido la sentencia de 13 de julio de 1994, Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania, C-131/93, ap. 26.

gencias del principio de proporcionalidad, en la medida en que sería posible justificar la adopción de una medida ambiental restrictiva del Derecho de establecimiento, aun en el caso de que el nexo causal no pueda establecerse con suficiente claridad en función de las pruebas científicas disponibles. En segundo término, el requisito ambiental debe ser necesario, esto es, debe ser el medio menos restrictivo para alcanzar el objetivo²³. Una exigencia ambiental es necesaria si sus objetivos no pueden ser alcanzados mediante acciones alternativas viables que restrinjan en menor medida la libertad de servicios y que alcancen efectos equivalentes “Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria la autoridad competente para el control de la actividad” (art. 5, letra c, “Ley Paraguas”). Se considerará, por tanto, que no está justificada una autorización para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio, cuando sea suficiente una comunicación o declaración responsable del prestador para facilitar, si es necesario, el control de la actividad²⁴.

En materia ambiental, el carácter prioritario de los principios de prevención y de precaución exige desarrollar instrumentos preventivos de protección ambiental, entre los que tiene un papel protagonista el sometimiento a autorización²⁵. El control *a posteriori* de las actividades con repercusiones importantes sobre el medio ambiente -como las actividades sometidas a control integrado, las grandes instalaciones de combustión o las incineradoras de residuos, entre otras- no garantiza el cumplimiento de los objetivos ambientales marcados por la política ambiental. Siguiendo la jurisprudencia del TJCE²⁶, la Directiva señalaba en su Exposición de motivos que “(...) la autorización solo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control *a posteriori*, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar *a posteriori* los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la existencia de un control *a priori*” (considerando 54). Esta condición se cumple plenamente, sin necesidad de una evaluación precisa, en el caso de las actividades potencialmente contaminantes de mayor impacto.

23. El TJUE ha aplicado el criterio de necesidad en diferentes supuestos en donde se planteaba la adecuación a Derecho comunitario de una medida nacional en materia de medio ambiente restrictiva de la libre circulación de mercancías. Véanse las sentencias del TJUE de 20 de abril de 1988, Comisión/Reino de Dinamarca, asunto 302/86, ap.6, de 13 de julio de 1994, Comisión de las Comunidades Europea/República Federal Alemana, asunto C-131/93, ap. 27, de 14 de julio de 1998, Aher-waggon GmbH, C-389/96, ap. 21, etc.

24. Exposición de motivos de la Ley 17/2009, punto II.

25. Véase, en este mismo sentido, SANZ RUBIALES, I., “Medio Ambiente y Directiva de Servicios en Castilla y León”, en VICENTE BLANCO, Dámaso-Javier, RIVERO ORTEGA, Ricardo (dirs.), Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León, Colección de estudios (Consejo Económico y Social de Castilla y León), núm. 13, 2010, p. 604.

26. De acuerdo con una jurisprudencia reiterada del TJUE, “(...) el procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control *a posteriori* es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido” (sentencia de 22 de enero de 2002, Canal Satélite, asunto C-390, ap. 39).

La interpretación y aplicación del principio de proporcionalidad debe partir de los condicionantes propios que determinan la adopción de decisiones y medidas en materia ambiental. La incertidumbre científica y la complejidad científico-técnica que rodea a la adopción de las medidas ambientales y, en consecuencia, la necesidad de hacer evaluaciones complejas debe otorgar un mayor margen de apreciación a los Estados en la adopción de medidas ambientales –exigencias autorizatorias u otros requisitos– restrictivas de la libertad de servicios, siempre y cuando exista un riesgo efectivo para el medio ambiente de acuerdo con informaciones científicas contrastadas.

Además de la superación del “test de proporcionalidad”, los regímenes autorizatorios “(...) deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación” (art. 6, “Ley Paraguas”). Esta disposición responde a la línea jurisprudencial marcada por el TJCE:

“(...) es jurisprudencia reiterada que un régimen de autorización administrativa previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias y, en particular, a las relativas a las libertades fundamentales objeto del procedimiento principal (...). (...) para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a dichas libertades fundamentales, dicho régimen debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria.”²⁷

El proceso de evaluación y revisión de los regímenes autorizatorios ambientales debe establecer regímenes autorizatorios reglados. Esta previsión refleja de modo diáfano la voluntad del legislador de establecer regímenes autorizatorios que eliminen el margen de decisión de los órganos autorizatorios, y que doten de previsibilidad a la puesta en marcha de actividades económicas. Con todo, es evidente que algunos regímenes autorizatorios ambientales no pueden responder a esta exigencia de carácter reglado si pretendemos que sirvan, de modo efectivo, para adecuar el funcionamiento de las actividades al interés general. Las autorizaciones o evaluaciones ambientales de las actividades de mayor impacto se caracterizan por su carácter discrecional. La complejidad técnica, la diversidad de instalaciones y tipos de proyectos y la diferente naturaleza de los entornos ambientales en los que se pueden localizar los proyectos con repercusión ambiental, hace que el legislador no pueda evaluar las infinitas variables posibles, ni establecer las consecuencias jurídicas específicas para cada una

27. Sentencia del TJUE de 22 de enero de 2002, Canal Satélite, asunto C-390, ap. 35.

de ellas. Pese a las previsiones de la “Ley Paraguas”, el carácter reglado de algunas autorizaciones ambientales no es posible ni deseable. No obstante, los regímenes autorizatorios ambientales que afecten a las prestadores de servicios deben precisar los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades, para garantizar que las autoridades no actúan de modo arbitrario. De acuerdo con las previsiones de la Directiva, dichos regímenes deberían, al menos, ser revisados para reducir el margen de valoración y decisión de la Administración pública en el caso concreto, en aquellos supuestos en donde se otorgue innecesariamente un amplio margen de actuación discrecional a los poderes públicos, que no esté justificado por la naturaleza de la actividad o de la problemática ambiental que se pretenda prevenir.

2.2. La incidencia limitada de la normativa de servicios en el Derecho ambiental

La Directiva de servicios y sus normas de transposición han tenido una incidencia limitada en el régimen de intervención ambiental²⁸. Existen varias razones para ello.

En primer lugar, el carácter del medio ambiente como “razón imperiosa de interés general”, excepción al principio general de libre prestación de servicios, ha impedido que esta normativa tenga un impacto considerable en el Derecho ambiental²⁹. El principio más relevante en el desarrollo e interpretación del Derecho ambiental es el de prevención. Ello supone priorizar la actuación preventiva a la correctiva. Por ello, la sustitución generalizada de regímenes de autorización por los de declaración responsable y de comunicación supondría un cambio de paradigma de la política ambiental. Entre el Derecho ambiental y la normativa de servicio se aprecia un choque de principios y premisas básicas: el control previo del Derecho ambiental frente al control *a posteriori* del la normativa de servicios. El ajuste entre ambos sistemas se articula a través del reconocimiento de la protección del medio ambiente como una excepción a la libertad de establecimiento y prestación de servicios, lo cual permite mantener el control previo de proyectos como regla general en el Derecho ambiental, siempre que se respeten los límites marcados por el principio de igualdad y de proporcionalidad.

En segundo lugar, se trata de un ámbito donde el Derecho derivado comunitario se ha desarrollado de forma importante (control integrado de la contaminación, evaluación de impacto, comercio de emisiones, incineración de residuos, etc.)³⁰. La estrategia legislativa comunitaria en materia ambiental se ha basado en la armonización de legislaciones, lo que hace del medio ambiente un ámbito con regulación comunitaria específica y propia, fuera del alcance liberalizador de la Directiva de ser-

28. El mayor impacto se ha producido en los sectores del turismo, comercio e industria. En un segundo nivel de repercusión se encuentra el medio ambiente, la agricultura o la salud (MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, Informe sobre la transposición de la Directiva de servicios, 29 de abril de 2010, pp. 3 y 4).

29. Han sido modificadas diez normas con rango de Ley y 19 reales decretos y uno ha sido derogado (Ídem, pp. 107 y ss).

30. Ídem, p. 107.

vicios. De hecho, la “Ley Paraguas” excluye de su ámbito de aplicación “los aspectos expresamente recogidos” en los regímenes de autorización previstos en la normativa comunitaria (artículo 4.3, “Ley Paraguas”). Las normas de derecho derivado ambiental quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de servicios, con relación a aquellas cuestiones expresamente previstas en ellas. Sin embargo, en los aspectos no recogidos serán de aplicación las previsiones de la Directiva de servicios y, en consecuencia, de la “Ley Paraguas” sobre la libertad de establecimiento, con relación a las actividades de servicios afectadas por esta última regulación. La Comisión pone el ejemplo de la Directiva de servicios³¹:

“Por ejemplo, en la Directiva sobre residuos se exige de manera explícita que los Estados miembros sometan ciertas actividades relativas a las aguas residuales a regímenes de autorización y, por tanto, éstos no se someterán a lo previsto en el artículo 9. En cambio, en los aspectos específicos que no se tratan en esta Directiva sobre residuos, como los relativos a las condiciones para la concesión de autorizaciones, la vigencia de éstas o el procedimiento aplicable, se estará a lo dispuesto en los artículos 10 a 13 de la Directiva de servicios. A sí, los Estados miembros tendrán que garantizar que los regímenes de autorización (y sus procedimientos) cumplan las disposiciones de dichos artículos.”³².

Por tanto cuando una norma ambiental comunitaria establezca la obligación de someter a las actividades a un régimen de autorización, éste no puede ser sustituido por los Estados miembros por una mera obligación de comunicación por parte del promotor del proyecto. El TJCE ha afirmado que los regímenes de autorización ambiental implican “un examen caso por caso de todas las solicitudes presentadas con este fin y que no puede ser tácita” (sentencia de 6 de noviembre de 2008, c-381/07, ap. 26)³³. “[U]n régimen de declaración dotado de un derecho de oposición, incluso

31. En ese momento, la Directiva 2006/12/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos.

32. COMISIÓN EUROPEA, Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios, 2007, p. 26.

33. En este caso se plantea una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 6 de la Directiva 2006/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2006, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad. Para la ejecución de programas de reducción de la contaminación, el artículo 6 dispone, en su apartado 2, que todo vertido efectuado en las aguas indicadas en el artículo 1 de la misma directiva y que pueda contener una de esas sustancias requerirá una autorización previa, expedida por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate, en la que se señalen las normas de emisión, y que estas normas se calcularán en función de las normas de calidad medioambiental. En el marco del litigio principal, el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento por lo que se refiere a las pretensiones del recurso de anulación dirigidas contra el Decreto francés n° 2006-881, en la medida en que sujeta las pisciculturas a un régimen de declaración con arreglo a la política de gestión del agua, y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «¿Puede interpretarse el artículo 6 de la Directiva 2006/11 [...] en el sentido de que, una vez adoptados, en aplicación de este artículo, programas de reducción de la contaminación de las aguas que comprendan normas de calidad medioambiental, permite a los Estados miembros establecer, para determinadas instalaciones consideradas poco contaminantes, un régimen de declaración acompañado del recordatorio de estas normas y dotado de un derecho, conferido a la autoridad administrativa, de oponerse a la apertura de la explotación o de imponer valores límite de vertido específicos para la instalación de que se trate?»

si se basa en un *objetivo de simplificación de los procedimientos administrativos* y de *mejor reparto de los medios de control*, (...) no puede considerarse equivalente al régimen de autorización previa establecido en el artículo 6 de la Directiva 2006/11” (ap. 31).

En tercer lugar, la existencia de recursos escasos o limitados justifica, a la luz de la Directiva de servicios, el mantenimiento de los regímenes autorizatorios, siempre que se respeten los principios de publicidad, transparencia, objetividad, imparcialidad y concurrencia competitiva. Los espacios declarados de dominio público (aguas, costas, vías pecuarias o montes demaniales) o como espacios protegidos entran dentro de esas consideración como recursos escasos o limitados³⁴, por lo que el mantenimiento de regímenes autorizatorios está justificado.

En cuarto término, la incidencia limitada de la Directiva se servicios está motivada por el hecho de que los Estados pueden exigir a los operadores no establecidos en su territorio el cumplimiento de la legislación ambiental (niveles de emisión acústica y atmosférica de la maquinaria utilizada, tratamiento de residuos, limitaciones en el uso de sustancias tóxicas, etc.) (art. 12,3. “Ley Paraguas”), pese a ser un ámbito en donde, desde una perspectiva general, el principio de país de origen mantiene su presencia velada.

En quinto término, la Directiva 2006/123 se aplica sólo a las actividades de servicios y deja fuera de su ámbito de aplicación determinados tipos de servicios, sino también, y como es lógico, a las actividades de fabricación de bienes³⁵. Este último grupo de actividades, las industriales o de carácter fabril, es donde se centra el impacto del Derecho ambiental. No obstante, las normas de transposición han afectado no sólo al acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio, sino también a otras actividades o proyectos que quedan fuera de esta categoría, como las instalaciones industriales. Es el caso, por ejemplo, de la modificación de la normativa de evaluación de impacto ambiental. Con todo, más allá de la normativa de EIA, las normas más relevantes de control de la contaminación industrial no se han visto prácticamente afectadas.

Por otra parte, la normativa de servicios excluye parcialmente a determinados sectores de especial interés ambiental de su ámbito de aplicación. Las previsiones sobre “Libre prestación de servicios para los prestadores de otros Estados miembros” no son aplicables al “tratamiento de residuos y la vigilancia y control de su traslado” (13.1, letra e, “Ley Paraguas”)³⁶, o a “los servicios de aguas residuales” (13.1, letra d, “Ley Paraguas”). No obstante a estos sectores les sigue siendo de aplicación las exigencias de la “Ley Paraguas” sobre libertad de establecimiento.

34. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, Informe sobre la transposición de la Directiva de servicios, 29 de abril de 2010, p. 107.

35. COMISIÓN EUROPEA, Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios, 2007, p. 14.

36. La Directiva de servicios excluye “los servicios de aguas residuales” y el “Tratamiento de residuos”, como servicios económicos de interés general (art. 16.1, letras d y e), y “por lo que se refiere al transporte de residuos, a los asuntos cubiertos por el Reglamento (CEE) n° 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea” (art. 17.10).

En sexto lugar, la “Ley Paraguas” recoge previsiones sobre el cooperación administrativa entre las administraciones públicas de los Estados miembros para el control efectivo de los prestadores (art. 27 y ss.)³⁷. En aplicación de la Directiva, las autoridades competentes españolas mantienen el protagonismo en la “supervisión” de los prestadores situados en su territorio (art. 29, “Ley Paraguas”). Con relación a los prestadores establecidos fuera del territorio, que desarrollen sus servicios en territorio español, las autoridades competentes conservan su capacidad de intervención en relación con los requisitos sobre la libre prestación de servicios impuestos sobre la base del artículo 12.3 (art. 30). Este último artículo permite supeditar, excepcionalmente, el acceso de los prestadores a una actividad de servicios o su ejercicio temporal al cumplimiento de la legislación aplicable, sólo cuando esté justificado por, entre otras, razones de “protección del medio ambiente”, la medida no sea discriminatorio y se cumpla el “test de proporcionalidad”. La “supervisión” del cumplimiento de estas previsiones legales ambientales, restrictivas para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios, es responsabilidad de las autoridades competentes españolas, aunque el prestador no esté establecido en España. Esta previsión hace que el efecto de la Directiva de servicios y de las normas de transposición en la regulación sectorial de la inspección ambiental, haya sido prácticamente inexistente.

Finalmente, la generalización de la regla del silencio positivo³⁸, operada por la normativa de servicios, encuentra su límite en la existencia de “razones imperiosas de interés general”, como la protección del medio ambiente, que justifican la previsión legal de la regla excepcional del silencio negativo (art. 43, LRJAP-PAC). La regla del silencio negativo no debe tener cabida en la normativa de prevención de riesgos ambientales³⁹, especialmente cuando hablamos de actividades con notable impacto ambiental. La consecución de los objetivos de protección ambiental hace necesario

-
37. Desde la perspectiva ambiental destaca especialmente la previsión de un mecanismo de alerta: “Si las autoridades tuviesen conocimiento de actos o circunstancias específicos de carácter grave relativos a una actividad o a un prestador de servicios que puedan ocasionar perjuicios graves para la salud o la seguridad de las personas o el medio ambiente en cualquier parte del territorio de la Unión Europea, informarán inmediatamente a los Estados miembros y a la Comisión Europea” (art. 31). Con relación a este artículo, NOGUEIRA LÓPEZ considera que “[d]ebería recogerse también la adopción de las medidas cautelares que procedan, sin perjuicio de que otras normas ya prevean esta posibilidad” (“Público y privado en el control operativo de actividades de servicios: un nuevo campo para la entidades colaboradoras de la Administración”, comunicación presentada en el V Congreso de la Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo, 2010, p. 8).
 38. Sobre la incidencia de la Directiva de servicios en el régimen de silencio, véase GARCÍA PÉREZ, Marta, “El tiempo y el Derecho administrativo: de la Ley de procedimiento administrativo a la Directiva de Servicios”, en “Libro Homenaje al profesor Baena Del Alcázar”, 2011 (en prensa).
 39. PONCE SOLÉ afirma, con acierto, que “(...) la institución del silencio administrativo positivo choca frontalmente con la idea del procedimiento administrativo como instancia de ponderación de riesgos ambientales” (Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental y comunicación previa en la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, RDU, núm.183, enero-febrero 2001.p. 179).
 40. El TJCE ha rechazado en algunas de sus sentencias las reglas del silencio positivo o negativo, ya que no garantizaran que se lleve a cabo los procedimientos de evaluación previos en el régimen de las autorizaciones ambientales de la legislación comunitaria. Pueden verse en este sentido, por ejemplos, las siguientes sentencias del Tribunal: Sentencia de 14 de junio de 2001, Comisión/Reino de Bélgica, C-230/00; Sentencia de 28 de febrero de 1991, Comisión/Italia, asunto C-360/87, Rec.1991, p. I-791; Sentencia de 28 de febrero de 1991, Comisión/Alemania, C-131/88, Rec. p. I-825.

que las autoridades competentes investiguen y aprecien la incidencia ambiental de los proyectos antes de conceder la autorización solicitada⁴⁰.

Una vez justificada nuestra afirmación inicial sobre el impacto limitado de la normativa de servicios, vamos a analizar, de todas formas, el contenido específico de esa leve repercusión. El efecto de la normativa de servicios en el Derecho ambiental podemos resumirlo en los siguientes puntos:

1. La “Ley Omnibus” y sus normas de desarrollo han eliminado y sustituido autorizaciones por regímenes de comunicación o declaración responsable. No obstante, la supresión de las autorizaciones⁴¹ o su conversión en comunicaciones previas ha afectado a un número reducido de autorizaciones referidas a actividades de impacto menor. Para valorar el impacto de la normativa de servicios hay que advertir, igualmente, que la mayoría de las autorizaciones eliminadas o sustituidas eran de carácter reglado⁴². En algunos supuestos se han previsto cautelas para evitar que esta reducción de la intensidad de la intervención administrativa, con la finalidad de reducir determinados riesgos ambientales como los incendios forestales⁴³. En todo caso es preciso señalar que la sustitución de los regímenes de autorización por los de declaración responsable o de comunicación ha sido, en algunos supuestos, más nominal que sustantiva, ya que se mantiene el control preventivo y la exigencia de un acto expreso de la administración que habilite al ejercicio de la actividad.
2. La “Ley Omnibus” y sus normas de desarrollo han eliminado requisitos prohibidos de carácter discriminatorio, como en la normativa de caza o pesca, así

41. La “Ley Omnibus” ha eliminado ocho regímenes de autorización, cinco de los cuales se sustituyen por declaración responsable, uno por comunicación y dos se suprimen sin sustituirlos por ningún otro instrumento. Desde una perspectiva más amplia -y de acuerdo con la evaluación realizada por el Ministerio de Economía y Hacienda-, el proceso de revisión normativa estatal y autonómica se ha “cobrado” 33 autorizaciones (11 estatales, 22 autonómicas) en materia de medio ambiente. En otros sectores el impacto ha sido más amplio: comercio, 153; industria, 88; o turismo, 198. El total de autorizaciones suprimidas -a fecha de abril de 2010- han sido de 749. En materia de medio ambiente el número de autorizaciones eliminadas es un 4% del total. Por otra parte, los requisitos suprimidos han sido 594, de los cuales 31 (10, estatales, 21 autonómicas) han sido en materia ambiental (5,2%). Nuevamente en otros sectores el impacto ha sido mayor: turismo, 113; comercio, 82; o industria, 104 (MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, Informe sobre la transposición de la Directiva de servicios, 29 de abril de 2010).

42. LAGUNA DE PAZ, Laguna de Paz, “Directiva de servicios: el estruendo del parto de los montes”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 6, 2009, p. 44; GARRIDO CUENCA, Nuria María, ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “Legislación básica: el impacto ambiental de la Directiva de servicios”, Observatorio de Políticas Ambientales 2010, Aranzadi, 2010, p. 187.

43. La “Ley Omnibus” modifica la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias para sustituir el régimen de autorización por el de declaración responsable con relación a determinadas actividades de prestación de servicios -Véase nota 5. “No obstante, en el caso de vías pecuarias que atraviesan zonas consideradas de monte o de influencia forestal, especialmente en épocas de incendios forestales, el órgano competente de la Comunidad Autónoma, podrá exigir una autorización en los términos expresados en la normativa forestal” (art. 31, “Ley Omnibus”). Por otra parte el proyecto de decreto legislativo de Catalunya para la adecuación de las normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, prevé la modificación de la Ley 9/1995, de 27 de julio, de regulación del acceso motorizado al medio natural. En este proyecto se prevé que el régimen de autorización de productos forestales, que no consten en proyectos de ordenación o planes técnicos aprobados, sea sustituido por el de comunicación previa acompañada de declaración responsable. No obstante, se prevé el mantenimiento de la autorización cuando se justifique por razones de equilibrio del ecosistema o para garantizar la persistencia de especies.

- como limitaciones territoriales y temporales incompatibles en principio con la “Ley Paraguas”, como en la legislación de residuos.
3. Se han mantenido regímenes autorizatorios ya previstos en nuestro ordenamiento jurídico, que limitan el número de permisos, aunque incluyendo en su régimen los principios de la concurrencia, publicidad, imparcialidad y transparencia. Este es el caso de la legislación de aguas, de costas, de parques nacionales, montes, patrimonio natural y biodiversidad⁴⁴.
 4. De la mano del leve avance de los regímenes de comunicación en la legislación sectorial, se han modificado los respectivos regímenes autorizatorios para integrar infracciones derivadas de las obligaciones de los promotores de actividades. No se han modificado, no obstante, los regímenes de inspección ambiental. No obstante, la traslación *a posteriori* del control hace necesario reforzar la importancia de la inspección⁴⁵, lo cual requiere, no sólo la disponibilidad de más medios o su mejor organización⁴⁶, sino también una mayor densidad normativa de los regímenes de inspección en la legislación ambiental.
 5. La normativa de servicios ha supuesto la modificación de procedimientos ambientales, con la finalidad de clarificar y simplificar su contenido. Es el caso de las normativas de evaluación de impacto ambiental o de control integrado de la contaminación. El impulso simplificador de la normativa de servicios debe extenderse al ámbito reglamentario autonómico, ya que como dispone la “Ley Paraguas” “las Administraciones públicas revisarán los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y la prestación de servicios con el objeto de impulsar la simplificación” (art. 17.1).

2.3. La sustitución de la autorización por la declaración responsable o la comunicación en el Derecho ambiental

Como acabamos de comentar, la “Ley Omnibus” y sus normas de desarrollo han eliminado y sustituido autorizaciones por regímenes de comunicación o declaración responsable, si bien es cierto que ello se ha producido de forma mucho más limitada, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo, que en otros sectores.

Con todo, la sustitución del control preventivo por el control *a posteriori* no es un fenómeno que haya surgido en materia ambiental con la Directiva de servicios. En la última década los regímenes de comunicación han “florecido” en las leyes autonómicas sobre intervención integral, aunque restringiendo, como es razonable, su ámbito

44. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, Informe sobre la transposición de la Directiva de servicios, 29 de abril de 2010, p. 108.

45. Véase en este mismo orden de cosas LOZANO CUTANDA, Blanca, Derecho ambiental administrativo, La Ley, Madrid, 2010, p. 459.

46. LOZANO CUTANDA afirma que la Administración debe dotarse de más efectivos para desempeñar las funciones inspectoras y sancionadoras. La traslación del control previo al control *a posteriori* “(...) va a plantear a corto plazo problemas de redistribución de personal, pues ya no serán necesarios empleados públicos dedicados al control previo, y sí muchos más encargados de la inspección, que requieren, además, de mayor formación para el desempeño de su labor” (ídem, pp. 459 y 460).

de aplicación a las actividades de impacto ambiental reducido. Es el caso por ejemplo de Valencia, Extremadura, Cataluña o Murcia.

En las actividades sometidas a comunicación, el prestador de servicios podrá llevar a cabo su actividad sin limitaciones temporales una vez cumplida la obligación de información a la autoridad competente. La Administración sólo ejerce una mera potestad de veto frente a la puesta en funcionamiento de la actividad. Si la Administración pública comprueba que la información facilitada es inexacta o falsa en cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial, que se hubiese aportado o que se incumple la legislación vigente, ello determinará “la imposibilidad de continuar en el ejercicio del derecho o actividad desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos” (art. 7.2, “Ley Paraguas”). El control público es *a posteriori* frente al control previo que supone el ejercicio de la función autorizatoria⁴⁷. El principio de prevención –reconocido en la normativa de servicios a través de la calificación del medio ambiente como una “razón imperiosa de interés general”– hace que esta tendencia privatizadora del control público se vea frenada o mitigada en el marco del Derecho ambiental.

Hay que valorar igualmente el impacto de la sustitución de la autorización por la comunicación en términos de participación pública. La traslación del control *a posteriori* elimina las garantías de participación pública que ofrecen los procedimientos autorizatorios, fundamentalmente el trámite de información pública. El legislador debe ofrecer alternativas de participación con relación a las actividades sometidas a comunicación. La publicación en los boletines oficiales de resúmenes de las comunicaciones y de la documentación anexa, así como su comunicación a los vecinos interesados puede ser una fórmula adecuada de información y participación pública. Ello permitiría a los terceros interesados y al público en general transmitir a la Administración sus opiniones o comentarios sobre la instalación, los cuales podrían ser tomados en consideración por aquella a la hora de desarrollar sus facultades de control *a posteriori*. También sería importante en ese sentido que se dotara de una mayor transparencia al desarrollo de la actividad inspectora y, especialmente, de mayores garantías procedimentales a los particulares que presentan denuncias por incumplimiento de la legislación ambiental.

Con todo, el avance limitado de la comunicación o declaración responsable en materia ambiental, en la medida en que supone trasladar el control público *a posteriori*, demanda como contrapartida el reforzamiento de las inspecciones administrativas.

47. RODRÍGUEZ FONT, Mariola, Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 31, 32 y 123.

48. Las normas de protección ambiental autonómica regulan las competencias y las facultades y deberes del personal inspector en el ejercicio de esta potestad administrativa. Entre las más recientes, la Ley 4/2005 de Navarra, de 22 de marzo, de Intervención para la Protección Ambiental de la Comunidad Foral de Navarra o la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de Prevención y Control Ambiental de las Actividades de Cataluña realizan una regulación más exhaustiva y desarrollada. En ellas se regula no sólo los aspectos señalados sino también la planificación de la actividad inspectora y los deberes de comunicación de los titulares de las actividades industriales, así como una serie de normas destinadas a garantizar la transparencia de esta actividad administrativa.

De hecho la “Ley Paraguas” dispone que las Administraciones públicas fomentarán la calidad de los servicios, “impulsando inspecciones administrativas y controles periódicos, así como el diseño y reforzamiento” (art. 20, letra d). El Derecho ambiental⁴⁸ no se ha prestado atención suficiente al desarrollo de regímenes de inspección suficientemente densos y precisos. Es notorio el escaso espacio que la leyes sectoriales dedican en su articulado a la regulación de esta cuestión. Con todo, actualmente en el Derecho comunitario y autonómico se aprecia la necesidad de reforzar la actividad inspectora. Ello se puede observar en la reciente Directiva 20010/75 sobre emisiones industriales. Este texto propone, por primera vez, establecer una normas mínimas de inspección ambiental en la UE⁴⁹. En este sentido consideramos necesario que el Derecho ambiental establezca obligaciones precisas de planificación y programación de las actividades de control y de inspección.

No obstante, al mismo tiempo, las normas autonómicas que están desarrollando en mayor medida los regímenes de inspección no siempre lo realizan desde una perspectiva de control público. Es notorio el protagonismo cada vez mayor de las fórmulas de autocontrol⁵⁰ y de las entidades colaboradoras de la Administración⁵¹, especialmente en la normativa autonómica de intervención integral. Ejemplo paradigmático de esta tendencia es la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades de Cataluña.

Además del reforzamiento de la actividad inspectora, la sustitución de los regímenes de autorización por la comunicación o declaración responsable requiere de otros contrapesos. Los titulares de las actividades sometidas a comunicación pierden la seguridad jurídica⁵² que otorga el acto administrativo, como declaración de voluntad de la Administración pública que establece las condiciones de funcionamiento de las actividades. Para compensar esta merma, la regulación debe ofrecer un nivel adecuado de “densidad” normativa, de modo que queden precisadas las condiciones de funcionamiento de estas actividades. Así, el desarrollo de una regulación más ex-

49. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las emisiones industriales (COM 2007/844). Esta propuesta pretende obligar a los Estados miembros a que dispongan de un sistema de inspecciones ambientales, que debe contener el desarrollo y aplicación de planes y programas de inspección específicos (art. 25). Estas nuevas disposiciones se basan en gran medida en la Recomendación 2001/331/CE sobre criterios mínimos de las inspecciones medioambientales en los Estados miembros. También se prevé que la Comisión apruebe criterios para realizar la evaluaciones de riesgo ambiental.

50. Algunas normas autonómicas, como la Ley 2/2006, de 5 de mayo, de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental de la Comunidad Autónoma de Valencia y la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de Prevención y Control Ambiental de las Actividades de Cataluña, recogen exigencias de autocontrol verificado por una entidad colaboradora que deben llevar a cabo los titulares de determinadas actividades sometidas a los regímenes de intervención ambiental.

51. La Ley 20/2009 de Cataluña, por ejemplo, otorga un papel protagonista a las entidades colaboradoras de la Administración.

52. LOZANO CUTANDA considera que la introducción de formas de control a posteriori “(...) puede ocasionar, efectos negativos sobre la seguridad jurídica, tanto para los operadores, que, por haber cometido algún error de apreciación en el régimen jurídico de aplicación a esta actividad, pueden ver al cabo del tiempo que se les clausura la actividad y que se inicia un procedimiento para exigencia de responsabilidad, como para los terceros que se pueden ver afectados por la actividad sometida a comunicación previa o declaración responsable, pues al no existir acto administrativo de autorización, se plantean muchas dudas sobre cómo y en qué plazo podrán recurrir contra el inicio y ejercicio de una actividad que les perjudica (...)” (Derecho ambiental administrativo, La Ley, Madrid, 2010, p. 457.).

haustiva otorga mayor seguridad jurídica a los operadores económicos, en la medida que encuentran una guía legal más precisa a la hora de desarrollar su proyecto⁵³. Eso ha hecho la normativa de aguas con relación a las actividades sometidas a declaración responsable en el dominio público –tras la modificación de la normativa de aguas operada por el proceso de adaptación a la Directiva de servicios. Estas actividades están sometidas a un régimen que prevé la aprobación anual y por cuenca hidrográfica de los requisitos para el desarrollo de estas actividades⁵⁴. No obstante, con carácter general, el contexto actual marcado por el carácter procedimental de las normas ambientales no parece el idóneo para demandar una mayor concreción de requisitos y exigencias para el funcionamiento de las actividades⁵⁵.

La exigencia de comunicación debe ir acompañada, también, de un conjunto de cautelas para garantizar el interés general⁵⁶, destinadas a potenciar la información documental complementaria a la comunicación⁵⁷ y a prever un régimen sancionador para disuadir el falseamiento de las informaciones y el incumplimiento de las condiciones ambientales⁵⁸.

La doctrina y el propio ordenamiento jurídico nos ofrecen algunas vías para compensar la pérdida de seguridad jurídica que se deriva del régimen de comunicación o declaración responsable. En primer lugar, nos encontramos con la consulta previa vinculante presente en la legislación tributaria⁵⁹. Ello permite al promotor de un proyecto dirigirse a la Administración para que le informe de cuáles son las condiciones

-
53. Desde una perspectiva general, NOGUEIRA LÓPEZ afirma que "(...) las consecuencias inmediatas de este cambio en el régimen de control previo de actividades debería ser un reforzamiento del Estado regulador y de los estructuras de control a posteriori" ("Público y privado en el control operativo de actividades de servicios: un nuevo campo para las entidades colaboradoras de la Administración", comunicación presentada en el V Congreso de la Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo, 2010, p. 6).
 54. "El ejercicio de estos usos comunes especiales deberá respetar los fines e integridad del dominio público hidráulico y, en particular, la calidad y caudal de las aguas. A estos efectos, los organismos de cuenca deberán establecer, atendiendo a las características y circunstancias de cada cuenca hidrográfica, las condiciones, cupos y demás requisitos que deberán observarse en el ejercicio de los citados usos y conforme a los cuales se valorará la compatibilidad de la actividad con la protección del dominio público hidráulico. Dichos requisitos deberán publicarse cada año, mantenerse actualizados y estar a disposición del público en la página web del organismo de cuenca para que puedan consultarse en cualquier momento, y en todo caso, con la antelación suficiente para el ejercicio de la actividad. En particular, se pondrá a disposición del público la información detallada de los requisitos, plazos y documentación necesarios para el ejercicio de cada uno de los usos, así como el régimen de acceso, prohibiciones, condiciones, limitaciones, cupos, pago del canon o presentación de fianza, aplicables en cada caso y los modelos de presentación de la declaración responsable y, en su caso, de las autorizaciones." (art. 51, Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril).
 55. PERNAS GARCÍA, J. José, "El contexto jurídico-político actual de la intervención administrativa en el control de la contaminación industrial", Revista de Derecho Urbanística, núm. 212, septiembre-octubre, 2004, p. 209.
 56. SANZ RUBIALES, Iñigo, "Medio ambiente y la Directiva de servicios...", ob. cit., p. 616.
 57. Véanse por ejemplo el artículo 34 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de prevención de Castilla y León, el artículo 52 de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de actividades de Cataluña y el artículo 71 de la Ley 5/2010, de 23 de junio, de prevención y calidad ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
 58. Véase en este sentido el artículo 74.3, letra h) e i) de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de prevención de Castilla y León.
 59. Su virtualidad mayor para el operador reside en excluir la eventual exigencia de responsabilidades por aplicación de los principios de buena fe o confianza legítima y, en el caso de que se procediese a ordenar el cese del Derecho o el cierre de la actividad (lo que resulta reglado si la actividad carece de algún requisito esencial, ex art. 2.4 de la Ley Omibus), la Administración incurrirá en responsabilidad por anormal funcionamiento del servicio público, en cuanto informó mal al operador" (LOZANO CUTANDA, Blanca, Derecho ambiental administrativo, La Ley, Madrid, 2010, p. 458).

que debe respetar su proyecto, así como la propia documentación que debe presentar junto con la comunicación o declaración responsable. En segundo lugar, la previsión de un procedimiento de subsanación en el marco del control *a posteriori* que debe ejercer la Administración pública, cuando se aprecien deficiencias en los requisitos esenciales para el ejercicio de la actividad, no imputable a una conducta culpable del operador⁶⁰. La normativa podría exigir a la Administración que requiera al administrado la subsanación de los defectos identificados con oportunidad, por ejemplo, de la inspección inicial de la actividad.

En tercer lugar, el ordenamiento jurídico nos ofrece un fuente de seguridad jurídica para los operadores económicos que se está expandiendo por la regulación ambiental, especialmente con relación a las actividades de menos impacto sometidas a comunicación previa. Se trata de los certificados de las entidades privadas colaboradoras de la Administración (ECA) acreditativos del cumplimiento de la normativa ambiental. Algunas normas autonómicas de intervención ambiental exigen que a la comunicación se adjunte un certificado de una ECA acreditativo del cumplimiento de la normativa sobre prevención y control de la contaminación. Esta es una manifestación de las tendencias actuales del Derecho administrativo hacia la privatización del control público. El operadores obtienen en el sector privado la seguridad jurídica que ya no facilita ni la normativa ambiental ni el acto administrativo autorizatorio⁶¹.

En el caso de actividades sometidas al régimen de comunicación, la Administración sólo podrá desarrollar un control *a posteriori* en ejercicio de sus facultades de inspección. No obstante, si se aprecia cualquier inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a la comunicación, o si no se presenta la comunicación ante la autoridad competente, ello determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos (art. 71 bis, ap. 4, Ley 30/1992).

3. BIBLIOGRAFÍA

- CASADO CASADO, Lucía, FUENTES I GASÓ, Josep Ramón, JARAI I MANZANO, Jordi, PALLARÈS SERRANO, Anna, *La externalización de las funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2010.
- COMISIÓN EUROPEA, *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*, 2007.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomas,;
- _____ “La Directiva de servicios y la libertad de empresa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, junio 2009.
- _____ “Libertad de establecimiento y de servicios ¿Reconocimiento mutuo o país de origen?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 146, abril-junio, 2010.

60. Ídem, p. 459.

61. Véase, sobre esta cuestión, ESTEVE PARDO, José, *El desconcierto del Leviatán, Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 136 y ss.

- ESTEVE PARDO, José: *Técnica, riesgo y derecho, Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999.
- _____ *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- _____ *El desconcierto del Leviatán, Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- GARCÍA PÉREZ, Marta, “El tiempo y el Derecho administrativo: de la Ley de procedimiento administrativo a la Directiva de Servicios”, en “Libro Homenaje al profesor Baena Del Alcázar”, 2011 (en prensa).
- GARRIDO CUENCA, Nuria maría, ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “Legislación básica: el impacto ambiental de la Directiva de servicios”, *Observatorio de Políticas Ambientales 2010*, Aranzadi, 2010.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., “La transposición de la Directiva de servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 32, 2009.
- LAGUNA DE PAZ, Laguna de Paz: “Directiva de servicios: el estruendo del parto de los montes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, junio 2009.
- _____ “Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas” en VICENTE BLANCO, Dámaso-Javier, RIVERO ORTEGA, Ricardo (dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Colección de estudios (Consejo Económico y Social de Castilla y León), núm. 13, 2010.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, La Ley, Madrid, 2010.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, *Informe sobre la transposición de la Directiva de servicios*, 29 de abril de 2010.
- MUÑOZ MACHADO, Snatigao, “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de servicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2009.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba: Entidades colaboradoras con la Administración, libre prestación de servicios y régimen de control preventivo de actividades, *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, núm. 16, 2009.
- _____ “Público y privado en el control operativo de actividades de servicios: un nuevo campo para la entidades colaboradoras de la Administración”, comunicación presentada en el V Congreso de la Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo, 2010.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “La desregularización de los servicios con motivo de la Directiva Bollenstein”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, junio 2009.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Carlos, “Reflexiones sobre la transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Galicia, en la apertura de establecimientos comerciales”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 30 de abril de 2010.
- PERNAS GARCÍA, J. José: “El contexto jurídico-político actual de la intervención administrativa en el control de la contaminación industrial”, *Revista de Derecho Urbanística*, núm. 212, septiembre-octubre, 2004.
- _____ “Integración y coordinación procedimental de la evaluación de impacto ambiental y de la autorización ambiental integrada”, en NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (coordinadora), *Evaluación de impacto ambiental: evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial*, Atelier, Barcelona, 2009.
- PONCE SOLÉ, J., *Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental y comunicación previa en la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero*, RDU, núm.183, enero-febrero 2001.
- RODRÍGUEZ FONT, Mariola, *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Atelier, Barcelona, 2003.
- SANZ RUBIALES, I., “Medio Ambiente y Directiva de Servicios en Castilla y León”, en VICENTE BLANCO, Dámaso-Javier, RIVERO ORTEGA, Ricardo (dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Colección de estudios (Consejo Económico y Social de Castilla y León), núm. 13, 2010.
- VICENTE BLANCO, Dámaso-javier, “La libre circulación de servicios, el proceso de elaboración e

la directiva y el problema medular del principio de origen” en VICENTE BLANCO, Dámaso-Javier, RIVERO ORTEGA, Ricardo (dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Colección de estudios (Consejo Económico y Social de Castilla y León), núm. 13, 2010.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL

Regina María Macedo Nery Ferrari

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 além de tratar da proteção e defesa do meio ambiente, de modo concentrado no artigo 225 e de forma difusa ao longo do seu texto, quando, por exemplo: i. faz menção expressa aos objetivos da ação popular e da ação civil pública; ii determina a competência dos entes federativos parciais; iii. discorre sobre os princípios da ordem econômica e iiiii. identifica, como patrimônio cultural brasileiro, os sítios de valor ecológico.

Nesta toada é importante lembrar Konrad Hesse ao ressaltar, em seu estudo sobre a força normativa da Constituição, que “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, pode impor tarefas”, as quais, uma vez efetivadas convertem a Constituição em uma força ativa¹.

Assim, ao desvendar o conteúdo normativo constitucional, para sua concretização, o intérprete deve determinar qual o universo da expressão “meio ambiente” para caracterizar o elenco de encargos do Poder Público e da coletividade, na medida em que reza o *caput* do artigo 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

1. Konrad Hesse. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Fabris. 1991. p. 19.

Um estudo sobre a responsabilidade do Estado por danos ao meio ambiente, deve considerá-lo de modo amplo, ou seja, abranger os que danifiquem os bens naturais, os artificiais e culturais de valor juridicamente protegido, isto é, o solo, a água, o ar, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o patrimônio artístico, histórico, turístico e arqueológico, o que deve ser protegido contra inúmeras agressões, as quais podem, por exemplo, advir tanto do desmatamento das florestas por queimadas ou por outras formas de extração, como da poluição da água e do ar e, ainda, de atividades econômicas e estratégicas potencialmente predatórias.

Isto posto e de conformidade com os termos do artigo 3º da CF, são objetivos do Estado brasileiro: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária para garantir o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a marginalização, a desigualdade social e regional, de modo a promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor e idade.

Tais objetivos impõe que a ordem econômica esteja fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de assegurar para todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da preservação e defesa do meio ambiente.

Em nosso sistema constitucional a compreensão do meio ambiente exige uma interpretação sistemática e teleológica, na medida em que interage com o direito à vida e à saúde. A proteção e defesa da boa qualidade do ambiente, como encargo do Poder Público e da coletividade, cria um direito subjetivo público, na medida em que cabe ao Estado o dever jurídico de agir, a fim de criar condições para uma sadia condição de vida, a ser desfrutada por todos. Portanto, para atingir a tal desiderato, cabe, ao Poder Público, a realização de prestações positivas e negativas, sob pena de cometimento de violação à Constituição.

2. DANO AO MEIO AMBIENTE

Etimologicamente, quando se fala em dano, se quer dizer “Qualquer prejuízo, especialmente financeiro ou patrimonial, sofrido por alguém, em que houve ação, influência ou omissão de outrem”², ou, como alerta De Plácido e Silva, equivale à perda ou prejuízo³.

Nossa Constituição Federal de 1988, no parágrafo 6º, de seu artigo 37, prevê que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

2. Antonio Houaiss. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

3. De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico, 12ª. Rio de Janeiro: Ed. Forense. V II, p.2.

O Código Civil brasileiro adverte, no art. 927: aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo e determina, no seu parágrafo único: “Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Como se sabe, nos dias atuais e segundo reza a Lei Fundamental brasileira, dentre os direitos fundamentais está aquele que diz respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, vale dizer, às necessidades do corpo social como um todo e dão origem ao que se denomina de “direitos ou interesses coletivos e difusos”, tuteláveis, segunda a ótica constitucional, pelo Poder Judiciário como transindividuais, ou seja, aqueles próprios de uma multiplicidade de indivíduos que aspiram a uma mesma pretensão indivisível.

Nos direitos difusos a titularidade transindividual decorre de uma origem circunstancial e fática, não formal, da qual surge a indeterminabilidade dos seus titulares, não sendo, portanto, uma proteção abstrata, mas determinada em face de um universo indivisível e até indeterminável.

Sob o aspecto da multiplicidade dos titulares e da indivisibilidade do direito violado ou ameaçado de violação, o dano ambiental é difuso, o que pode ser também olhado a partir de uma pluralidade de fontes, já que pode ser provocado por várias atividades e por uma infinidade de pessoas.

Assim, a previsão constitucional do artigo 225 ao assegurar, a todos, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe, ao Poder Público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo, para a presente e para as futuras gerações. Porém, no mais das vezes, é o próprio Poder Público que autoriza e até pratica atividades de risco ou prejuízo ambiental, sob o argumento de serem necessárias para o desenvolvimento econômico e social. Mas é bom que se diga que não é fácil harmonizar a ação permitida ou desenvolvida pelo Estado com a preservação do meio ambiente, na medida em que a exigência do emprego da tecnologia disponível, em certa época, possa vir a ser insuficiente para assegurar um meio ambiente saudável para as futuras gerações.

Não resta dúvida em reconhecer que uma das formas de dano ao meio ambiente é o que decorre da poluição, o que, segundo o artigo 3, inciso III, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, Lei de Política Nacional do Meio Ambiente significa: a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota, isto é, “A flora e a fauna de uma região, ou de determinado período geológico”; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem meterias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos⁴.

4. Mini Aurélio. O Dicionário da Língua Portuguesa. 6ª. Ed. Curitiba: Posigraf S.A.. 2004, p. 178.

O dano ambiental se caracteriza pela pulverização das vítimas, sua difícil valoração e reparação, o que torna difícil determinar o nexo de causalidade entre o objeto da reparação, o causador do dano e a identificação das vítimas. Em face disso, caput do artigo 13 da Lei 7.347/85, destina a indenização pelo dano ao meio ambiente para um fundo criado para gerir os valores arrecadados, com o objetivo de reconstruir os bens lesados, em que pese a dificuldade que se pode identificar para esta restauração⁵.

Isto posto, o dano ambiental pode advir, dentre outras, da ação do homem voltada a produzir a poluição, tanto da atmosfera como das águas e do solo; a extinção das espécies vegetais e animais com a conseqüente desertificação; a alteração da camada de ozônio e a irradiação nuclear.

Conforme Erasmo Ramos, no Brasil, no que diz respeito à proteção ambiental, o dever-ser e o ser se encontram antagonizados, pois se de um lado criam-se novas leis e órgãos de proteção ambiental, por outro lado muitas violações não são corrigidas pelo descaso das autoridades, já que, geralmente ficam em segundo plano, frente a outros interesses como, por exemplo, o crescimento econômico e o bem estar social⁶. (NR. Direito Ambiental Comparado).

O parágrafo 3, do artigo 225 da Constituição Federal reza 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”.

Portanto, nos moldes previstos no artigo 14, parágrafo 1º da Lei 6938/81, os danos causados ao meio ambiente podem, ao mesmo tempo, afetar a terceiros, ou seja, um dano coletivo, sobre o meio ambiente com sua natureza difusa e um dano individual, quando atinge, também, a uma só pessoa, individualmente considerada. É o que se chama de dano reflexo, quando legitima à vítima buscar a reparação pelo prejuízo que sofreu, o qual pode ser de índole patrimonial ou extra patrimonial.

Quando se identifica um dano de caráter coletivo sua tutela poderá ser efetivada por meio de uma ação civil pública, cabendo ao Ministério Público buscar a reparação ou prevenção do dano ambiental.

3. RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL

Conforme ponderou Bobbio, em sua obra “A era dos direitos”, ao analisar a evolução dos direitos fundamentais, que ao lado dos direitos sociais, chamados de segunda geração, emergiram os direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que impede compreender do que

5. Édis Milaré. Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco. 5ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007p. 814/815.

6. Erasmo Ramos. Brasil –Alemanha –EUA: Uma análise exemplificada dos instrumentos ambientais comparados à luz do direito comparado. Maringá, PR: Midiograf II, 2009, p.64.

efetivamente trata. Porém, afirma que o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: “o direito de viver num ambiente não poluído”⁷.

Para Jeanne da Silva Machado os anos oitenta podem ser caracterizados como o início da ‘década ecológica’, pois nesta época surgiram leis ambientais em profusão. Em 1980 a Lei 6.803 traça as diretrizes básicas para o zoneamento industrial, é torna obrigatório o estudo preventivo de impacto ambiental. Em 1981 foi estabelecida a Política Nacional do Meio Ambiente, pela Lei 6.938 e, em 1986 a resolução CONAMA 001, conceituou impacto ambiental⁸.

A Constituição Federal de 1988 depois de declarar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, para a presente e futuras gerações, determinou, no § 1º, do artigo 225, que:

“Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Do mesmo modo, determina o parágrafo 2º deste artigo, que:

“§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. Isto significa que se compete à coletividade e ao Estado a defesa e preservação do meio ambiente saudável, cabe ao Poder Público uma série de deveres, os quais, além de sujeitarem às suas ações, também não podem deixar de ser cumpridos, sob pena de responsabilidade.

7. Norberto Bobbio. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

8. Jeanne da Silva Machado. A solidariedade na responsabilidade ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006, p. 31.

Nesta toada, reza seu parágrafo 3º: “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”.

A responsabilidade administrativa e penal possui índole preventiva e repressiva e tem como pressuposto uma conduta ilícita. Já a responsabilidade civil é de índole reparatória e preventiva, pois tem como finalidade reparar ou ressarcir o dano, embasado em um nexo de causalidade entre ele o ato que o acarretou.

É neste sentido que Paulo Affonso Leme Machado se pronunciou, ao dizer que a atividade poluente acaba sendo uma apropriação do direito de outrem e representa o confisco do direito de alguém respirar o ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade, o que não determina o simples dever de indenizar, mas de fazer cessar a causa do mal, “pois um carrinho de dinheiro não substitui a saúde dos brônquios ou a boa formação de uma feto”⁹.

No Estado Democrático de Direito as condutas estatais, assim como de todas as demais pessoas físicas e jurídicas, necessitam estar pautadas na lei, o que significa que o Estado também deve responder por seus atos, principalmente quando violem a ordem jurídica.

Carolina Zancaner Zockun pondera que “se é fato que o Direito regula condutas humanas de modo coercitivo para que a vida em sociedade se torne possível, não é menos verdade que o Direito atua dessa forma para fornecer ao cidadão um mínimo de segurança”¹⁰.

O nosso atual Código Civil brasileiro admite, no caput do artigo 927, a obrigação de reparar o dano causado a outrem por ato ilícito, e, no seu parágrafo único que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Reconhece, portanto, a responsabilidade civil fundada na culpa, como, também, aquela fundada no risco criado, ou seja, considerada objetivamente, porque se alguém realiza situação de risco ou de prejuízo para terceiros, deve responder pelos danos que a partir de tal atividade resultarem. É o risco que motiva a obrigação de indenizar e tem como fundamento os princípios de equidade e justiça comutativa.

A Lei 6.543, de 17 de outubro de 1977, previu a responsabilidade civil objetiva por danos ambientais decorrente de exploração nuclear e foi sancionada quando da instalação da Usina Nuclear em Angra dos Reis.

9. Paulo Affonso Leme Machado. Direito Ambiental Brasileiro, 19ª. ed. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 369.

10. Carolina Zancaner Zockun. Da responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental. In Responsabilidade Civil do Estado, São Paulo: Malheiros. 2006, p. 70.

Esta inovação foi muito bem recebida, pois, até então, a caracterização da culpa ou dolo eram essenciais para a indenização, o que propiciava eximir a responsabilidade ao alegar que o dano não era nem previsível nem premeditado. “Daí a busca de instrumentos legais mais eficazes, aptos a sanar a insuficiência das regras clássicas perante a novidade da abordagem jurídica do dano ambiental”¹¹.

A Lei 6.938, em 1981, cria a Política Nacional do Meio Ambiente e determina no artigo 14, parágrafo 1º que “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, 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. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor a ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

Busca-se, assim, maior e melhor proteção ao meio ambiente e ao individual lesado, na medida em que o autor do dano não pode se eximir do dever de reparação, ainda que tenha recebido autorização para a exploração da atividade e que, portanto, esteja dentro dos limites da legalidade.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 proclamou, no artigo 225, parágrafo 3º, que as condutas ou atividades poluentes, sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais, civis e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano.

Cresce de importância o momento em que a atividade deixa de ser tolerável e passa a ser uma infração ao meio ambiente, para a identificação do nexo de causalidade entre a ação e o dano.

4. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL

Portanto, se no século XVIII e XIX marcados pelo absolutismo, se adota a teoria da irresponsabilidade do Estado, quando não respondia por nada, se chega a um segundo momento onde surge sua responsabilidade civil, a par das regras básicas do direito privado, vale dizer, a responsabilidade subjetiva do agente, quando o Estado deveria responder, nos mesmos moldes em que o patrão respondia pelos atos de seus empregados.

No final do século XIX surge, na França, o que se denomina de teoria da culpa anônima do serviço, ou seja, para a obtenção da reparação devida não é mais necessário demonstrar a culpa do agente, basta apenas comprovar o mau funcionamento do serviço, que ele não funcionou ou que funcionou atrasado.

Há, todavia, como núcleo da responsabilidade subjetiva, a necessidade que a conduta geradora do dano “revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) *legalmente exigíveis*, de tal sorte que *o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido*. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o

11. Edis Milaré. Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 896.

Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, *não atua ou atua insuficientemente* para deter o ato lesivo¹².

Mais tarde, surge o entendimento que para a caracterização da responsabilidade do Estado é imperioso demonstrar o nexo de causalidade entre a atuação estatal e o dano. Adota-se, assim, a teoria objetiva da responsabilidade, preconizada, na Constituição Federal de 1988, no parágrafo 6º do artigo 37, nos seguintes termos: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Agente público será aquele que tome decisão ou realize atividade própria do Estado, em nome dele, englobando desde a mais alta autoridade até o trabalhador mais modesto. O que importará é saber se, na qualidade de agente público, sua conduta foi determinante para o dano.

É, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, irrelevante saber se o Estado, por ato de seu agente, agiu ou não culposamente, o “Relevante é a perda da situação juridicamente protegida”¹³.

A Lei Fundamental brasileira em nenhum momento quis determinar que o Estado estivesse sendo constitucionalmente erigido em segurador universal, pois, determinou que, uma vez assegurado o direito do terceiro prejudicado pela atuação do agente estatal, o Estado deve buscar, do seu agente, o ressarcimento pelos danos por causa dele cometidos, uma vez comprovado seu dolo ou culpa.

O que se vê, atualmente, é a responsabilidade objetiva do ente estatal pelos danos causados a terceiros por seus agentes, mas sua completa ignorância quanto a procurar o seu direito de regresso contra o agente que ocasionou o dano. Este é um problema de natureza prática e até certo ponto oficiosamente convencional de nossas autoridades, e não uma questão de favorecimento decorrente de norma constitucional.

Porém, não adianta ter um ótimo sistema jurídico se ele não é efetivamente observado, ou seja, do mesmo modo não adianta a Constituição Federal determinar deveres para o Poder Público se este não os der efetividade. Certo é que, ao lhe impor tarefas, nossa Lei Fundamental deixa, em algumas vezes, que sejam eleitas as formas ou modos deste cumprimento, o que não significa que esteja autorizado a não cumpri-las. Tais obrigações estão veiculadas por normas constitucionais do tipo programático, mas, hoje em dia, já se reconhece que são, como qualquer norma que integra a Constituição, dotadas de normatividade e imperatividade.

Neste sentido o artigo 225 da Constituição Federal, depois de reconhecer como fundamental o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, previu, em seu parágrafo 3º: “As condutas e atividades consi-

12. Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 19ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 935.

13. Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 19ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 941.

deradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causa A mesma conduta lesiva ao meio ambiente pode dar ensejo a três tipos de sanções: penais; administrativas e civis. Registre-se, neste particular, como já aventado, que no campo da responsabilidade civil, o artigo 14, parágrafo 1º da Lei 6.938/81, prevê: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

O artigo 3º, IV da Lei 6.938/81, considera poluidor “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora da degradação ambiental”.

Isto posto, se vê que a referida Lei de Política Nacional do Meio Ambiente adota a responsabilidade objetiva do poluidor para indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e propicia opiniões doutrinárias como a de Nelson Nery Junior, quando afirma que mesmo havendo autorização da autoridade competente e a emissão esteja dentro dos padrões estabelecidos em normas de segurança e de que tenham sido tomados todos os cuidados para evitar o dano, pois, se ele ocorreu em virtude da atividade do poluidor, há onexo causal que faz nascer o dever de indenizar.

Para o citado autor, “o poluidor deve assumir integralmente todos os riscos que advém de sua atividade, como se isto fora um começo da socialização do risco”, vale dizer, não é só a população que deve ser prejudicada pelo dano ambiental por ele causado, mas, quem poluiu deve arcar com sua parcela de sacrifício, “ainda quando o dano seja oriundo de caso fortuito ou força maior”¹⁴.

Existe, também, conforme anota Celso Antônio Bandeira de Mello, a hipótese de responsabilidade estatal quando a atuação do Estado não produz o dano, mas sua atividade cria uma situação propiciadora o dano. Assim, é diferente a ação causadora do dano da ensejadora ou propiciadora do dano¹⁵.

A responsabilidade do Estado em reparar o dano que decorre de sua ação, é objetiva e repousa no nexo de causalidade existente entre o evento poluidor e o dano. Tal conduta tanto pode ser legítima como ilegítima, pois, o que importa é a consumação do dano, mas, para que seja postulada sua reparação, é necessário sua identificação e mensuração, pois o objetivo consiste em desfazer o dano, recompor a situação primitiva e anular a lesão juridicamente protegida.

Quando se enfoca a atuação estatal como poluidora, é preciso fazer uma distinção, porque é diferente a responsabilidade do Estado quando o dano resulta do próprio desempenho do Estado, isto é, quando ele é o titular da conduta, daquele que resulta

14. Nelson Nery Junior. Responsabilidade Civil por Dano Ecológico e a Ação Civil Pública. *Justitia* 128/ 174 e 175.

15. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, 19ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 935.

de sua não atuação, da sua omissão, na hipótese em que detinha o dever de evitar o dano, quando se identifica um comportamento estatal ensejador do dano.

Nossa atual Lei Fundamental admite ser violada tanto por uma ação estatal em desconformidade com seus postulados, como por uma omissão, vale dizer, quando o Poder Público obrigado a agir em determinadas situações ou a realizar certa tarefa, permanece inerte e não propicia a sua efetividade e prevê, no artigo 103, parágrafo 2º, que “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

A não atuação da Administração no que tange ao cumprimento das tarefas constantes do parágrafo 1º, do artigo 225 da CF, caracterizará uma omissão inconstitucional, que, declarada pelo Supremo Tribunal Federal e dada sua ciência ao órgão competente, deverá adotar, em trinta dias, as providências necessárias para seu atendimento, sob pena de caracterização de improbidade administrativa e de até impedimento para o exercício do cargo, conforme a autoridade omissa.

O grande problema, principalmente no que tange a responsabilidade do Estado em reparar ou ressarcir o dano, é o que decorre de uma omissão estatal, ou seja, quando, em virtude de imposição constitucional ou legal, o Poder Público sendo obrigado a atuar, a fiscalizar, a prevenir, não age e permanece inerte. Não é o autor do dano, mas, obrigado, não o impediu ou evitou que acontecesse, o que vem caracterizar um comportamento omissivo ilícito. É importante registrar que não havendo a obrigação estatal de atuar, fiscalizar e prevenir, não existe a possibilidade de reconhecer sua responsabilidade.

Identificado o dano que advém da omissão estatal, como, por exemplo, aquele embaçado na falta de atuação ou em uma atuação deficiente, ou seja, na falta de um serviço, deve estar caracterizada, não só dentre de padrões legais exigíveis no momento, mas, ainda, dentro dos recursos técnicos e científicos à disposição da sociedade, em uma determinada época. Só após esta constatação se pode dizer se o desempenho do Estado atendeu a um padrão mínimo de habilidade e competência, aqui entendido como capacidade possível.

Porém, o Poder Público tem o dever de fiscalizar: o uso dos recursos ambientais; as atividades suscetíveis de degradarem sua qualidade; o licenciamento de produtos químicos e nucleares; os critérios, normas e padrões e seus atributos, conforme determinam os artigos: 2º, III; 6, IV; 10 e 11 da Lei 6.938/81.

É dever do Estado, por meio de seus órgãos e agentes, controlar o exercício de atividades que envolvam a utilização do meio ambiente, o que se não for realizado caracterizará uma omissão ilícita e poderá acarretar, no entender de Lúcia Valle Figueiredo, a responsabilidade objetiva do Estado¹⁶.

16. Lúcia Valle Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 7ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 269

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a responsabilidade do Estado por omissão da administração deve ser subjetiva, ou seja, a obrigação de indenizar advém de um procedimento contrário ao Direito que pode ser tanto culposo quanto doloso, independentemente de identificação de uma culpa individual. Isto porque, uma coisa é tratar da objetividade de dada conduta, outra é da objetividade da responsabilidade da conduta, o que quer dizer que se a falta do serviço é um dado objetivo, a responsabilidade deve ser subjetiva, “pois nem todo funcionamento defeituoso do serviço acarreta responsabilidade”. Tal hipótese decorre sempre de um ato ilícito, quando devendo atuar, o Estado não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo, o que leva a necessidade da apreciação se foi realizado com dolo ou culpa¹⁷.

Não é aceitável responsabilizá-lo quando, atendendo e com o emprego de todas as possibilidades técnicas e jurídicas que lhe estão ao alcance, não lhe foi possível evitar o dano, como, por exemplo, vimos acontecer no Japão com o tsunami em Fukushima. Aqui se identifica uma situação caracterizadora do que se considera como força maior, o que decorre de três fatores: imprevisibilidade, irresistibilidade e exterioridade e exclui a nexa causal entre o prejuízo e a ação ou a omissão da pessoa a quem se atribui a responsabilidade pelo prejuízo.

A responsabilidade de indenizar os danos que decorrem de uma omissão estatal, exige a inversão do ônus da prova, o que propicia que não seja considerada como um requisito deflagrador da irresponsabilidade do Estado, nem permite aceitar que, em virtude de não ser necessária identificação do nexa de causalidade, deixe de estar assegurado o direito de regresso contra o agente responsável pela inércia.

Marinoni estuda a tutela inibitória para os casos de omissão do Poder Público, quando de sua não atuação por meio de medidas necessárias à proteção ao meio ambiente. Registra que se o meio ambiente é bem de uso comum do povo, não há razão para não se admitir que o Ministério Público, ou qualquer outro legitimado para a ação coletiva, possa vir a recorrer ao Judiciário para obrigar a Administração a agir. “Toda vez que a Administração atua de forma negativa, abstendo-se de tomar um comportamento ao qual está obrigada por lei, abre margem para que a sua atuação seja questionada e corrigida através da via judicial.” (...) “sendo assim, e se há uma norma no sistema que estabelece para a Administração o dever de agir em determinada situação, o descumprimento do dever é pura e simplesmente violação da lei, como tal passível de corrigenda pelo Poder Judiciário. Conclui: “Se o processo serve para permitir a obtenção da tutela do direito, e o direito material, visando a *prevenção* do meio ambiente, confere ao Poder Público determinado dever, é evidente que a ação processual, ao tomar em consideração este dever, objetiva fazer atuar uma *norma de conteúdo preventivo, e assim evitar que uma omissão ilícita se perpetue como fonte de danos*”¹⁸.

17. Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 19ª. Ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 932 à 935.
18. Luiz Guilherme Marinoni. Tutela inibitória. 3ª.ed. São Paulo:RT. 2003. p. 101 a 110.

Afirma, ainda, que não agir, quando o Estado possui o dever de atuar para evitar violação de direito, configura “ação” que precisa ser suprimida para que a fonte dos danos não fique aberta, o que dá ensejo, não a uma simples ação relativa à tutela de um dever de fazer, mas a uma prestação jurisdicional de natureza inibitória, ou seja, a própria prevenção prevista na norma ignorada. Isto só é possível quando se estabelece a distinção entre dano e ilícito, de tal modo que se depois de violado o dever, a Administração realizar o ato, não haverá simples outorga de ressarcimento, mas evitar-se-á que novos danos sejam ocasionados, pois sempre que a omissão ilícita tiver que ser suprimida para que danos não sejam produzidos, a ação objetivará impedir a continuação do ilícito.

Anota o citado Autor, que nesta hipótese a Jurisdição, “em razão da ação coletiva, não cria políticas públicas ambientais, mas apenas impõe aquelas estabelecidas pela na Constituição ou na lei” o que não significa que interferiu nas opções de ordem técnica e política da Administração¹⁹.

Para embasar tal entendimento traz a colação sentença do Juízo da 5ª. Vara Civil da Comarca de Sorocaba que, ao apreciar ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, impôs à Prefeitura Municipal de Sorocaba a obrigação de submeter à prévio tratamento todos os afluentes advindos da rede pública de coleta de esgotos urbanos, antes do seu lançamento no Rio Sorocaba ou qualquer de seus tributários, diretos ou indiretos²⁰.

Deste modo, se um tsunami não acarreta para o Estado o dever de indenizar, não deixa de ser deflagrador de políticas públicas que venham atender aos desabrigados e ajudar a superar os efeitos de um ato da natureza.

Tal justificativa não pode ser utilizada para eximi-lo de seu dever de fiscalização, em razão das licenças ou autorizações por ele concedidas para edificar. Assim, lhe cabe o dever de impedir que a população construa suas moradias em região suscetível de inundação, ou até, sobre antigos lixões e encostas. Porque é presumível, é possível antever o perigo e evitar conseqüências danosas.

Portanto, reconhecer que existem excludentes da responsabilidade estatal, não quer dizer que ele não pode ser responsabilizado, muito pelo contrário, em certos casos, não se pode falar em dolo ou culpa, mas numa excludente de juridicidade, já que não poderia agir de outra maneira. Contudo, nem sempre o Estado observa tais padrões e age com zelo no atendimento de suas obrigações, apresentado uma omissão que viola o seu dever de ação.

As normas constitucionais que tratam da preservação do meio ambiente sadio, ecologicamente equilibrado, versam sobre direitos difusos, os quais, por sua natureza, são indivisíveis e obrigam ao Poder Público e à sociedade defendê-lo, para a presente e

19. Luiz Guilherme Marinoni. Tutela inibitória. 3ª.ed. São Paulo:RT. 2003. p. 101 a 110.

20. Rodolfo de Camargo Mancuso. Ação Civil Pública. São Paulo:RT, 1966, p. 281 e seguintes.

para as futuras gerações, o que indica uma solidariedade. Portanto, em matéria ambiental o dano pode advir de uma ação ou de uma omissão, o que quer dizer que tanto um comportamento como o outro deve ser evitado, mas, surge nesta seara o problema, quanto ao caráter objetivo ou subjetivo da responsabilidade do Estado por omissão.

Nem sempre é possível identificar, com certeza, qual a fonte poluidora, como por exemplo, quando se trata da escassez de água potável, pode ter como causa a contaminação por produtos químicos usados na agricultura, na indústria, ou pelos esgotos residenciais e industriais lançados nos rios, ou pela chuva ácida, decorrente da poluição do ar, e, ainda, pelos aterros municipais que contaminam os lençóis freáticos. Às vezes o nexo de causalidade é tão indireto que é difícil apontar um responsável, na medida em que as ações poluentes são difusas, imprecisas, as quais mesmo com a utilização de perícias científicas e complexas, não podem ser identificadas com certeza.

Neste sentido é o que registra Jeanne da Silva Machado, ao dizer que o dano ambiental pode decorrer de uma sucessão ou pluralidade de eventos que precedem a lesão, o que torna extremamente difícil determinar sua causa real ou eficiente, a fim de atribuir a responsabilidade pela reparação²¹.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu tal dificuldade no Recurso Especial 229302/PR, cuja relatoria coube ao Min. Garcia Vieira, DJ 07/02/2000, quando considerou que “Embora independa de culpa, a responsabilidade por danos ambientais necessita a demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano”. Porém, é preciso observar que não se pode ignorar a responsabilidade, mesmo porque os danos são reais e injustos.

Para os casos de omissão do Poder Público, para os casos de sua não atuação através de medidas necessárias à proteção ao meio ambiente, como já dito acima, o Ministério Público, ou qualquer outro legitimado para a propositura de ações coletivas, deve vir a recorrer ao Judiciário para obrigar a Administração a agir e evitar o dano decorrente da omissão do Poder Público, o qual deverá se defender e demonstrar se sua ação decorre de um dolo ou culpa.

A Desembargadora Marga Inge Barth, do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, já se pronunciou no sentido de que nas ações civis públicas voltadas à tutela do meio ambiente e do consumidor, o juiz deve abandonar os formalismos e fazer com que tenham tutela efetiva, todos os direitos não patrimoniais, em especial os relativos à vida, saúde, ao ambiente e ao consumo seguro²².

Outro ponto que merece ser lembrado é que o dano ambiental dificilmente poderá ser quantificado economicamente, a partir de um padrão monetário. Pergunta-se, quanto vale o buraco na camada de ozônio, quanto custa o aquecimento global? Ora, o fundamento da responsabilidade é a reparação ou ressarcimento do dano sofrido, o que aqui parece ser individualmente impossível.

21. Janene da Silva Machado. *A solidariedade na Responsabilidade Ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. Ed. 2006.

22. Marga Inge Barth. *Tribunal Regional Federal da 4ª. Região*. In Fernando Procópio Pallazo, *Julgamentos históricos do Direito Ambiental*. Coordenador Vladimir Passos de Freitas. Campinas/SP: Millennium Ed. 2010. p. 63-75.

Mas, quando se trata desta proteção e defesa compartilhada, é preciso algumas considerações quanto à responsabilidade estatal, na medida em que a garantia do desenvolvimento econômico, com a erradicação da pobreza, da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais, são objetivos do Estado brasileiro previstos no artigo 3º da CF, o que pode trazer grande impacto ambiental.

Em matéria ambiental a precaução, a prevenção e a fiscalização assumem relevo especial, porque dificilmente o dano poderá ser reparado e mais, a pessoa e o meio ambiente são interdependentes, isto é, preservando-o e defendendo-o se está defendendo a vida da pessoa, ao respeitar a natureza se está respeitando a dignidade da pessoa humana.. Mas, a preservação e defesa da natureza dependem, também, da ação dos indivíduos e deve estar fundada no conhecimento dos efeitos que suas ações possam produzir no meio ambiente como um todo.

Neste particular, a Constituição Federal no artigo 225, VI, impõe, ao Poder Público, a tarefa de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente, porque esta só será efetiva na medida em que sejam criadas soluções solidárias entre todos os segmentos da sociedade, tais como: o Estado, a atividade empresarial e a comunidade.

Como afirma Heraldo Garcia Vitta, a “responsabilidade civil é solidária de todos os que derem causa ao dano ambiental”, e, no caso do Estado só deve responder solidariamente em situações onde tenha ocorrido a culpa *in omittendo*, ou *in vigilando*, quando houver a omissão do agente público, como acontece na hipótese de uma licença expedida legalmente, mas que o particular não atende as normas que a regulam e tenha havido a ausência de fiscalização ou omissão do Poder Público. Demonstrada a ausência do serviço, o Poder Público deverá, por culpa ou dolo, responder solidariamente com o particular, pelos danos ambientais²³.

Conclui que havendo dois ou mais responsáveis pelo dano ambiental, todos devem solidariamente responder, podendo a reparação ser feita por um deles, com direito de regresso contra os demais²⁴.

Tratando da aplicação do princípio da solidariedade, IKEDA afirma que os problemas ambientais não são simples questões políticas, econômicas ou tecnológicas. O caminho de sua proteção só será encontrado quando, questionando e redirecionando os relacionamentos humanos, uns com os outros, com o meio ambiente e com toda a sociedade, se possa dizer que a dignidade humana foi conquistada no seu autêntico sentido²⁵.

23. Heraldo Garcia Vitta. Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental. São Paulo: Malheiros. 2008, pgs. 89 a 98.

24. Heraldo Garcia Vitta. Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental. São Paulo: Malheiros. 2008, pgs. 89 a 98.

25. Daisaku Ikeda. Terceira Civilização. Ed. 395, São Paulo: Brasil Seikyo, 2001, p. 10.

EFICACIA Y EFICIENCIA EN EL CONTROL DE LA GESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. INCIDENCIAS EN EL CONTROL DE LA GESTIÓN PÚBLICA AMBIENTAL

Raquel Cynthia Alianak

1. LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS ENTES Y ÓRGANOS DE LA A.P. DEBE SER TRANSPARENTE, ASEGURADA POR LA ADECUADA PUBLICIDAD QUE POSIBILITE SU CONTROL, EFICIENTE Y EFICAZ, DE TODO LO CUAL ESOS ÓRGANOS Y ENTES ESTÁN OBLIGADOS A RENDIR CUENTAS A LA SOCIEDAD

Estos principios-VALORES son sustantivos, de insoslayable cumplimiento, y sus cauces de control en nuestro país, están plasmados -a nivel nacional- en la Ley de Administración Financiera y Control del Sector Público Nacional N° 24156; y en las jurisdicciones provinciales, en las respectivas leyes de administración financiera y de control.

En la Pca. De Santa Fe, ley 12510 de Administración, Eficiencia y Control del Estado.

Normas que se aplican en sus respectivas jurisdicciones y abarcan redpcticamente, la Administ. Pública centralizada y descentralizada, incluyendo, empresas del estado, sociedades del estado, y otros entes públicos. En Santa Fe, abarca al PL, PJ y T de Cuentas.

El control de la gestión pública, entre otros aspectos sometidos a control, está a cargo de los órganos internos y externos de control.

1.1. EL CONTROL INTERNO, ENTONCES DE LA EFICIENCIA DE LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA, PREVIO Y POSTERIOR, a

nivel nacional como santafecino, es ejercido por las respectivas *SINDICATURAS GENERALES de la Nación o de la Provincia*, como órganos de control interno del Poder Ejecutivo nacional o provincial, con competencias similares.

Y a ello debemos agregar las UNIDADES DE AUDITORIA INTERNA en cada ente u órgano de la Administración (nacional y provincial) que realizan la AUDITORIA POSTERIOR DE LA GESTION cuyas competencias en ambas jurisdicciones son casi idénticas.

Dichas U.A.I. tienen dependencia técnica con la Sindicatura General (en jurisdicción nacional y en la santafecina), pero mantienen DEPENDENCIA JERARQUICA con la AUTORIDAD SUPERIOR del ENTE u ÓRGANO en el que se encuentran. Sobre este aspecto, volveremos más adelante.

El control interno es INTEGRAL, pues abarca una variedad de aspectos, tales como *presupuestarios; *económico-financieros; *patrimoniales; *normativos; y en cuanto nos ocupa *de gestión).

Asimismo, el control interno es INTEGRADO, porque concibe a los órganos como a los entes como una totalidad que cumple funciones, logra resultados, realiza procesos y *funda sus decisiones en criterios de eficacia, eficiencia y economía*.

En nuestra Provincia, la Sindicatura General tiene un *DEBER DE INFORMACION hacia el Gobernador y hacia el Tribunal de Cuentas provincial*.

No está obligada a *informar periódicamente a la opinión pública*, deber que, por el contrario, está previsto expresamente para la jurisdicción nacional.

No obstante tal redacción en la Ley provincial N° 12.510, que omite nada menos que el CONTROL SOCIAL de la gestión, podría afirmarse que el deber de publicidad de las recomendaciones y sugerencias de la Sindicatura, para el público en general, se encuentra comprendido o incluido entre los tópicos que obligatoriamente deben ser publicados en la página web oficial de la Provincia de Santa Fe, a fin de cumplir con los objetivos de la TRANSPARENCIA ACTIVA, prevista en el Capítulo IV del Decreto provincial N° 0692/09 dictado el 29/04/2009, que regula el derecho de acceso a la información pública provincial¹.

Ello así, en tanto si bien el Art 34° del Decreto N° 0692/09 individualiza la información mínima y obligatoria a la cual pueda acceder un ciudadano desde la página web provincial, el propio reglamento señala como principio sustancial el de “máxima divulgación”², consagrando el deber de información en “*los términos más amplios posibles, con exclusión de la que esté sujeta a las excepciones constitucionales o legales y que impidan su divulgación*”.

Los Síndicos Nacional y Provincial, dependen jerárquicamente, del Presidente de la Nación y del Gobernador de la Provincia de Santa Fe, respectivamente.

1. El Art. 32° del Decreto 0692/2009, refiere al servicio permanente de información, disponiendo que en la página web oficial de la Provincia, deberá mantenerse un servicio de publicación permanente, completo y actualizado de la información mínima que detalla el Art 34°, de modo que su identificación sea fácil y su acceso expedito.

2. Art. 33° de Decreto 0692/2009.

En cuanto a las *condiciones para ser Síndico titular o adjunto*, en la Provincia de Santa Fe, se requiere ser profesional graduado en ciencias económicas. Lo correcto hubiera sido incluir también a los abogados (como lo es a nivel nacional), pues las competencias atribuidas por ambas normas, son compatibles con las incumbencias específicas de un profesional del Derecho.

Para concluir este punto, debemos entonces puntualizar que tanto a nivel nacional como en el ámbito provincial, la RESPONSABILIDAD POR EL MANTENIMIENTO DE UN ADECUADO SISTEMA DE CONTROL INTERNO no recae en las Sindicaturas, ni en las Unidades de Auditoría Interna, sino –y de modo expreso– en la autoridad superior de cada jurisdicción o entidad dependiente del Poder Ejecutivo.

Y es esta cuestión la que motivará apreciaciones posteriores de mi parte, precisamente, en pos de visualizar si esos controles internos tendientes a verificar la eficiencia, eficacia, y la transparencia de la GESTIÓN ADMINISTRATIVA, realmente se producen; y en su caso, si permiten mejorar esa gestión a fin de lograr los resultados esperados.

1.2. En cuanto al CONTROL EXTERNO, en la provincia contamos con el TRIBUNAL DE CUENTAS PROVINCIAL (de origen constitucional, con atribuciones determinadas en la Constitución, con más las facultades que le han sido otorgadas legalmente); y en el ámbito nacional con la AUDITORIA GENERAL DE LA NACION (órgano de asistencia técnica del Congreso, que actúa bajo su jurisdicción si bien tiene autonomía funcional) y que fue creado originariamente por ley pero que a partir de la reforma constitucional de 1994, tiene jerarquía constitucional³.

El Tribunal de Cuentas realiza un CONTROL EXTERNO POSTERIOR, SELECTIVO, de la legalidad de todo acto que pueda incidir o referir a la hacienda pública (mediante el reparo o la observación legal)⁴. Realiza asimismo el CONTROL EXTERNO Y AUDITORÍA POSTERIOR legal, presupuestaria, económica, y en cuanto nos interesa, de GESTIÓN.

Para ello:

1. Evalúa el cumplimiento de los planes, programas y proyectos; solicita informes a los órganos de control interno respecto a controles efectuados y sus resultados;
2. Dicta la normativa de auditoría externa a la cual se sujetará el organismo, que deben abarcar precisamente aspectos de *legalidad, de economía, eficiencia y eficacia*.

Ello en cuanto nos interesa al tema de esta exposición.

3. El Tribunal de Cuentas aprueba o desaprueba la percepción e inversión de los caudales públicos, declarando –en su caso– las responsabilidades que resulten. Cuenta con personería jurídica, y está compuesto por cinco (5) vocales, integrado por tres (3) contadores y dos (2) abogados, nombrados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo de la Asamblea Legislativa, debiendo someter el Ejecutivo a consulta pública de organizaciones no gubernamentales, de los respectivos Colegios Profesionales, entre otros, la idoneidad de las personas propuestas.

4. En el ámbito nacional, la A.G.N. está compuesta por siete (7) auditores generales, seis de los cuales son nombrados por resoluciones de ambas Cámaras del Congreso (3 por la Cámara de Diputados y 3 por la Cámara de Senadores); el séptimo auditor es nombrado por resolución conjunta de los Presidentes de una y otra Cámara, y es quien preside la Auditoría.

1.3. En particular, esta intervención promueve una mirada crítica y también constructiva, *sobre los mecanismos de control de la gestión de la Administración pública*, centralizada y descentralizada, *para pensar si ese contralor es efectivo*; a través de una mirada a la normativa nacional y provincial santafecina, *en pos de visualizar qué aspectos del control deberían ser intensificados o modificados, en su caso, para que los objetivos de legalidad, eficiencia, eficacia y economía de la gestión pública puedan concretarse en la realidad*; ello asimismo a *la vista de las algunas experiencias y regulaciones del Derecho comparado*.

Y finalmente, algunos aportes sobre el control de la gestión pública ambiental.

Una reflexión previa a realizar: la eficacia y la eficiencia del control de la gestión pública no depende de la modernidad de la normativa que lo regule o abarque (ello, en tanto la norma santafecina 12510 data de Noviembre de 2005, reemplazando la antigua ley de contabilidad provincial del año 1956), ni de la traspolación normativa de institutos de otros sistemas legales, sino fundamentalmente de cuestiones muchísimo más simples pero sustanciales: *que exista voluntad política y jurídica de contralor; *que exista real conciencia de lo que es una gestión administrativa eficiente y eficaz; y de *que exista un compromiso asumido de lograr ambas cosas.

También, como paso previo, recordemos el significado de *eficiencia*: según el Diccionario de la Real Academia Española de Letras es la “*capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado*” (es decir, focaliza en la organización o medios necesarios para conseguir un resultado); y de *eficacia*, como la “*capacidad de lograr el efecto que se desea o espera*” (es decir, focaliza en el logro de los resultados pensados).

Pues si nos los recordamos, se repiten como palabras vacuas de contenido, y reiteradas como clichés, sin significación sustancial y auténtica.

2.

Cuando nos referíamos al CONTROL y AUDITORIA EXTERNA de la GESTION, y a la propia normativa a la cuales esos órganos de control externo (Tribunal de Cuentas en Santa Fe, Auditoría General de la Nación y los Superiores Tribunales de Cuentas de las demás provincias de nuestro país) sujetaban su labor, creo que es interesante resaltar que todos los parámetros y criterios regulados apuntan:

1. al CONTROL DE RESULTADOS, y de la eficiencia, efectividad y economía de la gestión. En la realidad, sería muy valioso que el Tribunal de Cuentas y la AGN aplicaren concretamente este plexo normativo.
2. A que la Auditoría se base, en consecuencia, en EVIDENCIA SUFICIENTE, relacionada con el tipo de información COMPETENTE y PERTINENTE que debe serles brindada o que deben bucear o analizar.
3. A que las políticas, y procedimientos de esas auditorías externas deban ser revisadas periódicamente por el propio órgano de control externo, mediante un sistema de control interno de calidad.

- Al uso de INDICADORES convenientes que reflejen precisamente los ESTÁNDARES RAZONABLES de la GESTION y de su CONTROL; permitiendo comparar y evaluar el grado de economía, eficiencia y eficacia en el logro de los objetivos y en la administración de los recursos. Para la selección y ponderación de dichos indicadores deberán tenerse en cuenta determinados parámetros, tales como *disponibilidad y calidad de datos, y su comparabilidad (es decir, posibilidad de aplicación de los indicadores en distintos ámbitos en los que se obtenga información de similares características); *validez (aptitud para medir lo que se espera medir); *pertinencia (correspondencia con los objetivos de las políticas, planes y programas); *oportunidad; *sensibilidad (deben poder reflejar los cambios que se van produciendo en la realidad observada); *costo.
- Y precisamente entre la variedad de procedimientos de auditoría previstos, se indica en primer lugar, el que consiste en EVALUAR las ACTIVIDADES DE CONTROL que REALIZA EL PROPIO ENTE al que se audita, para saber cuáles son las que aplica en la práctica, a fin de compararlas con otras que se consideren más razonables.

2.1. A partir de lo reseñado, creo que el punto clave para una gestión pública eficiente y eficaz reside en que exista DENTRO DE CADA ORGANO y ENTE administrativo, un EQUILIBRADO SISTEMA DE CONTROL INTERNO, que no recaiga sólo en el que realiza la Sindicatura General o de las Unidades de Auditoría Interna, sino que sea ideado -con la debida participación de todos los agentes-, implementado y monitoreado por la autoridad máxima de cada organismo o jurisdicción.

Recordemos en consonancia con lo dicho, que la RESPONSABILIDAD POR EL ADECUADO SISTEMA DE CONTROL INTERNO, en nuestro sistema jurídico, recae precisamente en esa autoridad máxima de cada ente o jurisdicción.

Pensemos además, que el control interno que realizan las Unidades de Auditoría Interna (U.A.I.) no tendrá la garantía de una total objetividad e imparcialidad, en razón de la dependencia jerárquica de éstas con la autoridad superior del organo o ente administrativo auditado. Y por otro lado, una auditoría externa no arreglará una gestión administrativa ineficiente ni prevendrá en forma total las ineficacias de la misma.

2.2. Por ende, a partir de los mecanismos y procedimientos propios de control interno que cada ente implemente, se podrá en forma permanente y no cuando lleguen los auditores, controlar o verificar si los resultados o metas previstas se han cumplido respecto a un programa, proyecto o política pública; si priva la transparencia; si los indicadores para medir y comparar resultados de actividades presentes y pasadas son correctos y útiles para la organización, entre otros aspectos.

Ésta es la cuestión esencial que debe intensificarse, es decir, el *control permanente de la eficiencia y eficacia de la gestión de las políticas públicas, que debe gestarse en el seno de la organización, de abajo hacia arriba, y viceversa, pues allí está su génesis.*

3.

En el DERECHO COMPARADO, ya desde la década del 90, se ha hablado del nuevo paradigma de la gestión pública, enfocando el control en la OBTENCIÓN DE LOS RESULTADOS PROPUESTOS por la propia organización.

Ello proviene de incluir en el sector público ideas provenientes de las ciencias de gestión.

3.1. Para ello, los americanos (David Osborne y Ted Gaebler, en su obra “Reinventando el Gobierno”⁵), han sistematizado una serie de principios, que apuntan a la necesidad de:

1. Reestructuración, eliminando aquello que no contribuye a aportar valor al servicio o actividad.
2. Realizar una tarea de reingeniería, cuando existen problemas, transformando la organización, empezando de cero, en lugar de arreglarlos o enmendarlos.
3. Reinventar otra cultura en el seno de la Administración Pública, con planificaciones estratégicas a largo plazo, centradas en “resultados”.
4. Realignar, armando un nuevo circuito de responsabilidades en el seno de la unidad que se desea cambiar, para cumplir con los objetivos establecidos. Y por último,
5. Reconceptualizar la gestión pública; reformulando la política de gestión de los recursos humanos, a partir de la cual las autoridades superiores y los demás agentes públicos, asuman un COMPROMISO REAL con los objetivos del organismo o ente.

Para el logro de estas metas, debe existir –evidentemente– voluntad política, pues las estrategias a encarar para la mejora de la gestión pública muchas veces ponen en contradicción la racionalidad técnica en que se fundan, con la racionalidad política que puede interferir en su aplicación (privilegios, discrecionalidad, intereses, etc.).

El análisis comparativo de la administración del sector público y de las organizaciones privadas con o sin fines de lucro, ha sido motivo, en el derecho americano,

5. El Tribunal de Cuentas también examina las Rendiciones de Cuentas de la Gestión, cuando los funcionarios y entes sujetos a control deban percibir, recaudar, invertir o entregar fondos, valores o bienes del Estado; y sustancia los Juicios de Cuentas y de Responsabilidad. En caso de derivarse perjuicios al patrimonio del Estado, se inicia ante sus estrados el Juicio de Responsabilidad Administrativo, para determinar el perjuicio económico, los responsables, y la condena a su pago, juicio que concluirá con un Fallo condenatorio (el cual señalará la suma que el responsable debe pagar, bajo apercibimiento de su ejecución judicial; o fijará el importe de la multa, en caso de existir alguna irregularidad, pero sin que se haya producido un daño a la hacienda pública). La Ley 12510 prevé los recursos a interponerse contra ese fallo en sede administrativa, y posteriormente el necesario control judicial. Osborne David . Gaebler Ted, “Reinventing Government: How the entrepreneurial spirit is transforming the Public Sector” (Edición 1993).

de estudios y ensayos de numerosos autores⁶, sobre todo indagando acerca de qué parámetros deberían ser utilizados para comparar la eficiencia de una y otra. Steve Cohen, en la cuarta edición de su libro (año 2008), afirma que si bien el contexto del siglo XXI requiere de los administradores públicos el manejo eficiente de la organización y simultáneamente la rendición de cuentas al pueblo, ello en realidad no constituye un “nuevo” desafío. La diferencia actual es que ahora se producen más rápidamente constantes cambios tecnológicos, tenemos recursos humanos con mayor educación y entrenamiento técnico y especializado, y por último, existen mayores interdependencias globales, todo lo cual arroja como resultado un nuevo patrón de comunicación interpersonal, y nuevas herramientas que permitirían hacer “bien” la tarea y controlarla eficazmente.

3.2. En la Unión Europea, el “Centro de Investigación de Políticas Europeas” preparó un documento en el año 2008, titulado “LA GESTIÓN FINANCIERA, el CONTROL y AUDITORIA en la UNION EUROPEA, PUNTOS DE VISTA, DESAFIOS, IDIOSINCRACIAS”, con el fin de proponer sistemas de control y auditoría de gestión financiera en el período 2007/2013, *en estrecha relación con la nueva gestión pública y la buena gobernanza.*

Ante la persistencia de altos niveles de irregularidades financieras detectadas, según lo expone dicho documento, creo interesante destacar una de las disposiciones más importantes de este Programa 2007/2013, vinculada con las *obligaciones en sí que tienen los Estados Miembros al respecto*, centradas principalmente en la necesidad de *contar con un sistema de control interno efectivo y eficiente respecto a la gestión administrativa y financiera, siendo ÉSE el EJE CENTRAL.*

Proponiendo los CONTRATOS DE CONFIANZA, acuerdos voluntarios entre la Comisión de Auditores Externos de la Unión Europea y un Estado miembro o una región (respaldados por el Parlamento Europeo y el Consejo), que *intensifica la responsabilidad de las autoridades de los estados miembros en mantener su gestión interna eficiente y eficaz, reduciéndose la necesidad de auditorías externas, las que solo van a monitorear, en ese caso, los reportes anuales de auditoría domésticos.*

El punto de partida para este contrato es un *previo pre-acuerdo sobre las acciones necesarias a ser adoptadas en esos Estados o regiones, para remediar las debilidades detectadas en el sistema de control interno.*

3.3. La importancia de poner el foco en el control interno que el propio ente o jurisdicción realice, lo encontramos reflejado, también en Estados Unidos de Norteamérica, si analizamos –por ejemplo– la oficina estatal del Comptroller General del

6. Entre otros : Steve Cohen-William Eimicke- Tanya Heikkila, “The Effective Public Manager: Achieving Success in a Changing Government” (Wiley Desktop Edition, 2008).

Estado de New York, la cual preparó una GUIA titulada “*Responsabilidad Gerencial sobre Controles Internos*”, puntualizando el *deber de liderazgo técnico y ético que debe tener la autoridad máxima de un organismo*, para establecer rendición de cuentas en todos los niveles de la organización; y también, el deber a cargo de los directores y funcionarios inferiores, de implementar y monitorear esos controles internos, señalando además los *elementos más importantes para el control interno*.

Entre esos elementos, destaco los más importantes, como la necesidad de que exista un *ambiente favorable de control* (que implica una comunicación fluida para que todos los empleados sepan del compromiso de la autoridad superior hacia los controles); una *asignación concreta de los riesgos* que pueden amenazar el logro de cada objetivo o meta de un plan, programa o actividad (para identificar los controles actuales internos que existen, a fin de evitarlos o detectar su ocurrencia); un *diseño de distintos tipos de procedimientos de control* para evitar que las metas queden impactadas por riesgos internos o externos (controles directos, preventivos, correctivos, aquellos que identifican en tiempo cuándo los errores han ocurrido); un *sistema eficiente de comunicación de los riesgos identificados y los medios para su control*, debiendo detectarse los problemas en los niveles inferiores del organismo, fluyendo a toda la organización de modo que cada individuo asuma su rol en el sistema de control interno, y por último un *adecuado monitoreo*.

4. INCIDENCIAS EN EL CONTROL DE LA GESTION PUBLICA AMBIENTAL

A un paso de la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable, a llevarse a cabo en Junio del corriente año, llamada RÍO + 20, no podemos dejar de tocar este tema, porque de nada valdrán las declaraciones si luego los Estados no implementan las medidas necesarias para lograr objetivos trazados, y/o si no cuentan con los medios eficientes de control que permitan verificar si se están haciendo las cosas bien.

Sobre ese tema, quiero resaltar algunos tópicos que se relacionan en forma directa con el tema del control de la gestión pública ambiental.

4.1. En primer lugar, el INFORME titulado “*21 TÓPICOS AMBIENTALES EMERGENTES PARA EL SIGLO 21*”, elaborado por el “Panel de Alerta y Acción sobre temas ambientales” y el Programa Ambiental de Naciones Unidas, en vista a la Cumbre de RÍO de 2012, que se reunió en el año 2010, compuesto por más de 20 científicos de todo el mundo, debatiendo y consultando con otros 400 científicos, globalmente a través de encuestas electrónicas.

Su finalidad era arribar a un consenso internacional acerca de una Lista con las prioridades sobre las cuestiones ambientales más importantes, que denominaron “emergentes”, así como los cursos de acción a seguir y/o adoptar.

Dichos tópicos fueron definidos en general como cuestiones *con impacto global*

ambiental positivo o negativo, teniendo en cuenta que han sido reconocidos por la Comunidad científica, como muy importantes para el desarrollo y bienestar humano, pero que aún no han recibido una adecuada atención por la comunidad política.

Los 21 TOPICOS del REPORTE cortan transversalmente todos los mayores temas ambientales globales, y sus CONCLUSIONES están dirigidas no sólo a la Cumbre de Río + 20, sino a todos los sectores de la sociedad, para que tomen conciencia acerca de la NECESIDAD de una RESPUESTA MÁS INTELIGENTE y DECISIVA a los desafíos de nuestros tiempos. Dichas conclusiones serán relevantes para la toma de decisiones políticas ambientales; para el control de su cumplimiento (es decir, para el control de la gestión en materia ambiental), y asimismo constituirán una prioridad para los desarrollos científicos de los años venideros.

El tópico rankeado en primer lugar dentro de dicha lista, fue titulado *“Alinear la gobernanza con los desafíos de la sustentabilidad global”*.

Es decir, la GOBERNANZA que se requiere para abordar más eficazmente los desafíos sustentables del siglo XXI, incluyendo la necesidad urgente de tender un puente que una la brecha entre las comunidades científicas y políticas, así como la relevancia de apuntar hacia un consumo sostenible.

En este sentido, el reporte señala que el sistema actual de gobernanza ambiental internacional, con su laberinto de acuerdos multilaterales interbloqueados, que evolucionó en el siglo 20, es visto por muchos como inapropiado para el siglo 21.

Algunos doctrinarios sostienen que ese sistema carece de la necesaria representatividad, rendición de cuentas y eficacia para ir hacia la sustentabilidad, postulando que resulta *necesario un grado mucho más alto de participación y transparencia.*

Advertimos así que ello se conecta íntima y directamente, con el control eficiente de las políticas ambientales, y con el control social de aquéllas.

4.2. En segundo lugar, creo interesante también mencionar que el Gobierno de Brasil está organizando, en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas, un *Foro para la Sociedad Civil*, denominado *“Diálogos de Desarrollo Sostenible”*, en el mes de Junio del corriente año, en el que participarán representantes del sector privado, ONGs, la comunidad científica, entre otros, a fin de llevar a cabo un debate abierto sobre tópicos claves de ese tema, *sin participación de gobiernos ni de agencias de Naciones Unidas.*

Las conclusiones de esos diálogos serán entregadas a los jefes de Estado y gobiernos presentes en la Cumbre.

Estos diálogos -que pueden ser seguidos on line-, incluyen un sistema de votación (favoreciendo la participación pública) a través del cual se elegirán un grupo de recomendaciones para ser transmitidas a los participantes de los diálogos.

Aquí está presente, entonces, el control y participación de la sociedad como herramienta valiosa para promover el desarrollo sustentable.

4.3. En tercer lugar, y centrándonos ya en nuestro país, advierto una AUSENCIA DE CONTROL DE LA GESTIÓN PÚBLICA AMBIENTAL.

4.3.1. A esos efectos, debo recordar a ustedes que la propia Ley General del Ambiente o Ley de Política Ambiental Nacional N° 25.675 ha señalado –taxativamente– cuáles son los instrumentos de la Gestión Ambiental, y entre ellos, se menciona el “sistema de diagnóstico e información ambiental”.

Sólo en el ámbito nacional de nuestro país, pienso en los incumplimientos reiterados de parte del Poder Ejecutivo Nacional, en cuanto a su obligación de brindar anualmente ante el Poder Legislativo, los “Informes sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional”, conforme a imperativo impuesto por dicha Ley General del Ambiente.

Ello no se ha cumplido ni se cumple cabalmente. Baste para ello chequear la página web (www.diputados.gov.ar), para verificar diversos pedidos de informes de la Cámara de Diputados al P.E.N. relacionados con la falta de presentaciones del Informe anual sobre situación ambiental correspondiente al año 2010 (solicitado el 12.09.11), al año 2011 (proyecto de resolución con trámite parlamentario del 14.03.12); y otros previos.

4.3.2. Advierto también ausencia del control de la gestión pública ambiental, en tanto no se cumplen los parámetros, líneas, políticas trazadas por leyes y reglamentos de contenido ambiental; y nadie verifica tales circunstancias.

¿Quién debe controlar su cumplimiento?

- Y aquí nos encontramos con un problema, para dar la respuesta.
- Recordemos la lentitud con la se dictaron las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental por parte del Poder Legislativo Nacional; a pesar del imperativo constitucional del año 1994, recién comenzaron a dictarse en el año 2002.
- Recordemos el comunicado que posteriormente el Defensor del Pueblo de la Nación dirigió al P.E.N., señalando que desde que el Congreso había dictado muchas de las leyes de presupuestos mínimos, el Poder Ejecutivo no las había reglamentado.
- Recalquemos que no se trata de un tema disponible para la Administración Pública, sino de ORDEN PÚBLICO, que no debería dejarse sin control, o –en su caso– no debería dejarse que ese control de la gestión ambiental sólo quedara en manos de los jueces, cuando una controversia en particular se suscita y llega a sus estrados.
- El control de la gestión ambiental por los jueces, se pudo visualizar claramente en el caso “*Mendoza Beatriz c/ Estado Nacional, Pcia. De Bs.As., CABA y 44 establecimientos industriales de la cuenca Matanza- Riachuelo*”: en primer

lugar, el control por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y posteriormente, por el Juzgado Federal de Quilmes, magistrados que controlaron si A.C.U.MA.R (Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo) y las empresas industriales demandadas, cumplían los planes, lineamientos, obligaciones que las normas imponían y que el propio Tribunal les impuso cumplir, con un cronograma también delineado judicialmente.

1. En el fallo del 08/07/2008, la C.S.J.N. ordenó a ACUMAR que adoptara un sistema de medición de cumplimiento de objetivos, a fin de evaluar el grado de avance de ejecución de la sentencia (responsabilidad de plan de saneamiento).
2. Es importante señalar, asimismo, cómo gracias a ese fallo (en realidad el preliminar que dictó la Corte, apenas intervino en el análisis de la demanda), se pudo concretar -en la realidad- el “seguro ambiental” (que garantiza las tareas de recomposición del medio ambiente dañado por una contaminación), que si bien resultaba obligatorio conforme a la Ley de Política Ambiental Nacional, norma ésta programática, debía ser implementada a través de una reglamentación que las autoridades competentes no se habían preocupado en dictarlas. A partir de que el Alto Tribunal requirió dicho seguro ambiental a todas las empresas demandadas, la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable en el año 2007 debió dictar las normas pertinentes para su puesta en práctica, regulando posteriormente las pautas básicas que debían cumplir esos contratos de seguros, aprobándose recién en el año 2008, por la Superintendencia de Seguros de la Nación, la primer póliza de seguro ambiental

4.3.3. Si la gestión no se controla, ésta no produce ni concretiza sus objetivos, no logrando los resultados previstos ni su optimización.

En nuestro país, están fallado los controles internos de los órganos con competencia ambiental. Esos controles NO EXISTEN, ya sea porque NO SE LLEVAN A CABO LAS POLITICAS DISEÑADAS, o SI SE LLEVAN A CABO, NADIE INFORMA LOS RESULTADOS . FALLA también el CONTROL SOCIAL.

La Autoridad ambiental no controla a las empresas que con su actividad pueden incidir en el medio ambiente, o los controles (aún selectivos) que realiza, no mejoran comparativamente el medio ambiente. De hecho, recordemos los plazos excesivos que se toman las autoridades ambientales, para aprobar, por ejemplo, en la Provincia de Santa Fe, un Estudio de Impacto Ambiental, o para emitir un Certificado Ambiental de Cumplimiento).

En el mientras tanto, esta actividad industrial queda en un stand by, o en su caso, con autorización provisoria de funcionamiento, que no ayuda ni contribuye al mejoramiento ambiental ni al desarrollo sustentable. Recordamos que la evaluación de impacto ambiental es un instrumento de gestión ambiental.

La dilación indebida del procedimiento administrativo, en materia ambiental, hace a una ineficiente administración, y allí conectemos el valor de eficiencia con la responsabilidad del Estado por su ineficiencia.

4.3.4. ¿Contribuye el esquema de organización administrativa existente, a una gestión ambiental más eficiente y eficaz? Si pienso por ejemplo en la Provincia de Santa Fe, a partir de la Ley de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible provincial N° 11.717 y sus normas reglamentarias, existe una concentración de competencias en la Secretaría Provincial, cuando en realidad pienso que podría descentralizarse en alguna medida en las autoridades municipales.

4.3.5. Pensemos en todo lo que no se controla:

1. ¿Cómo se controlan las *compras públicas sustentables*? Se fomentan esas compras? Tenemos en nuestro país una guía de compras públicas sustentables.
2. Los programas voluntarios de reconversión industrial (introducidos por la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable - Resolución N° 1138/2009) –cuyo objetivo es similar al Programa EMAS III en la Unión Europea–, permiten a las empresas instrumentar planes de adecuación tecnológica para mejorar sus procesos productivos e industriales, con el propósito de reducir la contaminación, y de servir de instrumentos para evaluar el desempeño ambiental y las acciones de remediación, prevención o mitigación de impactos ambientales que realicen esas empresas. Estos programas ¿ se fomentan? , ¿se han dado a conocer?; ¿qué incentivos económicos han sido pensados para que las empresa voluntariamente se acojan a uno de estos planes? Es interesante recordar que uno de los instrumentos de gestión ambiental que la propia Ley General del Ambiente ha previsto, es precisamente, el “*régimen económico de promoción de desarrollo sustentable*”. NO EXISTE. ¿Quién controla o sigue el estudio de esos incentivos? ¿Integra esa temática una política de Estado para lograr un mejoramiento ambiental? A mi juicio, existe sólo el mandato legislativo, la política legislativa –en la Ley Gral. del Ambiente (Ley de Política Ambiental Nacional N° 25.675)– en el sentido de fomentar esa autorregulación, pero si no está acompañada por una gestión pública eficaz en tal sentido y dirigida a lograr los resultados que se ha propuesto en su espíritu dicha disposición legislativa, de nada sirve.
3. Las *audiencias públicas (que fomentan la participación ciudadana) previstas en la Ley Nacional de Política Ambiental (N° 25.675) y en la Ley Provincial de Medio Ambiente (N° 11.717)*, en particular aquellas que han sido instituidas obligatoriamente por la ley, es decir, las que deben llevarse a cabo en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, así como en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en lo que atañe a las etapas de planificación y evaluación de resultados, ¿se convocan por las auto-

ridades con competencia ambiental?, ¿se cumplen? . Pensemos que el objetivo de esas audiencias, precisamente, es la participación ciudadana integrada -en algún estadio- en la toma de decisiones ambientales.

4. Vemos entonces una *debilidad en el control de cómo se gestionan los planes, programas y políticas en materia ambiental*; ya sea por deficiencias o ausencia de control por parte de las autoridades administrativas; y también por ausencia de control de la ciudadanía, porque no se la incentiva a controlar ni está originariamente incentivada, pues NO ESTÁ INFORMADA sobre la situación medio ambiental y los riesgos implícitos, a pesar de ser parte directamente interesada, y además la más débil jurídicamente en la relación ambiental (como lo decía en el Congreso de esta Red, en Curitiba). Por ello, es la que realmente debe controlar.
5. *¿Cómo podría la ciudadanía hacer ese control de la gestión ambiental?* Existen medios eficientes y transparentes para realizar ese control, que implica una especie de rendición de cuentas que deben hacer los contaminadores, los reguladores, las autoridades administrativas de control, etc.

Entre esos medios, cito a título ejemplificativo:

A. *la efectiva participación ciudadana en los estadios en que está prevista obligatoriamente su intervención o consulta* (es un instrumento de la política y gestión ambiental y para la toma de decisiones ambientales);

B. *mediante el libre acceso a la información pública ambiental, como medio importante de control de la eficacia y eficiencia de la gestión ambiental.* El Art. 41 de la Constitución Nacional impone el deber de las autoridades de proveer información ambiental (es decir, el Estado debe recolectar y procesar adecuadamente esa información, y a la vez suministrarla, difundirla y actualizarla constantemente).

Dicho derecho constituye asimismo un presupuesto mínimo señalado en la Ley General del Ambiente.

Pero además, desde el año 2003, está en vigencia la *Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental N° 25.831* , garantizando el derecho a la información ambiental en poder del Estado nacional, provincial, municipal y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como la información que se encuentre en el ámbito de los entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos (sean públicas, privadas o mixtas).

El derecho de acceso a la información pública, por lo demás, se encuentra reconocido en *Tratados Internacionales con jerarquía constitucional*: (a) Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 19); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 13.1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art 19.2). En ellos se reconoce el derecho del ciudadano de buscar, recibir y difundir información pública. Y es oportuno, a veinte años de la Cumbre de Río del año 1992, recordar que la *Declaración de la Cumbre de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo* , en

su *Principio 10*, puntualizó la relación que existe entre participación ciudadana en la gestión del ambiente, el acceso a la información pública y el acceso a la justicia, destacando la obligación de los Estados de garantizar esos derechos.

C. En *el control de la gestión pública ambiental*, es importante también, como lo señaláramos al comienzo, contar con INDICADORES DE SEGUIMIENTO, como herramientas útiles que permiten :

1. brindar datos al funcionario público, para evaluar y perfeccionar esa gestión.
2. analizar la aplicación y el cumplimiento de la normativa ambiental por el Estado, por la sociedad.
3. desarrollar herramientas de modernización de las normas ambientales.

Esos Indicadores de Seguimiento sobre la aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, también pueden generarse mediante la herramienta del Acceso a la Información Pública.

Cualquier ciudadano, u organizaciones de la sociedad civil, pueden presentar periódicamente pedidos de información pública, ante el mismo organismo estatal, y de ese modo, se podrá advertir la evolución en el tiempo en la respuesta brindada, es decir, si hubo cambios o no en el grado de organización y sistematización de la información pública y su posterior puesta de conocimiento; y también si se cumplen con determinados mandatos constitucionales/legales ambientales.

Por ejemplo, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales elaboró en el año 2010 un plan en tal sentido, eligiendo la Secretaría de Medio Ambiente, al Consejo Federal de Medio Ambiente, a ACUMAR, y las solicitudes fueron presentadas por la Fundación y por vecinos, a fin de verificar las diferencias en las respuestas brindadas.

D. La Participación ciudadana como instrumento de gestión de la política ambiental, también implica *fomentar un mayor compromiso social colectivo y desarrollar un sentido de responsabilidad individual, que redunde en el beneficio general.*

Me refiero en este punto al, CONSUMO RESPONSABLE, es decir aquél que nos induce a elegir productos no solo por su calidad y precio, sino por su *impacto ambiental y social en su ciclo de vida, desde que se produce hasta que se desecha.*

En este sentido, existen también INDICADORES de CONSUMO RESPONSABLE. A título de ejemplo:

- a. Greendex (creado por National Geographic y Global Team).
- b. Otros como “Goodguide”, el cual provee información autorizada sobre la incidencia en la salud, ambiente y medio social de muchísimos productos. Fue fundada en el año 2007 por un profesor de política ambiental de la Universidad de California (Berkeley), un experto en cadenas de comercialización; se trata de un grupo conformado por químicos, ingenieros, sociólogos.

5. PARA CONCLUIR ENTONCES

5.1. Analizar cómo funciona el esquema de control interno de la gestión administrativa y específicamente de la gestión pública ambiental, NO ES TAREA que deba realizarse una vez al año cuando llegan los auditores, sino que DEBE CAPTAR LA ATENCIÓN TODO EL AÑO, y debe constituir un real compromiso, dentro DE CADA ORGANO DE LA ADMINISTRACION, hacia el control de cómo se gestionan los proyectos, y políticas públicas, y los resultados obtenidos en consecuencia.

5.2. Destaquemos e insistamos, entonces, en la *herramienta fabulosa del acceso a la información* (y ahí tendremos el control social de la gestión), lo que el ciudadano pueda solicitar ser informado y lo que debe publicarse además en transparencia activa, no solo desde los aspectos presupuestarios y financieros, sino desde los CONCRETOS RESULTADOS de programas, planes y políticas concretas .

5.3. Ese *control social de la gestión pública* es un desafío, y *apunta a que el Estado maximice su rendimiento*, implementando políticas que conviertan al ciudadano en agente de control de gestión.

5.4. Hablamos en la actualidad de “*accountability*” como “*deber*” de la Administración, que es precisamente la *obligación de rendir cuentas y asumir responsabilidades ante los ciudadanos*.

5.5. En ese contexto, además de los medios y propuestas antes reseñados, existen otros instrumentos que pueden resultar de gran utilidad, como por ejemplo contar con INFORMES DE DESEMPEÑO , como publicaciones sistemáticas de datos sobre resultados, que estuvieren disponibles para los ciudadanos; o pensar en las AUDIENCIAS PUBLICAS DE RENDIMIENTO, como instrumentos para dar a conocer el resultado de su gestión a los ciudadanos.

5.6. La participación de los usuarios en los entes reguladores de servicios públicos es otra herramienta para el control de la eficiencia y eficacia de la gestión, más aún en la actualidad, a partir de la estatización de actividades antes privatizadas, como suministro de agua, explotación de ferrocarriles, de correos, que si bien se prestan a través de la constitución de sociedades anónimas, el Estado mantiene su responsabilidad por ser en muchos casos el único accionista o el que detenta la mayoría del capital social.

5.7. Las asociaciones público-privadas, reguladas en el orden nacional (por el Decreto Nº 967/2005 – Régimen Nacional de Asociación Público-Privada), en la provincia de Santa Fe (por Ley 12.518 del año 2006) y también a nivel del municipio rosarino, para la ejecución y desarrollo de obras públicas, servicios públicos u otra

actividad delegable, en la realidad no han sido utilizadas; y si bien su sistema normativo amerita un perfeccionamiento sustancial, podrían ser pensadas *como instrumentos para cumplir y gestionar políticas públicas de contenido ambiental, saneamiento, etc. (como ocurre en otros países)*.

5.8. En definitiva, postulamos una mayor democratización de la Administración, una efectiva rendición de cuentas de su gestión, una mayor participación social en su control, y mayores responsabilidades mutuas.