

Fabio Valdecioli Cwejgorn

**LAS CLÁUSULAS CONDICIONANTES DE
SOSTENIBILIDAD COMO INSTRUMENTO DE
EFECTIVIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO
SOCIOAMBIENTAL EN BRASIL**

TRABAJO DE FIN DE MASTER

Dirigido por el Dr. Víctor Manuel Merino Sancho

**Tarragona
2019**

ÍNDICE

1. Introducción
2. La visión utilitarista de los recursos naturales
3. El cambio de conciencia sobre la infinitud de los recursos naturales
4. Desde el Estado Liberal hasta el Estado de Derecho Socioambiental
 - 4.1. El Estado Liberal y la búsqueda del beneficio
 - 4.2. Los derechos colectivos en el Estado Social
 - 4.3. Neoliberalismo: un nuevo Estado Liberal
 - 4.4. El Estado de Derecho Socioambiental
5. El ordenamiento jurídico brasileño como herramienta de protección ambiental
 - 5.1. La Constitución Federal
 - 5.2. La Política Nacional del Medio Ambiente
 - 5.3. El nuevo Código Civil y la función social del contrato
6. La evolución del pensamiento hacia la Economía Ambiental
7. Las cláusulas condicionantes de sostenibilidad
 - 7.1. Concepto y ejemplos
 - 7.2. Las cláusulas en el derecho público
 - 7.3. Las cláusulas en el derecho privado
 - 7.4. La Responsabilidad Social Corporativa
8. Conclusión

1. Introducción

Mismo después de la Revolución Industrial, cuando el cambio del modelo productivo ha traído una fuerte y hasta entonces desconocida presión sobre los recursos naturales, no hubo ningún movimiento relevante en el sentido de la toma de conciencia sobre la finitud de tales recursos, la importancia de su uso adecuado o los impactos derivados de la acción antrópica.

La misma inercia ha ocurrido en el periodo posterior a la Segunda Guerra, cuando la demanda por recursos naturales creció en razón de la deseada reestructuración de la industria mundial, casi completamente aniquilada por el conflicto belicoso.

De esta manera, sólo a mediados de los años 60, se pudieran ver a los primeros pasos en el sentido de la toma de conciencia ambiental.

En el escenario internacional, este movimiento recorrió la Convención de Estocolmo de 1.972, pasó por el Informe Brundtland de 1.987, cuando se presentó al mundo el concepto de Desarrollo Sostenible y se consolidó en la Río 92, cuando quedó evidente la necesidad de cambio del modelo socioeconómico en vigor.

En el ámbito interno, desde los años 80 Brasil asimiló esta tendencia, tanto que estableció su Política Nacional del Medio Ambiente y dedicó un capítulo exclusivo para el tema del ambiental en su Carta Constitucional, además de vincular la actividad económica al principio de la defensa del Medio Ambiente y fijar la solidaridad como un objetivo fundamental de la República.

Por lo tanto, se puede decir que el ordenamiento jurídico brasileño impuso un cambio en el modelo socioeconómico en vigor. Es decir, los modelos de Estado Liberal, Social y Neoliberal ya no podrían atender a los anhelos del nuevo Estado de Derecho Socioambiental. Además, la inclusión del Medio Ambiente como un valor supremo en el país no puede limitarse al mero ejercicio de retórica, sino que producir reflejos en todos los ámbitos.

Así, es forzoso pensar e implementar mecanismos que hagan efectivo el mandamiento constitucional de protección y conservación del Medio Ambiente, principalmente en las relaciones económicas, sean públicas o privadas, a la vez que se constituyen en la principal forma de circulación de riqueza.

En esta línea de pensamiento, considerando que el contrato tal vez sea lo más importante instrumento de circulación de riqueza que se conoce, constituyendo un verdadero engranaje socioeconómico, resulta evidente que no podría quedarse exento a la influencia de este nuevo Estado Socioambiental.

Por eso, este trabajo sugiere que para efectivización de este nuevo orden ambiental, se deban incluir en los contratos las cláusulas condicionantes de sostenibilidad, con el objetivo de imponer a los contratistas el deber de observar condiciones y/o metas vinculadas a la protección del Medio Ambiente y la utilización racional de los recursos naturales.

Además, se busca demostrar también en este trabajo que la inserción de las cláusulas de sostenibilidad en los contratos no es mera liberalidad de los contratistas. Al contrario, es una obligación, derivada de la necesidad de imponerse una función social al contrato.

La metodología utilizada en este trabajo fue la pesquisa explicativa, a través del abordaje cualitativa de los datos recogidos de la revisión bibliográfica nacional e internacional. En este último caso, principalmente a través de la consulta a la doctrina y legislación de la Unión Europea y España.

2. La visión utilitarista de los recursos naturales

Los recursos naturales siempre han sido vistos por el hombre bajo la perspectiva utilitarista. Ya sea como alimento para las personas o animales, como materia prima para la producción de bienes, o incluso por mero disfrute en momentos de ocio o contemplación, el hombre siempre se ha comportado como el dueño de tales recursos, los sometiendo de manera desmesurada a sus propios intereses.

Durante muchos años esta postura no trajo impactos relevantes (o perceptibles) sobre los recursos naturales, en la medida en que la demanda por esos bienes fue teóricamente contenida dentro de la capacidad de soporte del Medio Ambiente¹. Es decir, la cantidad de recursos explotada del Medio – o la cantidad de residuos lanzada en el Medio – todavía no parecía suficiente para comprometer el equilibrio ecológico.

Para ejemplificar esta situación, recuérdese la actuación de la corona portuguesa en Brasil, descubierto en abril de 1.500. Gracias a la abundante mano de obra indígena, los portugueses han explotado de manera masiva e intensiva el “pau-brasil” (*Paubrasilia echinata*), un árbol nativo muy codiciado por su resina roja, utilizada en la producción de un tinte que teñía tejidos². Los informes indican que sólo en el primer envío de madera hasta Europa, en 1.511, han sido exportadas 5 mil toras de madera. Sin embargo, sólo muchos siglos después quedó evidente que la acción depredadora sobre esta especie casi la extinguió³.

Por lo tanto, el problema se ubica en el hecho de que la visión meramente utilitarista de estos recursos no se preocupa en investigar su real naturaleza. Basta que el bien – sea el agua, el suelo, el aire, la fauna o la flora – sirva al propósito para el cual fue destinado.

¹ COHEN, Joel E. *How many people can the earth support?* London: W W Norton & Company. 1995

² SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 32

³ VARTY, N. 1998. *Caesalpinia echinata*. In. IUCN 2008. 2008 IUCN Red List of Threatened Species. 21 March 2009

Incluso durante la Revolución Industrial,⁴ cuando se ha intensificado la presión sobre los recursos naturales, no hay ningún informe sobre la preocupación a respecto de la finitud o escasez de los recursos naturales. Muy al contrario, una vez más la visión utilitarista sobre los recursos ha permeado todo el periodo.

Adam Smith, pensador escocés del siglo XVIII, llegó a defender en su libro, “La riqueza de las naciones” (1.776), los beneficios del individualismo para la sociedad. Para él, la riqueza de las naciones ha resultado de la actuación de individuos que, movidos incluso (y no sólo exclusivamente) por su propio interés (*self-interest*), promovían el crecimiento económico y la innovación tecnológica⁵.

Smith ha entendido que era correcto decir que los capitalistas solo tenían en cuenta sus ganancias. Sin embargo, como tenían que vender productos buenos y baratos para obtener ganancias, terminaban contribuyendo a la sociedad. Así, como el individualismo sería bueno para toda la sociedad, las personas deberían vivir como se pudieran satisfacer libremente sus intereses personales.

Bajo las ópticas económica y social es preciso reconocer que realmente no se podría esperar otra forma de pensamiento. Después de todo, fue justamente gracias a la Revolución Industrial que las personas pudieran experimentar una mejora en su calidad de vida. En este sentido, escribió Robert E. Lucas Jr., ganador del Premio Nobel de Ciencias Económicas de 1995: “Por primera vez en la historia, el nivel de vida de la gente común empezó a tener un crecimiento sostenible (...) nada remotamente similar a tal comportamiento económico es mencionado por los economistas clásicos, incluso como posibilidad teórica”⁶.

⁴ A pesar de algunas divergencias, generalmente se acepta que ocurrió entre 1.760 y 1.840.

⁵ SEN, Amartya. *Comportamento econômico e sentimentos morais*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 25, p. 103-30, 1992. ISSN 0102-6445

⁶ LUCAS, Robert E. Jr. (2002). *Lectures on Economic Growth*. Cambridge: Harvard University Press. pp. 109-10. ISBN 978-0-674-01601-9

En la llamada “Era de Oro del Capitalismo”, también ha ocurrido una gran expansión económica. Estrictamente definido, el periodo comenzó en 1.945 y duró hasta 1.970, cuando los EEUU, países de Europa Occidental y países de Asia Oriental experimentaron un anormal crecimiento económico, alto y sostenible, con pleno empleo.

Esta fase involucró una serie de desarrollos dentro de la industria química, eléctrica, de petróleo y acero, con la introducción de buques de acero a vapor, el perfeccionamiento del avión, la producción en serie de bienes de consumo, la refrigeración mecánica y otras técnicas de preservación.

La incontestable hegemonía – económica y militar – de los EEUU al final de la Segunda Guerra Mundial acabó por presentar al mundo el llamado *american way of life*⁷, una moderna economía de consumo.

Herman Van der Wee así caracteriza este nuevo patrón de consumo: “La moderna economía de consumo se fundó en la introducción masiva de todo tipo de bienes durables de consumo, en la rápida expansión de las industrias de ocio y moda, en la expansión y en el mejoramiento de los sitios, en el desarrollo de la infraestructura existente, en la creación de nuevos servicios públicos y en la demanda fuertemente creciente para servicios financieros, transporte personal y turismo”⁸.

Añade Saes que el aumento de la renta de las familias en EEUU (desde 1.945) y en Europa (desde 1.950) ha creado la demanda para esta infinidad de bienes y servicios. Y en el mismo sentido, las propias empresas estimularon esta demanda, por medio de la introducción de nuevos productos y por la intensa propaganda (facilitada por la ampliación de los medios de comunicación, especialmente la televisión)⁹.

⁷ Estilo de vida americana

⁸ SAES, Flávio Azevedo Marques de. *História Econômica Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 443.

⁹ SAES, Flávio Azevedo Marques de. Op. cit. p. 443-44

En este contexto, a pesar de la fuerte presión sobre los recursos naturales para atender el creciente mercado de consumo, una vez más se ha visto el predominio del aspecto económico sobre la conservación y preservación ambiental, en un divorcio absoluto entre los dos sectores.

Tal inercia solamente cesó a partir de algunos estudios de la década de 1.960. Y quedó evidente con la crisis del petróleo, que ha comenzado en 1.970, marco para el fin de la llamada “Era de Oro del Capitalismo”, cuando se puso de manifiesto la necesidad de una revisión, en razón de la finitud y escasez de los recursos naturales.

3. El cambio de conciencia sobre la infinitud de los recursos naturales

Aunque algunos autores son capaces de encontrar restos de normas y acciones de protección del Medio Ambiente desde San Francisco de Asís¹⁰, en el siglo XII, fue en la década de los años 1960 que surgió el movimiento ambientalista, produciendo un verdadero cambio en la percepción de los temas sociales y económicos sobre el Medio Ambiente.

En este período se desarrollaron muchas investigaciones sobre la finitud y escasez de los recursos ambientales, asimismo sobre los impactos de las actividades industriales sobre el Medio Ambiente.

En el libro *Silent Spring*, de 1962, la bióloga estadounidense Rachel Carson trató del uso indiscriminado de los pesticidas sintéticos – y principalmente el diclorodifeniltricloroetano, ampliamente utilizado durante y después de la Segunda Guerra, para combatir los mosquitos vectores de enfermedades como malaria y el dengue – y logró demostrar que el DDT podría causar cáncer en los seres humanos¹¹ (especialmente cáncer de mama) y que perjudicaría también la vida animal, provocando, por ejemplo, el aumento de la mortalidad de los pájaros.

¹⁰ MAIA, João Nunes. *Francisco de Assis*. São Paulo: ed. Fonte Viva. 2002

¹¹ SNEDEKER, S. M. *Pesticides and breast cancer risk: a review of DDT, DDE and dieldrin*. Environmental Health Perspectives. ISSN 0091-6765

En 1.968, Paul Erlich escribió el libro “La bomba poblacional”, donde ha defendido la idea de que los países deberían adoptar un control riguroso de la población, para evitar la escasez de los alimentos y otros recursos naturales¹².

En 1.972, el Club de Roma publicó el informe llamado “Los límites del crecimiento” (o Informe Meadows), donde basado en modelos matemáticos ha concluido que el Planeta Tierra no habría de soportar el crecimiento de la población, gracias a la presión impuesta sobre los recursos naturales y energéticos¹³.

En el mismo año de 1.972, según Aldo Servi, sólo en EEUU se han publicado más de 300 libros sobre el Medio Ambiente, ecología y contaminación. En Francia, gracias a la revista *La Nouvel Observateur*, se desarrollaron muchos debates internacionales sobre la situación ambiental. En Gran Bretaña, se publicó el libro *A Blueprint for Survival*, de Edward Goldsmith, fundador y editor de la revista británica *The Ecologist*. En Italia apareció *L’Imbroglia Ecológico*, de Dario Paccino. Y en Mexico, “Ecocidio: la destrucción del Medio Ambiente”, de Fernando Cesarman¹⁴.

Incluso el cine se inclinó hacia la importancia del tema, siendo imposible dejar de recordar la clásica película *Soylent Green*, lanzada en 1.973, que predecía un futuro con escasez de agua, alimentos y viviendas.

Sin embargo, la coronación de este movimiento de cambio de conciencia ambiental ha ocurrido con la Conferencia de Estocolmo de 1.972, la primera reunión mundial organizada por la ONU – Organización de las Naciones Unidas – para discutir temas relacionados con la degradación ambiental.

¹² EHRLICH, Paul. *The population bomb*. [Fecha de consulta: 1 de julio de 2019]. http://projectavalon.net/The_Population_Bomb_Paul_Ehrlich.pdf

¹³ MEADOWS, Donella; MEADOWS Dennis y RANDERS, Jorgen. *Limits to Growth: The 30-yers Update*. Chelsea Green/Earthscan/Diamond/Kossoth. 2004. [Fecha de consulta: 1 de julio de 2019]

¹⁴ SERVI, Aldo. *El Derecho Ambiental Internacional*. Revista de Relaciones Internacionales n. 14 [Fecha de consulta: 1 de julio de 2019]. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/9998/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Como afirma la propia ONU en su sitio de Internet, la Conferencia de Estocolmo marcó un punto de inflexión en el desarrollo de políticas ambientales internacionales.¹⁵

De hecho, vale recordar que la Conferencia se acercó tal vez del punto más delicado de esta cuestión, que es la aparente contradicción existente entre el desarrollo económico y la protección ambiental. Esta tensión quedó evidente cuando divergieron los representantes de los países desarrollados y de los países en desarrollo. Aquellos, defendiendo el desarrollo “cero”, bajo el argumento de que los países en desarrollo son los responsables por la degradación del Medio Ambiente; y estos, defendiendo el derecho al desarrollo “a toda costa”, considerando que los países desarrollados ya habían construido su base económica.

A pesar de no haber generado ningún compromiso entre las naciones participantes, la Conferencia de Estocolmo tuvo el mérito de avanzar en aquello que en el futuro sería conceptualizado como “desarrollo sostenible”.

De hecho, en 1.987, con el informe elaborado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (conocida como “Informe Brundtland” o “Nuestro Futuro Común”), el desarrollo sostenible fue conceptualizado como siendo aquel que satisficiera las necesidades presentes, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras satisfacer sus propias necesidades.

Así, después de siglos de oscurantismo, finalmente la segunda mitad del siglo XX ha traído al mundo la necesaria transformación de conciencia sobre las cuestiones ambientales.

Desde entonces, la concepción de sostenibilidad pasó a ser un atributo indispensable en la construcción de políticas, programas, planes y proyectos en diferentes sectores del gobierno, empresas y entidades no gubernamentales.

¹⁵ Sustainable Development Goals. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano*. [Fecha de consulta: 1 de julio de 2.019] <https://sustainabledevelopment.un.org/milestones/humanenvironment>

4. Desde el Estado Liberal hasta el Estado de Derecho Socioambiental

En la medida que se desarrollaba la conciencia a respecto de las cuestiones ambientales, crecía también la noción de su interdependencia con algunas áreas sociales del conocimiento humano.

En efecto, la evolución del conocimiento sobre los recursos naturales, su finitud y necesidad del uso racional, hizo cada vez más evidente la relación de la protección y conservación del Medio Ambiente con temas como Economía, Política y Sociología. Por lo tanto, se notó el enorme impacto que determinado modelo de Estado podría traer sobre la efectiva protección del Medio Ambiente.

Desde modelos estatales que no demuestran ningún apego a las cuestiones ambientales, hasta el modelo que se basa precisamente en la protección del Medio Ambiente, una de las intenciones de este trabajo es demostrar, aunque de manera no exhaustiva, la evolución histórica de la protección de los recursos naturales, a través del análisis de los Estados Liberal, Social, Neoliberal y Socioambiental.

4.1. El Estado Liberal y la búsqueda del beneficio

El Estado Liberal representa la realización del primero ideal de la Revolución Francesa de 1789: la libertad.

Oponiéndose al Absolutismo, régimen basado en la doctrina del “derecho divino de los reyes”¹⁶ y que predominó en varias partes de Europa en los siglos XVI y XVII, los liberales defendían un gobierno constitucional, que aseguraba a las personas el *status* de ciudadanos, con derechos individuales.

¹⁶ De acuerdo con esta doctrina política y religiosa, el poder de los reyes tiene origen en la voluntad de Dios.

De esta manera, el Estado Liberal ha propuesto la garantía de los llamados “derechos de primera dimensión”, o respeto a las libertades negativas, caracterizadas por la no intromisión del Estado en las libertades privadas de los individuos.

Entre los llamados derechos de primera dimensión se encuentran aquellos previamente negados por el régimen absolutista, donde prevalecía solo el poder absoluto del monarca: derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libertad de expresión, a la participación política y religiosa, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad de reunión etc.

Esas nociones, sin embargo, todavía no bastan para caracterizar el Estado Liberal, siendo imprescindible también el análisis de su dimensión económica.

De esta manera, de acuerdo con la visión liberal de la economía, el mercado puede asegurar por sí sólo el bienestar de la sociedad, independientemente de la intervención del Estado, que mantiene restrictas funciones de defensa nacional y preservación de las libertades individuales.

En este contexto, predicó Adam Smith, uno de los grandes ideólogos del Liberalismo, que la economía sería controlada por la “mano invisible del mercado”. De ahí la famosa expresión que resumiría el concepto propuesto por el liberalismo económico: *laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même* (dejen hacer, dejen pasar, el mundo se va solo).

Así, según la economía liberal, al garantizar el derecho a la libre iniciativa de los individuos en el mercado, se les permitiría la maximización de las ganancias privadas, lo que acabaría por contribuir para la riqueza y el bienestar de la sociedad. O sea, una clara manifestación del utilitarismo, filosofía que supone que las personas actúan con el objetivo de maximizar su placer y minimizar su dolor.

Precisamente por esto, el Estado Liberal no fue un modelo de Estado preocupado con la protección y conservación del Medio Ambiente. Muy al contrario, sus ideas militaban contra cualquier medida diseñada para inhibir o restringir el desarrollo económico.

En verdad, en este periodo han convergido dos factores contra cualquier medida de preservación y conservación ambiental: el desconocimiento y el desinterés.

Por el desconocimiento, se debe entender la ausencia de investigaciones científicas que demuestran la finitud y escasez de los recursos naturales, asimismo los impactos generados por el hombre sobre el Medio Ambiente. Puesto que, como se ha dicho, las primeras evidencias científicas contundentes sobre el tema surgieron sólo en la década de los años 1960.

Por el desinterés, se debe entender la falta de voluntad política al establecer cualquier medida que pudiera restringir el amplio desarrollo económico. De hecho, la limitación en relación al uso de los recursos naturales o la preocupación con los impactos provocados por la industria en el Medio Ambiente eran ideas francamente contrarias al modelo capitalista que vigoraba en el período.

De esta manera, como regla general, en el Estado Liberal no existían preceptos legales o constitucionales, tampoco medidas de carácter voluntario, que cuidasen de la protección del Medio Ambiente.

Sin embargo, se empezó a afrontar la ideología liberal desde la primera mitad del siglo XX. Sea por la crítica de Karl Marx, basada en la opresión de la clase económicamente dominante, que tenía la fuerza productiva, sobre la clase económicamente dominada, que tenía la fuerza del trabajo, sea por las sucesivas crisis de las principales economías capitalistas.

El ápice del colapso del modelo liberal ocurrió con el *crash* de la Bolsa de Nueva York, el 24 de octubre de 1929, cuando las acciones de las empresas sufrieron grandes pérdidas en su valor de mercado¹⁷, generando una situación de pánico entre todos los inversores, industrias e instituciones financieras.

¹⁷ GOLDSTON, Robert. *The Great Depression: The United States in the thirties*. A Fawcett Premier Book. P. 39-40

Desde entonces empezaba la Gran Depresión de la Década de 1930, período marcado por la reducción de la producción en las industrias y aumento del paro, hechos que han acentuado la desigualdad social y que han demostrado la necesidad de intervención socioeconómica del Estado.

En efecto, como aclara el historiador Eric Hobsbawm, “la Gran Depresión obligó los gobiernos occidentales a priorizar los temas sociales en comparación a los temas económicos. Los riesgos implícitos de la inercia – radicalización de la izquierda y, como en Alemania y otros países se vía, también de la derecha – eran mucho amenazadores”¹⁸.

En este contexto nació el llamado capitalismo democrático, donde John Maynard Keynes se reveló el más importante nombre.

El economista británico ofreció una alternativa a la ortodoxia del *laissez-faire*, defendiendo la idea que el Estado debería volver al papel de regulador de las relaciones establecidas en el mercado, complementando lo que escapaba de su escopo. Dice que el Estado debe realizar las obras públicas de infraestructura que complementan o reemplazan las inversiones que quedaron interrumpidas por los empresarios. Así, los trabajadores, entonces desempleados, podrían disponer de nuevo de la renta, la cual, destinada al consumo, impulsaría la demanda en el mercado¹⁹.

En los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial, el keynesianismo continuó como el paradigma predominante. Y gracias a su éxito en la recuperación de la economía mundial, propició el surgimiento en Europa Occidental de los primeros Estados de Bienestar Social.

¹⁸ HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX (1914-1991)*. p. 99

¹⁹ KEYNES, John Maynard. *The end of laissez-faire*. Amherst, New York: Prometheus Books, 2004

4.2. Los derechos colectivos en el Estado Social

La mayor lección que dejó la Gran Depresión de 1930 fue que el Estado, por sí sólo, no logra garantizar la estabilidad económica y una situación de pleno empleo. De esta manera, fue necesario el surgimiento de un modelo de Estado intervencionista, no sólo de carácter económico, sino también de naturaleza política y social.

Así, desde la social democracia que crecía en Europa en los siglos XIX y XX²⁰, las propuestas de un Estado intervencionista según Keynes han ganado aún más espacio. En este sentido, gracias a la expansión industrial, el progreso tecnológico y la reanudación del crecimiento en el periodo posguerra, se ampliaron las políticas sociales en varios países, lo que estableció una alianza entre empresarios, trabajadores y clase media.

En este contexto, surgió el Estado de Bienestar Social (*Welfare State*), con el propósito de proteger la parte más vulnerable de la sociedad, “especialmente los trabajadores asalariados, contra ciertos riesgos asociados a la participación en una economía de mercado.”²¹

Por lo tanto, el Estado de Bienestar Social ha representado el avance en los derechos de la persona humana hacia las preocupaciones de naturaleza social y económica. Después de todo, aunque jurídicamente hubiera una igualdad formal entre los ciudadanos, había en realidad una desigualdad material entre ellos, derivada de una sociedad dividida económicamente en clases sociales.

Como explica el profesor y exministro brasileño Bresser Pereira, los años que se siguieron a la Segunda Guerra fueron años de oro del Estado de Bienestar Social, cuando se notó el aumento de los derechos garantizados por el Estado, como la asistencia en la salud, la

²⁰ La social democracia nació de la ruptura con la perspectiva marxista revolucionaria y constituyó una corriente revisionista que defiende el control de las fuerzas del mercado por parte de las instituciones políticas, con el objetivo de beneficiar a todos los ciudadanos, por medios democráticos.

²¹ KERSTENETZKY, C.L. *O Estado do Bem-Estar Social na idade da razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Campus. 2012.

enseñanza básica gratuita, la garantía de ingresos mínimos y la seguridad social²². Por eso, el Estado de Bienestar Social se identifica con el segundo ideal de los revolucionarios franceses, la Igualdad, que corresponde a los llamados derechos de segunda dimensión.

Sin embargo, una vez más se nota que la cuestión ambiental no es parte de la agenda estatal. En este caso, porque la preocupación era la reconciliación del hombre con la Economía. Aunque la expansión industrial y el desarrollo económico ya eran una realidad, ejerciendo una innegable presión sobre los recursos naturales, aún no había ocurrido el despertar a la intrincada relación entre la economía y el Medio Ambiente.

De hecho, ni siquiera el surgimiento de las primeras investigaciones acerca de los impactos del hombre sobre el Medio Ambiente, en la década de 1960, hicieron con que la Economía cambiara sus principios, para agregar el tema ambiental como un factor digno de atención.

El éxito del Estado de Bienestar Social duró hasta el final de los años 1970, cuando las dos crisis del petróleo²³ han desestabilizado la economía mundial, trayendo de nuevo la recesión económica, el desempleo y la inflación para muchos países. En este contexto, ha quedado muy difícil sostener los derechos adquiridos en los años prósperos, que empezaron en el final de la Segunda Guerra.

Por lo tanto, ante la retroacción de la economía, hubo la reducción de la recaudación de los impuestos, lo que ha generado la dificultad del Estado mantener los derechos sociales previamente otorgados. En este escenario, surgieron algunos cuestionamientos. El primero, es que los Estados se perjudicaron económicamente con la provisión extensiva del bienestar, pues, para mantener la protección social, han tenido que reducir las inversiones de los emprendimientos productivos del sector privado. El segundo, es que los programas de bienestar tienden a crear beneficiarios dependientes del Estado, que dejan de actuar como individuos responsables.

²² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A crise financeira global e depois: um novo capitalismo?* Novos estudos – Cebrap, São Paulo, nº 86

²³ En 1973 y 1979, los países miembros de la OPEP (Organización de Países Exportadores de Petróleo) promovieron grandes aumentos en el precio nominal del barril de petróleo.

Por lo tanto, cuando el Estado interviene en el mundo material, acaba tornándose responsable por la calidad de vida individual y automáticamente blanco fácil de reclamos cada vez mayores, lo que convierte crisis económicas en crisis políticas y sociales.

Crecieron, de esta manera, las teorías económicas y políticas neoliberales, apoyadas básicamente en extensas políticas de liberalización económica, como privatizaciones, austeridad fiscal, desregulación, libre comercio y el corte de gastos gubernamentales, para reforzar el papel del sector privado en la economía. Así, correspondían al Estado las funciones mínimas de guardián de la defensa nacional y del propio Estado Neoliberal.

En este contexto, nació el modelo del Estado Neoliberal, cuyos exponentes fueron Margaret Thatcher en Reino Unido, Ronald Reagan en EEUU y Augusto Pinochet en Chile.

4.3. Neoliberalismo: un nuevo Estado Liberal

El Neoliberalismo fue una respuesta al término de la ola de crecimiento económico que marcó el Estado de Bienestar Social. De acuerdo con Perry Anderson²⁴, el (Neo)Liberalismo era una reacción teórica y política contra el Estado intervencionista y del Bienestar, que apareció entre los años 1923 y 1932.

El libro “El camino de la esclavitud”, de Friedrich Hayek, de 1944, fue la base teórica del Neoliberalismo. Se trataba de un “ataque apasionado contra cualquier limitación de los mecanismos del mercado por el Estado, como siendo una amenaza mortal a la libertad, no sólo económica, sino también política.”²⁵

²⁴ ANDERSON, P. *Balanço do neoliberalismo*. In: EMIR, S.; GENTILI, P. (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

²⁵ ANDERSON, P. op. cit. p. 1

En el origen del Estado Neoliberal, por supuesto estaban las ideas clásicas de Smith, en relación a la naturaleza humana, a la libertad individual y el papel del Estado y del mercado. De esta manera, dijeron los neoliberales que el gobierno era la causa, pero no la solución de los problemas económicos²⁶.

En resumen, los neoliberales defendían un Estado mínimo, cuya principal atribución sería garantizar que los individuos no limitasen de manera arbitraria las acciones y opciones de las otras personas.

En el escenario de reanudación del crecimiento económico, y con el propósito de contextualizar el tema ambiental, dos fenómenos del siglo XX merecen ser recordados: el toyotismo y la globalización.

El toyotismo²⁷ es un nuevo modelo de producción, basado en la flexibilidad productiva. Creado en Japón, después de la Segunda Guerra, el toyotismo ha traído muchas innovaciones, como la producción adecuada a la demanda, reducción del stock, diversificación de los productos, automatización de las etapas de producción y mano de obra mucho más calificada y multifuncional, factores que han contribuido al fuerte desarrollo de la industria.

De otro lado, la globalización²⁸, ampliamente desarrollada a partir de los años 1990, es un proceso de integración económica, política y cultural entre las naciones, gracias a la expansión en los medios de transporte y comunicación.

Y más allá del impulso en el capitalismo industrial, la globalización también ha permitido el desarrollo del capitalismo financiero, una nueva manera de obtención de beneficios, basado en las acciones de las empresas, interés, financiación, préstamos e inversiones,

²⁶ HEYWOOD, A. *Ideologías Políticas. Do liberalismo ao facismo. Vol. 1.* São Paulo: Editora Ática. 2010

²⁷ Este nombre proviene del hecho de que el sistema se aplicó por primera vez en la fábrica de automóviles Toyota.

²⁸ Proceso de integración económica, política y cultural entre las naciones, en razón de los avances en los medios de transporte y comunicación

entre otras especies de créditos, los cuales son transformados en mercancías. O sea, otra forma de fomentar la producción industrial.

Así, gracias a la intensa producción industrial y a la reducción de las distancias entre los mercados, no hay duda que el Medio Ambiente fue (y todavía es) un factor clave en el Estado Neoliberal, pues ha proporcionado la materia prima necesaria para el desarrollo de los procesos de producción de bienes y donde los derivados del petróleo son la fuente principal de generación de energía.

En este escenario, la pregunta que debe presentarse se refiere a la relación entre Economía y Medio Ambiente. O, en otras palabras, ¿si el Estado Neoliberal, en comparación a los modelos anteriores, promovió algún cambio en términos de protección ambiental y/o en el uso de los recursos naturales?

Teniendo en cuenta el aspecto histórico, hubo un innegable avance, pues el siglo XX acogió la llamada Tercera Dimensión de los Derechos Humanos, representativa del ideario de solidaridad de los revolucionarios franceses.

Esta Tercera Dimensión no se destina específicamente a un individuo, un grupo o un determinado Estado. Su principal destinatario es el género humano, en un momento expresivo de su afirmación como valor supremo, en términos de existencialismo concreto²⁹.

Es decir, la preocupación de la Tercera Dimensión gira en torno a los derechos difusos, aquellos cuyos titulares son indeterminados y ni siquiera se puede contarlos. En este contexto, son ejemplos de derechos de Tercera Dimensión aquellos vinculados al desarrollo o progreso, al Medio Ambiente, a la autodeterminación de los pueblos, a la propiedad común y a la comunicación.

Sin embargo, como es bien sabido, el mero reconocimiento de estos Derechos de Tercera Dimensión en sí mismo no tiene la capacidad de cambiar toda la realidad a su alrededor.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003

Esto sólo ocurre en la medida en que se generan los efectos para los cuales se concibieron estos derechos.

Por lo tanto, volviendo a la pregunta que se presentó arriba, la respuesta es que el Estado Neoliberal no logró la absoluta armonización entre desarrollo económico y protección ambiental.

Como se demuestra en el siguiente subpunto, sólo un nuevo modelo de Estado, comprometido con el tema ambiental y equipado con las herramientas adecuadas, es capaz de hacer realidad los derechos humanos en relación con el Medio Ambiente saludable para esta y las generaciones futuras.

4.4. El Estado de Derecho Socioambiental

Tanto el Estado Liberal, como el Estado de Bienestar Social, si adoptados en sus concepciones extremas pueden conducir a innegables distorsiones. El primero, porque al sobrevalorar al aspecto financiero, negando cualquier interferencia estatal en el mercado, se olvida de la natural diferencia entre las personas – no sólo económica, pero también social y cultural – y de esta manera corrobora con el aumento de la desigualdad y de la pobreza. El segundo, porque al extender demasiado su red de beneficios, acaba por desestimular el sector privado, dando la falsa impresión de un Estado proveedor, induciendo una paralización en el desarrollo económico del país.

A pesar del Estado Neoliberal acumular³⁰ tanto los Derechos de Primera como de Segunda Dimensión y seguir con el reconocimiento de los Derechos de Tercera Dimensión, también no se puede decir que haya alcanzado plenamente sus objetivos.

Tal vez por la juventud de los Derechos de Tercera Dimensión, el Estado Neoliberal no ha podido implementar las medidas de efectivización de protección del Medio Ambiente. Y eso se demuestra de manera sencilla, incluso por la prensa, que a diario habla de la

³⁰ Algunos académicos prefieren el término "dimensión de los derechos" en lugar de "generación de derechos", precisamente porque el primero se refiere a la idea de acumulación, mientras que el segundo sugeriría una superación de los derechos de una generación a la siguiente.

desaparición de especies y territorios, la elevación del nivel de los océanos, el aumento de la temperatura del planeta etc.

Por eso, considerando que todos los derechos deberían garantizar a su tenedor condiciones de ejercerlo, se declara la insuficiencia del Estado Neoliberal, al menos en relación al Medio Ambiente. De hecho, aunque el Estado Neoliberal pueda considerarse la cuna de los Derechos de Tercera Dimensión, no logró presentar mecanismos para hacerlos efectivos.

En este contexto, se recuerde que entre los 27 Principios aprobados en la Declaración de Rio 92, al menos 3 de ellos tratan específicamente del desarrollo sostenible.

El Principio 3 – aceptado en su totalidad por el artículo 225 de la Constitución Federal brasileña – afirma que “el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.

En la misma línea establece el Principio 4 que “a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”.

Finalmente, establece el Principio 8 que “para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas”.

Después de la lectura de estos preceptos, no hay duda que sin un cambio en el modelo socioeconómico adoptado, no es posible hablar efectivamente de desarrollo sostenible, pues este pasa por la intervención del Estado en la economía, para armonizarla a los principios de protección y conservación ambiental.

José Antonio Segrelles, profesor de la Universidad de Alicante, entiende que³¹ “aunque cada vez existe mayor concienciación ecológica en la población (latinoamericana), no tiene ningún sentido reclamar el respeto ambiental y la necesaria conservación de los recursos sin criticar la lógica del modelo liberal, pues existe una incompatibilidad manifiesta entre el desarrollo sostenible y el modo de producción capitalista.” Añade el profesor que “aunque el respeto ambiental y el desarrollo sostenible constituyan una finalidad loable, se encuentran sometidos a los propios límites que impone el sistema capitalista, caracterizado por la búsqueda del máximo beneficio en el menor tiempo posible.” Y termina el maestro diciendo que “el capitalismo actuaría contra su propia naturaleza si se preocupara por las generaciones venideras o por las consecuencias ambientales que a largo plazo pueden acarrear sus actuaciones.”

Sin duda, hay que reflexionar sobre los efectos de la manutención de una racionalidad meramente económica en la formulación de los instrumentos jurídicos-económicos. Así, la implementación del Estado de Derecho Socioambiental, significa el proceso natural y necesario, lo único capaz de conciliar el desarrollo económico, las demandas sociales y la protección y conservación del Medio Ambiente.

Fensterseifer habla que este “Nuevo Estado de Derecho” contempla el tercer lema de la Revolución Francesa, la fraternidad, acercándolo en el sentido de la solidaridad, buscando la incorporación de la tutela de nuevos derechos difusos y, en el paradigma de solidaridad humana, proyectando la sociedad a un nivel de más evolucionado de efectividad de derechos fundamentales³². Y añade que el nuevo modelo de Estado de Derecho mira la salvaguarda cada vez mayor de la dignidad humana y de todos los derechos fundamentales (de todas las dimensiones), en razón de una construcción histórica permanente de sus contenidos normativos.

³¹ SEGRELLES, José Antonio. *Problemas ambientales, agricultura y globalización en América Latina*. [Fecha de consulta: 06 de julio de 2019]

³² FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Utilizando el concepto de Estado de Derecho Ambiental y Ecológico, cierra la cuestión el renombrado jurista portugués, José Joaquim Gomes Canotilho: “el Estado de Derecho, hoy, solo es Estado de Derecho si es un Estado protector del ambiente y garante del derecho al ambiente; pero, el Estado Ambiente y Ecológico solo será Estado de Derecho si cumplir los deberes de juridicidad impuestos a la actuación de los poderes públicos. Esa juridicidad debe adecuarse a los requisitos del Estado Constitucional Ecológico, lo que obligará a la metódica constitucional de concretización particularmente apoyada en los criterios de ponderación y optimización de los intereses ambientales y ecológicos”³³.

Como se demuestra en el próximo tema, Brasil ya posee en su ordenamiento jurídico todos los elementos necesarios para el reconocimiento de la existencia del Estado de Derecho Socioambiental. De esta manera, solo hay que aplicarse correctamente los instrumentos para hacerlo efectivo.

5. El ordenamiento jurídico brasileño como herramienta de protección ambiental

El Estado brasileño buscó se adecuar al proceso de evolución histórica, política, económica y social ocurrido desde el Liberalismo del final del siglo XVII.

En este contexto, muchas leyes y la propia Constitución, han demostrado una especial atención con temas asociados a los derechos conquistados en las sucesivas dimensiones de Derechos Humanos³⁴, circunstancia que refleja la existencia de un nuevo marco jurídico civilizatorio en Brasil.

Hablando específicamente del tema ambiental en nivel infra constitucional, se pueden recordar varias reglas especiales: la Ley 6.938/81 (Política Nacional del Medio Ambiente), la Ley nº 9.433/97 (Política Nacional de Recursos Hídricos), la Ley nº 9.795/99 (Política Nacional de Educación Ambiental), la Ley nº 9.985/00 (Sistema Nacional de Unidades de Conservación de la Naturaleza), la Ley nº 12.305/10 (Política Nacional de Residuos Sólidos) etc.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998

³⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Las generaciones de Derechos Humanos*. [Fecha de consulta: 06 de julio de 2019] <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/download/537/525>

Mismo en el Código Civil³⁵, una norma general que no tiene vocación de tratar de temas ambientales, se pueden encontrar algunos artículos sobre el tema, como el párrafo 1º del artículo 1.228, que establece que el derecho de propiedad debe ejercerse de acuerdo con sus finalidades económicas y sociales³⁶ y el artículo 421, según lo cual la libertad contractual se ejerce de acuerdo con la función social del contrato³⁷.

Sin embargo, dentro de los límites de este trabajo, que es la aplicación de las cláusulas condicionantes de sostenibilidad como instrumento de efectivización del Estado de Derecho Socioambiental en Brasil, al menos al nivel infra constitucional, el enfoque priorizará la Política Nacional del Medio Ambiente (PNMA) y el Código Civil (CC).

En relación a la Constitución Federal, el legislador constituyente reservó un Capítulo entero³⁸ para tratar exclusivamente del tema ambiental, hablando del derecho difuso como bien de todos, esencial a la calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y al colectivo el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

En este escenario concluyen Sarlet y Fensterseifer resaltando que el reconocimiento de la garantía de un mínimo existencial socioambiental, junto a la justicia ambiental, representa una condición de posibilidad para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. Lo cual, más allá de una obligación o deber únicamente moral de solidaridad, hay que transponerse para el plan jurídico normativo³⁹.

³⁵ El actual Código Civil entró en vigencia el 10 de enero de 2002

³⁶ "El derecho de propiedad debe ejercerse de acuerdo con sus finalidades económicas y sociales y de modo que se preserven, según el establecido en ley especial, la flora, la fauna, las bellezas naturales, el equilibrio ecológico y el patrimonio histórico y artístico, así como se debe evitar la contaminación del aire y del agua."

³⁷ "La libertad contractual se ejerce en razón y en los límites de la función social del contrato, de acuerdo con la Declaración de Derechos de Libertad Económica."

³⁸ Se trata del Capítulo VI del Título VIII, aunque existen otros artículos sobre el tema

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

Em resumen, no hay duda que el legislador brasileño usó el ordenamiento jurídico como una herramienta de protección ambiental. Sin embargo, hasta qué punto el ordenamiento jurídico ¿tiene aptitud para producir efectos? Para contestar esta pregunta, es necesario analizar la cuestión de la efectividad⁴⁰ de la norma brasileña.

Recordando las palabras de Barroso⁴¹, ministro del *Supremo Tribunal Federal*⁴² brasileño, la efectividad representa la materialización, en el mundo de los hechos, de los preceptos legales y simboliza la aproximación, tan íntima como sea posible, entre el deber ser normativo y el ser de la realidad social.

Por eso, Temer⁴³ enseña que existen dos tipos de eficacia de las normas jurídicas: la eficacia jurídica propiamente dicha, que ocurre cuando la norma se encuentra en condiciones de producir efectos en las relaciones concretas. Y la eficacia social, cuando la norma vigente, con potencialidad para regular determinada relación, se aplica efectivamente en un caso concreto.

En el caso brasileño, no hay duda que la norma ambiental constitucional y la norma ambiental infra constitucional gozan de eficacia jurídica, tanto que tienen la capacidad de revocar todos los preceptos que les son contrarios. Sin embargo, en relación a la eficacia social, parece que las normas ambientales no se aplican en su plenitud, pues como se demuestra principalmente en el Capítulo 7 de este trabajo, existen maneras de ampliarse la aplicabilidad de estos preceptos y, de esta manera, hacerlos integralmente efectivos.

Pero, además de esta primera aproximación del tema, hay que recordarse que la doctrina americana suele utilizar otra clasificación de las normas jurídica constitucionales, de acuerdo con su eficacia. Son las normas *self-executing* y *not self-executing*.

⁴⁰ De manera sencilla, se puede conceptuar efectividad jurídica como la aptitud de la norma para producir efectos

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴² Es un tribunal constitucional, la última instancia jurídica en Brasil

⁴³ TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. 14ª ed. Revista e ampliada. Malheiros, 1998, p. 23

La primera especie, también llamada de norma autoejecutable, involucra los preceptos constitucionales completos, es decir, los que producen plenos efectos con la simple entrada en vigor de la Constitución.

La segunda especie, también llamada de norma no autoejecutable, se refiere a las normas que indican principios y que necesitan de una legislación posterior que les dé plena aplicación.

En el ordenamiento jurídico brasileño, hay una clasificación semejante a la mencionada arriba. Es la tripartita⁴⁴, ampliamente adoptada por el *Supremo Tribunal Federal*. De acuerdo con esta clasificación, las normas constitucionales pueden ser de eficacia plena, eficacia contenida y eficacia limitada.

De esta manera, normas constitucionales de eficacia plena son las que poseen eficacia inmediata, independientemente de una legislación posterior. En otras palabras, son las normas que contienen todos los elementos para su aplicación, siendo innecesaria una ley infra constitucional para reglamentarla⁴⁵. Ejemplo de esta norma es la medida judicial de *habeas corpus* (artículo 5º, LXVIII de la Constitución brasileña), que se puede presentar al Judiciario inmediatamente e independientemente de cualquier reglamentación.

Por otro lado, normas constitucionales de eficacia contenida son aquellas que también producen efectos inmediatos. No obstante, pueden sufrir una restricción de aplicación, según otras normas constitucionales o normas infra constitucionales. Es el caso, por ejemplo, del artículo 5º, XIII de la Constitución, que garantiza el ejercicio de cualquier profesión, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la ley. Por ejemplo, el ejercicio de la abogacía debe cumplir los requisitos del Estatuto de los Abogados (Ley nº 8906/94)⁴⁶.

⁴⁴ Esta clasificación fue propuesta por el Profesor José Afonso da Silva. Apud MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007

⁴⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15 ed. Revista, atualizada e ampliada. Editora Saraiva, 2011, p. 199

⁴⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm

Por último, quedan las normas constitucionales de eficacia limitada. Es el caso, por ejemplo, del artículo 7º, XX, de la Constitución, cuando la norma necesita de un complemento para producir efectos jurídicos⁴⁷.

El artículo 225 de la Constitución brasileña lleva el carácter de norma jurídica de cumplimiento inmediato. Por lo tanto, se ubica en las clasificaciones de norma *self-executing* o norma de eficacia plena.

No obstante, como se defiende la idea de que la norma ambiental (constitucional e infra constitucional) no goza de plenos efectos en el mundo concreto (ineficacia social), el esfuerzo a partir de ahora se concentrará en la demostración que el problema no es la ausencia de una norma o su ineficacia jurídica, sino la adopción de instrumentos que pueden permitir la obtención de la mayor aplicabilidad posible.

5.1. La Constitución Federal

En el Texto Constitucional brasileño de 1988 se encuentran derechos inherentes a la Libertad⁴⁸ (libertad de expresión, creencia, propiedad, actividad económica etc), Igualdad⁴⁹ (salud, educación, pensión, ocio etc) y Solidaridad⁵⁰ (desarrollo, autodeterminación de los pueblos, Medio Ambiente etc).

Esta profusión de derechos, resultante de años de evolución histórica, representa un gran logro para el pueblo brasileño, especialmente teniendo en cuenta que la Constitución actual fue promulgada después de más de dos décadas de dictadura militar.

En esta línea y de manera inédita, el legislador incluyó en la Ley Mayor, el Capítulo VI, exclusivamente para el tema ambiental, cuyo *caput* del artículo 225 establece:

⁴⁷ El artículo 7º, XX, obliga la protección del mercado de trabajo de las mujeres, a través de incentivos específicos. O sea, mientras no se haya promulgado la ley, las mujeres no gozan de ningún incentivo.

⁴⁸ Artículo 5º, IV, VI, XXII y artículo 170, § único

⁴⁹ Artículo 6º

⁵⁰ Artículo 3º, II, artículo 23, párrafo único y artículo 225

Todos tienen derecho al Medio Ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común y esencial a la saludable calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y al colectivo, el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones.

En un análisis estructural, se percibe que el artículo 225 tiene un doble carácter. En la primera parte del precepto, garantiza al colectivo el derecho de goce de un medio ecológicamente equilibrado. En la segunda parte, impone a la sociedad y al Estado el deber de defender y preservar el Medio Ambiente. Es decir, al mismo tiempo que el artículo 225 asegura un derecho, también impone una obligación, la cual será más desarrollada en el próximo Capítulo 7, cuando se hablará de la cláusula condicionante de sostenibilidad.

De otra parte, en un análisis material, se nota que mencionada norma acoge las directrices instituidas por las Convenciones ambientales de 1.972 y 1.992, especialmente el concepto de desarrollo sostenible. Con eso, la protección ambiental en Brasil se proyecta como un valor constitucional, lo cual debe incorporarse como objetivo del Estado brasileño.

Además del artículo 225, es posible recordar otros dos importantes artículos de la Constitución asociados con el tema ambiental: el artículo 170, VI y el artículo 3°.

Establece el artículo 170, VI, que el orden económico, basada en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por objetivo garantizar a todos una existencia digna, de acuerdo con los preceptos de la justicia social, según – aunque existen otros – el principio de la defensa del Medio Ambiente

En primero lugar, se nota que el artículo 170 reúne al mismo tiempo aspectos de las tres dimensiones de derechos humanos: la valorización del trabajo humano y la libre iniciativa (primera dimensión), la garantía de una existencia digna, de acuerdo con los preceptos de la justicia social (segunda dimensión) y la defensa del Medio Ambiente (tercera dimensión).

En segundo lugar, el artículo 170 establece que los agentes económicos no deben olvidarse de la necesidad de preservación de los recursos naturales en sus acciones. Es decir, el uso sostenible, consciente y responsable de los recursos naturales es una condición para el desarrollo económico del país.

Sobre el asunto, el renombrado Profesor y exministro del *Supremo Tribunal Federal*, Eros Roberto Grau⁵¹, enseña que el principio de la defensa del Medio Ambiente impone una condición para el orden económico, estableciendo de manera sustancial los principios de garantía del desarrollo y del pleno empleo.

Por fin, tal vez una de las normas de mayor amplitud en la Constitución brasileña sea el artículo 3º, que ha elegido la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria como uno de los objetivos de la República Federativa de Brasil.

Esta norma, claramente influenciada por la tercera dimensión de Derechos Humanos, es como una referencia para todas las acciones y políticas nacionales. De hecho, considerando que el Medio Ambiente se encuentra entre los derechos de solidaridad, es evidente que el objetivo impuesto a Brasil sólo se alcanzará si se adopten medidas ambientalmente adecuadas. Además, es importante enfatizar que las actitudes deben emanar del Estado, deben observarse por él, pero también hay que fomentarse la actividad de los particulares. Eso porque, después de todo, sólo así se podrá decir que la norma tiene efectividad social.

5.2. La Política Nacional del Medio Ambiente

Bajo el régimen militar⁵², Brasil ha promulgado la Ley n° 6.938, de 31 de agosto de 1.981⁵³, legislación de vanguardia de la Política Nacional del Medio Ambiente (PNMA) y que previó la compatibilización del desarrollo económico-social con la preservación ambiental.

⁵¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁵² La dictadura militar no Brasil comenzó en abril de 1.964 y duró hasta marzo de 1.985

⁵³ Esta ley sigue vigente, habiendo sido aprobada por la Constitución Federal de 1.988

De esta manera, la PNMA anhela una dirección para las actividades económicas, en el sentido de la práctica razonablemente ecológica. O sea, su objetivo es que la economía se quede contenida en los sistemas ecológicos; jamás, la naturaleza como recurso ilimitado a la economía⁵⁴.

A final, como aclaran Derani y Souza, en la perspectiva del utilitarismo económico, el agua es solo un recurso hídrico. En la perspectiva real de la PNMA (y de la Constitución), el agua es un bien indispensable a la salud, a la biodiversidad terrestre y acuática, a los valores estéticos, culturales y espirituales de los pueblos⁵⁵.

Para alcanzar sus objetivos⁵⁶, la PNMA utiliza básicamente instrumentos de comando y control e instrumentos económicos⁵⁷.

A través del primer tipo, el Estado impone restricciones – o incluso prohibiciones - al uso de determinados recursos naturales o ambientales, estableciendo sanciones para la hipótesis de incumplimiento. Es el caso, por ejemplo, de la imposición de límites a la emisión de sustancias a la atmósfera, o prohibición de utilización del DDT en las plantaciones, o autorización para instalación de procesos productivos en determinados lugares especialmente sensibles.

A través del segundo tipo de instrumento, el Estado busca conducir las fuerzas del mercado hacia una cierta dirección, pues se basa en la creencia de que el mercado se puede usar con el fin de proporcionar incentivos para conducir el comportamiento humano. De acuerdo con Labandeira *et al*⁵⁸, entre estos nuevos instrumentos se pueden destacar los

⁵⁴ Como se mostrará con más detalle en el Capítulo 6, la intervención estatal en la economía es necesaria debido a la ineficiencia del mercado en la asignación de recursos.

⁵⁵ DERANI, Cristiane y SOUZA, Kelly Schaper Soriano de. *Instrumentos econômicos na política nacional do meio ambiente: por uma economia ecológica*.

⁵⁶ De acuerdo con el artículo 2º, la PNMA tiene por objetivo la preservación, mejora y recuperación de la calidad ambiental propicia a la vida, con el fin de garantizar, en el País, condiciones para el desarrollo socioeconómico, a los intereses de seguridad nacional y la protección de la dignidad de la vida humana (...)

⁵⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 4º, I y artículo 9º, IX y XIII

⁵⁸ LABANDEIRA, X; LEÓN, Carmelo J.; VÁZQUEZ, M^a. Xosé. *Economía Ambiental*. Pearson: Madrid, 2007

impuestos y subvenciones ambientales, los permisos de contaminación transferibles y los incentivos a la I+D+i (Investigación, Desarrollo e Innovación) en métodos de reciclaje y reutilización, ahorro energético y de materias primas, reducción de volumen y carga contaminantes de emisiones, vertidos o residuos.

Mas allá del castigo previsto para la hipótesis de incumplimiento de la norma de comando, el objetivo mayor del Estado en relación a la utilización de los instrumentos económicos, es redirigir el infractor para obedecer el precepto legal, interrumpiendo la práctica perjudicial al Medio Ambiente.

Eso es porque determinadas secuelas dejadas por el daño o impacto ambiental hacen más difícil – o tal vez imposible – la reparación integral del medio afectado. Por lo tanto, el uso de los instrumentos de comando y control no se revelan tan eficaces en algunos casos. Así, en lugar del control del cumplimiento de la norma a través del poder coercitivo del Estado, se escoge la acción del propio mercado, como herramienta para restablecer la regla socialmente establecida.

No cabe duda de que, a veces, el Estado debe lanzar mano de su fuerza represiva y ordenadora de comportamientos para manutención de la cohesión social. No obstante, de otro lado, también se vislumbra la posibilidad del propio agente económico, ante alternativas propuestas por el propio Estado, escoger entre cumplir o no la norma, llevando en consideración aquella opción que le ofrezca lo mayor provecho individual, de acuerdo con la racionalidad del juego económico.

En este contexto, la intención de este trabajo es poner de manifiesto que el nuevo paradigma establecido por el Estado de Derecho Socioambiental ha abierto margen para adopción de otros instrumentos, además de los anteriormente mencionados, como es el caso de las cláusulas condicionantes de sostenibilidad en los contratos privados.

O sea, si los instrumentos jurídico-económicos ya representaban un avance en relación a las normas de comando y control, pues concedían al sistema jurídico un lenguaje compatible con el lenguaje del mercado, permitiendo al operador económico actuar por la racionalidad del utilitarismo, maximización de la ventaja individual y optimización de

su actividad, mayor eficacia se puede esperar por medio de las cláusulas condicionantes de sostenibilidad, en la medida que hacen los particulares protagonistas del mandamiento constitucional que establece el desarrollo sostenible como estándar a ser observado por todos.

Por último, se debe decir que la propuesta de inclusión de las cláusulas condicionantes de sostenibilidad en los contratos privados se armoniza perfectamente con la PNMA.

En primer lugar, porque el artículo 4º, I de la Ley establece que la Política Nacional tendrá como objetivo la compatibilización del desarrollo económico-social con la preservación de la calidad del Medio Ambiente y del equilibrio ecológico.

En segundo lugar, porque según el artículo 9º, I, III, IV, V, el establecimiento de patrones de calidad ambiental, evaluación de impactos ambientales, revisión de actividades efectiva o potencialmente contaminantes y los alientos a la producción e instalación de equipos dirigidos a la mejora de la calidad ambiental, son instrumentos de la Política Nacional del Medio Ambiente.

5.3. El nuevo Código Civil y la función social del contrato

Después de más de 80 años de vigencia del Código Civil anterior⁵⁹, que tenía un claro carácter individualista, fue promulgado el actual Código Civil brasileño (Ley nº 10.406/02)⁶⁰.

Esta nueva legislación representó un marco para el sistema jurídico nacional, lo cual desde hace años sentía la necesidad de una actualización. De hecho, desde el Proyecto del nuevo Código Civil, presentado en 1975, se decía⁶¹:

⁵⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm

⁶⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

⁶¹ Mensaje nº 160, de 10 de junio de 1976, del Ministro de la Justicia para el Presidente de la República [Fecha de consulta: 13 de agosto de 2019] <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Hace tiempo, Señor Presidente, que se reclama la actualización del Código Civil de 1916, que fue elaborado en un periodo en que Brasil ni siquiera había despertado para el brote de desarrollo que hoy lo caracteriza y aún prevalecían, en el escenario del Derecho, principios individualistas que no más se armonizan con las aspiraciones del mundo contemporáneo, no solo en el sector de las actividades empresariales, sino también en respeto a la organización de la familia, al uso de la propiedad o al derecho de sucesión.

Así, desde la aprobación de este nuevo Código, surgieron valores existenciales en relación a la dignidad de la persona humana y distintos principios que exceden la visión puramente patrimonial. Por lo tanto, el nuevo Código Civil brasileño demuestra una preocupación primordial con el “ser” en relación al “tener”.

Además, con la promulgación de la Constitución de 1988, perdió fuerza la rígida distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado y empezaron dos procesos simultáneos: la constitucionalización del Derecho Privado y la “publicización” del Derecho Privado.

Por medio de la constitucionalización, si quiere decir que el Derecho Civil, de naturaleza esencialmente privada, pasó a interpretarse bajo los preceptos de la Constitución Federal. Así, no solo las normas fueron interpretadas de acuerdo con la Constitución, pero también muchos de sus preceptos quedaron directamente inspirados por ella, como por ejemplo, los derechos de personalidad, la función social de la propiedad y la función social del contrato⁶².

⁶² CHAVES, Cristiano. *Curso de Direito Civil, Parte Geral e LINDB*, 10ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2012.

De otro lado, la “publicización” significa el fenómeno en el que el Estado regula intereses de los particulares, para establecer límites y reglas para el ejercicio de sus derechos, con el propósito de garantizar un interés mayor, es decir, la seguridad jurídica y la paz social.

De acuerdo con Alessandra NoreMBERG⁶³, el fenómeno de la “publicización” del Derecho Privado es corolario del Estado Democrático de Derecho. Así, el Estado no puede eximirse de su función constitucional, principalmente del objetivo de construir una sociedad libre, justa y solidaria. De esta manera, cada vez más el Estado interferirá en el sector privado, para regularlo y establecer límites a la actuación de los particulares.

En esta línea aclara el Prof. Miguel Reale⁶⁴, el gran jurista detrás del nuevo Código Civil de 2002, que la opción del legislador brasileño, en relación a las relaciones jurídicas privadas, fue la combinación del individual con el social, de manera complementaria, a través de la utilización de reglas o cláusulas abiertas propicias a soluciones equitativas y concretas

No difieren de esta comprensión los autores Pablo Stolze Gagliano y Rodolfo Pamplona Filho, para quien el Derecho Contractual brasileño, después de la Constitución Federal de 1988, pasó por un innegable proceso de “democratización jurídica”⁶⁵.

En este escenario, el artículo 421 del Código Civil⁶⁶ tiene un espacio especial, pues refleja ambos los movimientos que se iniciaron en 1988.

De hecho, en un primer momento, el artículo se refiere a la idea de constitucionalización, ya que, al mencionar el carácter “social” del contrato, reproduce el ideal de solidaridad que inspira el Texto Mayor. De otro lado, al imponer de manera obligatoria que la libertad

⁶³ A publicização do Direito Privado e a privatização do Direito Público [Fecha de consulta: 14 de agosto de 2019]. <https://jus.com.br/artigos/35120/a-publicizacao-do-direito-privado-e-privatizacao-do-direito-publico>

⁶⁴ REALE, Miguel. *Função social do contrato*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm> [Fecha de consulta: 18/8/19]

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4. p. 50.

⁶⁶ “La libertad de contratar se ejercerá en razón y de acuerdo con los límites de la función social del contrato, observado el dispuesto en la Declaración de Derechos de la Libertad Económica.”

contractual “será” ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato, admite clara intervención del Estado en los negocios privados.

Aún más, este nuevo artículo 421⁶⁷ demuestra la imprescindible conjugación entre la libertad contractual y el principio de solidaridad (art. 3º, I, de la Constitución Federal), una de las bases del ambientalismo constitucional brasileño. De este modo, confronta la concepción clásica de la libertad contractual, expresa en la idea de que los contratistas podrían hacer todo, pues estarían en el ejercicio de su autonomía privada.

Así, necesario decir que mismo la inserción de las cláusulas condicionantes de sostenibilidad en los contratos no interfiere en la libertad de los contratistas. Eso porque, los intereses de las partes contratistas y de eventuales interesados dejan de servir como único criterio para el establecimiento de un contrato.

Al abordar el tema de la función social del contrato, Netto aclara que la invocación de la función social sirve como límite a la autonomía privada, límite a la libertad de negociar intereses privados. Una de las ideas por detrás de la invocación de la función social o cualquier otra expresión, en los actos negociales, es afirmar que los negocios jurídicos, además de declaraciones de voluntades, son declaraciones de voluntades permitidas, o en conformidad con el sistema jurídico⁶⁸.

Concluye el autor diciendo que es imprescindible oponer los contratos en contra los intereses de los contratistas. O sea, “es posible que los contratos puedan cumplir a los designios privados de los contratistas, pero provoquen ofensa a los intereses meta individuales – colectivos o difusos. Basta suponer la realización de pactos que afectan el Medio Ambiente, los derechos de los consumidores o la libre competencia. En estos casos, la sociedad podrá intervenir sobre las cláusulas contractuales ofensivas de los derechos fundamentales”.

⁶⁷ El actual Código Civil (Ley nº 10.406/2002) entró en vigor en enero de 2003, después de más de 80 años del anterior Código Civil (Ley nº 3.071/1916)

⁶⁸ NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de Direito Civil - Volume Único*. São Paulo: Editora Juspodium, 2018.

Por lo tanto, actualmente esta libertad contractual encuentra límites en el bienestar del colectivo y, especialmente, en la preservación del Medio Ambiente y en el uso racional de los recursos naturales. Además, en este caso no se olvide del párrafo único del artículo 2035 del Código Civil, regla de transición que establece que los actos jurídicos, mismo los que fueron firmados bajo el Código derogado, no prevalecerán, si van en contra de los preceptos de orden público, como la función social del contrato.

Aun analizando la posibilidad de violación del derecho de las partes contratistas, en razón del artículo 421 del nuevo Código Civil, el *Superior Tribunal de Justiça*⁶⁹ ha establecido que “la función social del contrato (...) no elimina el principio de autonomía contractual, pero atenúa o reduce el alcance de este principio, cuando están presentes intereses difusos o intereses individuales relativo a la dignidad de la persona humana”⁷⁰.

Profundizando un poco más este debate, Ana Luci Limonta Esteves Grizzi⁷¹ dice que, al revés de “considerarse la intención de las partes y la satisfacción de sus intereses, el contrato debe ser visto como un instrumento de vida social y de preservación de los intereses del colectivo, donde encuentra su razón de ser y donde saca su fuerza, pues el contrato presupone el orden estatal para darle eficacia”.

De acuerdo con Nelson Rosenvald, en uno de los más importantes análisis hecho sobre el nuevo Código Civil⁷², se puede decir que existen dos funciones sociales en el contrato: la función interna y la función externa.

La función interna se refiere a la indispensable relación de cooperación entre los contratistas, por toda la vida de la relación. A final, el objetivo de los contratistas es lo mismo: el cumplimiento, de la manera más favorable para al acreedor y menos onerosa al deudor.

⁶⁹ El Tribunal es responsable por la uniformización de la legislación federal en Brasil

⁷⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Enunciados aprovados: I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/RevJorCJF/article/view/3769/3889> [Fecha de consulta: 18/8/2019]

⁷¹ GRIZZI, Ana Luci Limonta Esteves. *Direito ambiental aplicado aos contratos*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2008. p. 60

⁷² ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência*. Org. Ministro Cezar Peluso. Barueri: Editora Manole, 2007, págs. 311-16

A respeto de la llamada función social externa, advierte Rosenvald que, en el momento actual, es inconcebible creer en una relación contractual *res inter alios acta* (o sea, que solo implica a los contratistas, pero no a los terceros). Los buenos y malos contratos tienen repercusión social, promueven la confianza en las relaciones sociales. Ya los contratos contaminados por cláusulas abusivas resultan en falta de prestigio a los fundamentos de buena fe y ruptura de la solidaridad social.

De esta manera, se demuestra que la función social del contrato es producto de un nuevo orden constitucional, reflejo del Estado de Derecho Socioambiental. Por eso, todo contrato cuyo objeto involucrar la utilización de recursos naturales o tenga la aptitud de causar impactos ambientales, está obligado a contener cláusulas que garantizan el derecho del colectivo al Medio Ambiente ecológicamente equilibrado.

En el Capítulo 7 de este trabajo, están expuestos los argumentos por los cuales si entiende que la inserción de las cláusulas condicionantes de sostenibilidad en los contratos privados no es solo un acto voluntario, pero también una obligación, que ha sido impuesta por la Constitución y regulada por la legislación infra constitucional.

6. La evolución del pensamiento hacia la Economía Ambiental

Desde la Revolución Industrial y principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, la preocupación prioritaria de la Economía fue el fomento del crecimiento económico, con énfasis en los procesos de producción y consumo del mercado. En este escenario, los recursos naturales no eran más que materia prima para la industria manufacturera.

Adam Smith, en la calidad de exponente de la Escuela Clásica de Economía, no presentaba ninguna preocupación con los límites de los recursos naturales o de la tierra para satisfacer las necesidades humanas. Por el contrario, creía en la existencia de gran cantidad de tierra disponible, suficiente para servir a la población⁷³.

⁷³ LABANDEIRA et al. *op. cit.*, p. 5

Uno de los primeros autores que expresó su preocupación con las limitaciones de los recursos naturales fue el economista británico Thomas Malthus⁷⁴. En 1798 Malthus estableció la relación entre el crecimiento de la población y el aumento de la pobreza. Asumió que siendo fija la oferta de tierra, habría una proyección pesimista para el futuro de la humanidad, lo que conllevaría a la escasez de alimentos.

El paisano William Stanley Jevons, uno de los fundadores de la Economía Neoclásica, ha expuesto su preocupación con la gestión de los recursos naturales en 1865, cuando abordó en su obra⁷⁵ el problema del agotamiento del carbón, la principal fuente de energía de la época.

En 1890, Alfred Marshall⁷⁶ introdujo el concepto de economías externas, para referirse a los beneficios que reciben los productores sin ninguna contraprestación monetaria. Más tarde, en el año de 1920, Arthur Cecil Pigou⁷⁷ resaltó el carácter posiblemente negativo de estas externalidades, utilizando el ejemplo de los pastos dañados por las cenizas de carbón emitidas por los ferrocarriles.

En el año de 1931, Harold Hotelling⁷⁸ estableció la llamada microeconomía de los recursos naturales, al fijar la regla que preside todo el análisis de la gestión de los recursos naturales, o sea, para que la extracción se justifique, el precio del recurso menos el coste de extracción debe aumentar con el tipo de interés.

Todo el proceso de asimilación del tema ambiental por la Economía, paralelo al nacimiento de los movimientos ambientalistas en los países desarrollados y principalmente tras las sucesivas crisis de los precios del petróleo, los impactos de la industrialización sobre la naturaleza y sobre la salud de las personas y también el crecimiento descontrolado de la población, han contribuido a la consolidación de la

⁷⁴ Ensayo sobre el Principio de la Población, publicado en 1798

⁷⁵ La cuestión del carbón: una investigación sobre el Progreso de la Nación y la probable extinción de las Minas

⁷⁶ MARSHALL, A. *Principles of Economics*, McMillan, Londres

⁷⁷ PIGOU, A. *Income*. McMillan, Londres

⁷⁸ HOTELLING, H. *The economics of exhaustible resources*. Journal of Political Economy, 39, 137-75

Economía Ambiental, un sistema abierto que adopta los principios de la microeconomía en el análisis de las relaciones con el Medio Ambiente.

Como explica Robert Constanza⁷⁹, “La Economía Ecológica, como un nuevo agrupamiento de economistas y ecologistas preocupados, no está atada a las tradiciones históricas de la economía neoclásica. Usa la estructura de la economía neoclásica pero no se ve obligada a usar únicamente esta estructura, y tampoco se siente obligada por el punto de vista mundial, las políticas, o las culturas como lo estaban los ecologistas del pasado.”

De acuerdo con Martínez Allier⁸⁰, la Economía Ecológica, además de presentar una crítica a la economía convencional, aporta instrumentos propios para explicar y juzgar el impacto humano sobre el Medio Ambiente. En esta línea, no se olvide que la Economía es una ciencia social y, como tal, analiza el comportamiento de variables - como por ejemplo el agotamiento de los recursos naturales y la contaminación del Medio Ambiente - que pueden influir en el bienestar de los individuos que conforman las sociedades.

En el contexto de una nueva Economía, llamada Economía Ambiental, dos grandes temas tienen un espacio especial en el debate, porque representan casos de fallos de mercado⁸¹: son las externalidades y los bienes de propiedad común.

De hecho, en los dos casos, surge el problema de la asignación ineficiente de los recursos por el mercado. Ante las externalidades y los bienes de propiedad común (o bienes comunales), el libre funcionamiento del mercado no garantiza la obtención del máximo bienestar, por lo que no se cumple el primer teorema de la economía del bienestar⁸². Y

⁷⁹ CONSTANZA, R. *Introduction to ecological economics*. Wiley, Nueva York

⁸⁰ MARTÍNEZ ALLIER, J. (1999): *Introducción a la Economía Ecológica* Ed. Rubes, Madrid.

⁸¹ Según Labandeira *et al*, los fallos de mercado son el principal obstáculo para alcanzar el desarrollo sostenible.

⁸² De acuerdo con el Primero Teorema de Pareto, los precios constituyen la variable económica fundamental que resume el proceso del funcionamiento del mercado y sirven de señal de la escasez de la oferta y de los deseos de los consumidores. Así, transmiten la información entre la demanda y la oferta, proporcionando condiciones para que los agentes económicos reaccionen ante estas señales. En definitiva, la ineficiencia se debe a que existen relaciones entre los agentes que no están adecuadamente valoradas, es decir, no pasan por el mercado, y toda asignación

así hay una falla del mercado. En el caso de las externalidades, no se consideran todos los costes ambientales. Ya en relación a los bienes comunales, no son considerados todos los beneficios.

Las externalidades son las interacciones que surgen entre consumidores y/o productores en el uso de los bienes que proporciona el Medio Ambiente. Ocurre cuando las funciones de producción y/o de utilidad de los agentes económicos dependen de las decisiones tomadas por otros agentes sin que medie contraprestación económica. Es el caso de la satisfacción por el uso de un bien ambiental que pertenece a toda la sociedad (externalidad positiva) o del empeoramiento de la calidad del aire de la población por una fábrica (externalidad negativa).

De acuerdo con Motta⁸³, “cuando no se pagan los costes de degradación ecológica por quienes los generan, estos costes son externalidades para el sistema económico.”

Pigou ha presentado propuestas para corrección de las externalidades, diciendo que el gobierno podría intervenir con el objetivo de incrementar el bienestar de la población, en la medida que la economía de libre mercado no funciona bien en este contexto. Así, sugirió el uso de subsidios, impuestos y legislación como los tres instrumentos de política que serían útiles para lograr el uso racional de los recursos naturales, su ahorro y la protección de la calidad ambiental.

El impuesto pigouviano es el tributo que debe aplicarse a la actividad del mercado que genera externalidades negativas. Así, a través de este cargo, se intenta hacer con que el coste social de una actividad del mercado esté cubierto por su coste privado.

A su vez, el subsidio pigouviano debe utilizarse en la hipótesis de externalidades positivas, como en el caso de las personas que reciben un beneficio, pero no pagan por eso. La intención de este subsidio es fomentar la producción de las empresas y el consumo

eficiente requiere necesariamente que cada agente se enfrente con los precios correctos de sus acciones

⁸³ MOTTA, Ronaldo Seroa da. *Manual para valoração econômica de recursos naturais*. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 1998.

de los consumidores, estableciendo un equilibrio entre el coste privado de producción y el valor social del bien o servicio.

En la década de 1960 Ronald Coase⁸⁴ contestó Pigou, cuando propuso un nuevo paradigma en la gestión de los problemas ambientales, poniendo el énfasis en la negociación vía mercado de las partes interesadas, pues, según él, la causa elemental de los problemas ambientales se ubica en la indefinición de los derechos de propiedad, siendo innecesaria la intervención a través de legislación o de incentivos.

Sin embargo, el Teorema de Coase también ha sido motivo de críticas. A final, como afirman los expertos⁸⁵, para que se cumpla el teorema de Coase es necesaria la negociación, lo que resulta poco probable ante el gran número de afectados, o cuando hay más de dos partes implicadas. Añaden también que la negociación requiere un conocimiento perfecto de las funciones de beneficios y costes, lo cual es poco probable en situaciones de incertidumbre.

De acuerdo con la doctrina⁸⁶, una solución alternativa a la negociación entre las partes consiste en que los agentes causantes de las externalidades tengan en cuenta el efecto de sus acciones sobre los otros agentes en el momento de planificar las decisiones de producción y/o de consumo, generando la llamada internalización de las externalidades.

Por su parte, los bienes comunales también pueden traer una hipótesis especial de falla, donde no se maximizan los beneficios para la sociedad. Eso ocurre porque no hay una definición de uso y/o explotación de los bienes de propiedad común, los cuales son compartidos por muchos individuos, sin limitación.

⁸⁴ COASE, R. *The problem of social cost*. The Journal of Law and Economics, Oc.

⁸⁵ BUCHANAN, J. M. *Cooperation and conflict in public goods interaction*, Western Economic Journal, 109-21; KNEESE, A. V. *Environmental pollution economics and policy*, American Economic Review, 61, 153-6; LERNER, A. P. *Priorities and efficiency*, American Economic Review, 61, 517-30.

⁸⁶ LABANDEIRA et al. *Op. cit.*, p. 104

En este contexto, no se olvide que el perfecto funcionamiento del mercado depende que todos los bienes sean recogidos en las transacciones económicas⁸⁷. Así, para que el mercado pueda conducir a la maximización del bienestar colectivo, alcanzando el óptimo social, se deben cumplir algunos requisitos. Entre tales requisitos, se encuentra precisamente la buena definición de los derechos de propiedad, pues sólo de esta manera los agentes pueden realizar libremente intercambios para toda transacción potencial o de contingencia.

Por lo tanto, cuando los mercados son incompletos, porque los derechos de propiedad no están bien definidos para algunos bienes y servicios, lo que ocurre con los bienes ambientales, pues no está claro a quién pertenece la calidad ambiental, hay un fallo de mercado⁸⁸.

Eso nos lleva a la llamada “tragedia de los comunes”⁸⁹, situación en que los individuos actúan de manera independiente y racional, de acuerdo con sus propios intereses, aunque en contrariedad a los mejores intereses de la comunidad, agotando un recurso común. O sea, el libre acceso y la demanda sin restricciones de un recurso finito acaba por condenarlo estructuralmente en razón de su sobreexplotación.

Tal vez la propuesta más reciente para la solución del problema de los bienes comunes sea el establecimiento de los derechos de propiedad a través de las licencias comercializables, también llamadas de Cuotas Transferibles Individuales⁹⁰.

Originalmente se trata de una herramienta de gestión pesquera, que establece un sistema de cuotas de captura. Por lo tanto, de acuerdo con una evaluación inicial de stock, la autoridad pesquera determina anualmente la captura total permisible para cada especie comercial. Después, un porcentaje de esta captura total es asignada para cada pescador

⁸⁷ LABANDEIRA et al. *Op. cit.*, p. 86

⁸⁸ Situación en la cual la asignación de bienes y servicios en el mercado libre no es eficiente, lo que suele generar la pérdida del bienestar social

⁸⁹ No obstante, el concepto original se atribuya a William Forster Lloyd, fue Garrett Hardin que lo popularizó, en el ensayo *The Tragedy of the Commons*, de 1968.

⁹⁰ Del inglés, ITQs, o sea, *Individual Transferible Quotas*

y/o empresa, que la puede usar, disponer para venta o usar los rendimientos de la propiedad⁹¹.

En este escenario, los propietarios de las ITQs no logran explotar los recursos más allá de su cuota, ya que solo disponen de una parte del total y ni siquiera tienen interés en hacerlo, pues la preservación del stock total es la garantía de mantenimiento de todo el sistema.

Y además de las propuestas de los eruditos para la solución del problema de los fallos de mercado, también se supone que las personas privadas (principalmente las personas jurídicas) deben colaborar en la preservación y en el uso racional de los recursos naturales, en armonía con el concepto de desarrollo sostenible.

Eso porque las personas jurídicas, a pesar de representar el motor del mercado de bienes y servicios, generando renta, empleo y crecimiento económico, también son las responsables por los mayores impactos en el Medio Ambiente.

De ahí, no pueden quedarse exentas al deber de actuar activamente en la construcción de políticas y acciones que garantizan el derecho al Medio Ambiente sano para las presentes y futuras generaciones.

Como se pone de manifiesto en el siguiente tema, las cláusulas condicionantes de sostenibilidad representan un paso firme en esta dirección, por medio del cual las organizaciones pueden aplicar los conceptos de esta nueva Economía Ambiental.

⁹¹ SANTOS, Andréia Carla Lira dos. *Utilização das Quotas Individuais Transferíveis na Gestão Pesqueira Global: os casos do Banco Mundial e da Comissão Internacional para a conservação do atum no Atlântico*. [Fecha de consulta: 3 de agosto de 2019] <http://www.tede2.ufrpe.br:8080/tede2/handle/tede2/7125>

7. Las cláusulas condicionantes de sostenibilidad

De acuerdo con Freitas, la sostenibilidad es mandamiento constitucional, lo cual no puede reducirse a una figura retórica. Así, debe incidir en todas las provincias del sistema jurídico, de manera a cambiar sus presupuestos y convertirse en la más probable y expresiva fuente de innovación⁹².

En Brasil, seguro que no hay problema de ausencia de legislación medioambiental para cumplir el objetivo del desarrollo sostenible. Desde la Constitución y hasta las leyes infra constitucionales, son muchas las normas que tienen eficacia jurídica para tratar del tema.

En efecto, el artículo 225 de la Constitución Federal brasileña ha impuesto al Poder Público y al colectivo el deber de defensa y protección del Medio Ambiente. El artículo 170, VI, estableció la defensa del Medio Ambiente como principio que debe observarse en el *Ordem Econômica*. Por último, el artículo 3º impuso al Estado brasileño el objetivo de construir una sociedad libre, justa y solidaria.

Lo mismo ocurre en el nivel infra constitucional, donde se encuentra tanto una ley que establece una política medioambiental para todo el país (PNMA), leyes especiales sobre recursos hídricos, residuos sólidos, educación ambiental etc y una ley general – el Código Civil – que también contiene preceptos medioambientales.

Sin embargo, el mismo conjunto de preceptos constitucionales y legales no logra una aplicación plena, amplia y socialmente efectiva, al punto de causar una verdadera transformación en las relaciones en favor del Medio Ambiente.

Hablando de efectividad, pondera Fensterseifer que la protección ambiental se convierte en una de las bases éticas fundamentales de la sociedad contemporánea en su paseo de evolución, requiriendo, para el convivio armonioso entre todos los integrantes de la comunidad humana, la firma de un pacto socioambiental en relación a la protección de la Tierra, donde todos los actores sociales y estatales asuman sus responsabilidades y

⁹² FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade dos contratos administrativos*. [Fecha de consulta: 28 de junio de 2019] <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/132>

papeles en la construcción de una sociedad nacional y mundial ambientalmente saludable⁹³.

Por eso, tal vez el paso fundamental - y el más difícil - desde la toma de conciencia a respeto de la importancia de la preservación y conservación de los recursos naturales, pasando por el concepto de desarrollo sostenible, por el paradigma del Estado de Derecho Socioambiental y por la nueva Economía Ambiental, sea la efectivización de tales ideas y preceptos en la realidad social.

Siguiendo esta línea de pensamiento, tanto el Poder Público como los particulares pueden – y deben – hacer efectivos los derechos y objetivos de este nuevo modelo de Estado Socioambiental.

Daniel Iglesias Márquez dice que tanto los Estados como las empresas multinacionales (quienes han sido consideradas la columna vertebral de la economía global) adquieren la responsabilidad implícita de adoptar acciones y medidas necesarias para gestionar las externalidades negativas del actual modelo económico dominante⁹⁴.

De esta manera, ante el nuevo paradigma del Estado de Derecho Socioambiental, estos personajes deben asumir sus competencias. El Poder Público debe actuar como inductor del desarrollo sostenible – incluso en sus contratos públicos – y las empresas como socios en el alzado de sus estándares de producción y contrataciones, en una perspectiva sostenible.

Adquiriendo el *status* de derecho fundamental, el Medio Ambiente sigue siendo exigible ante el Poder Público. No obstante, deja de ser una responsabilidad exclusiva del Estado y pasa a una obligación de todos los integrantes del colectivo. Por lo tanto, bajo la premisa

⁹³ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁹⁴ MÁRQUEZ, Daniel Iglesias. *Empresas multinacionales y medio ambiente: el reto de la protección ambiental en la globalización económica*. [Fecha de consulta: 07 de julio de 2019]. <http://derechoambiental.serglo.es/uploadedFiles/derechoambiental.3xr4m/fileManager/0045.pdf>

de este axioma, los negocios jurídicos públicos y privados deben pasar por una relectura, para que sus objetivos estén alineados a los fines y valores mayores de la sostenibilidad.

7.1. Concepto y ejemplos

El ordenamiento jurídico brasileño no presentó el concepto de las cláusulas condicionantes de sostenibilidad. Por eso, no es posible encontrar ningún precepto legal o constitucional que contenga las principales características y el objetivo de tales cláusulas.

En este contexto, mientras se buscaba un concepto que pudiera traer una mejor delimitación del tema, se encontraron en Unión Europea y España importantes contribuciones.

En primer lugar, el artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁹⁵ establece que “las exigencias de 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 un desarrollo sostenible.”

De esta manera, se concluye que la protección medioambiental es un tema que debe permear las negociaciones comerciales realizadas en el seno de la Unión Europea.

En esta línea, surgieron algunas Directivas, que de manera directa o indirecta, demuestran una preocupación con la cuestión ambiental en las contrataciones. Es el caso de la derogada Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales⁹⁶ y de las vigentes Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública⁹⁷ y 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, de adjudicación de contratos de concesión⁹⁸.

⁹⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>

⁹⁶ <https://boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81001>

⁹⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=es>

⁹⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0023&from=EN>

De manera expresa, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público⁹⁹ y que transpone al ordenamiento jurídico español las dos últimas Directivas mencionadas arriba, establece en su artículo 202 que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato¹⁰⁰. En verdad impone de manera especial, el establecimiento en el pliego, de cláusulas administrativas particulares de índole económica, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

Así que el apartado 2 del artículo 202, hablando sobre las consideraciones de tipo medioambiental, presenta una lista ejemplar de condiciones que pueden constar de las cláusulas: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, una gestión más sostenible del agua, el fomento del uso de las energías renovables, la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la Junta de Andalucía¹⁰¹, aún bajo las disposiciones del TRLCSP¹⁰² – disposición derogada por la Ley 9/2017 – trajo el concepto de cláusulas sociales y medioambientales. En efecto, para la Junta andaluz cláusulas sociales y medioambientales son “aquellas estipulaciones que obligan a las empresas adjudicatarias de un contrato público a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a determinados objetivos de política social y medioambiental que se estiman de interés general.”

⁹⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>

¹⁰⁰ Las cláusulas deben estar vinculadas al objeto del contrato, deben ser compatibles con el derecho comunitario, deben constar del anuncio de licitación y en los pliegos y no pueden ser discriminatorias

¹⁰¹ Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía. [Fecha de consulta: 8 de agosto de 2019] https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/GUIA_CSM.pdf

¹⁰² Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-17887>

Finalmente, en nivel municipal, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz¹⁰³, en País Vasco, se encuentra la siguiente definición de cláusulas ambientales: “aquellas disposiciones que tienen que ver con criterios de carácter ambiental, con el objetivo de reducir el impacto, desde la perspectiva del ciclo de vida, sobre el medio ambiente, la salud y la calidad de vida, de los productos, servicios y obras comprados y contratados por las administraciones públicas y, por tanto, incluidas en los procesos y documentos de contratación.”

Resulta curioso que, a pesar de la ausencia de un concepto sobre cláusulas condicionantes de sostenibilidad en el Derecho brasileño, muchas empresas nacionales y multinacionales, de distintos sectores económicos, han insertado esas cláusulas en sus contratos privados.

De hecho, como ejemplo se pueden mencionar los casos de la industria automovilística “Volkswagen do Brasil”, de la cerámica “Portobello S.A.” y de la institución financiera “Santander Brasil S.A.”, todas empresas destacadas en sus ramas de actuación.

En el caso de Volkswagen do Brasil, se trata de la primera empresa automovilística brasileña que asumió el compromiso público de exigir de sus proveedores conductas de bienestar social y de preservación ambiental. Además, la empresa firmó el documento “Condiciones especiales de compra para el suministro sostenible” y “Condiciones de Sostenibilidad”, los cuales establecen normas de sostenibilidad que deben ser respetadas por todas las empresas de su cadena de suministro y también por las instituciones financieras y aseguradoras con quién mantienen relaciones¹⁰⁴.

La empresa cerámica Portobello¹⁰⁵ declara que todos los contratos con sus proveedores contienen cláusula de responsabilidad ambiental, lo cual establece el compromiso con la protección del Medio Ambiente.

¹⁰³ Instrucción para la contratación socialmente responsable y sostenible del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.<https://www.vitoria-gasteiz.org/docs/wb021/contenidosEstaticos/adjuntos/es/30/24/63024.pdf>

¹⁰⁴<http://vwbr.com.br/ImprensaVW/page/Compromisso-Publico-de-Sustentabilidade-de-Fornecedores.aspx>

¹⁰⁵ <http://www.portobello.com.br/sustentabilidade/responsabilidade-ambiental/>

Por último, la institución financiera española Santander¹⁰⁶ declara que gestiona los riesgos ambientales relacionados con sus operaciones empresariales de acuerdo con las directrices de la Política de Riesgo Socioambiental PJ y de la Política de Riesgo Socioambiental del sector de Defensa (fabricación de armas, municiones, equipos militares y vehículos militares), incluso con el uso de cláusulas relativas a prerequisites socioambientales en los contratos, de acuerdo con los preceptos de la norma SARB¹⁰⁷ n° 14, de 28 de agosto de 2014, emitida por la FEBRABAN¹⁰⁸.

Como señala Grizzi¹⁰⁹, es imprescindible que las partes conozcan todos los riesgos ambientales involucrados antes de la formalización del contrato y sepan cuales actitudes podrán adoptar para evitar daños al Medio Ambiente. En esta línea, afirma que las cláusulas ambientales se podrán insertar en los contratos como forma de cumplimiento de la legislación ambiental, como en el caso de la comercialización de productos inflamables, donde podrán establecerse condiciones especiales en relación a su transporte y almacenaje, pues la fuga del producto puede implicar daños al Medio Ambiente.

Por lo tanto, después de un breve análisis sobre la importancia del tema de la sostenibilidad en el ámbito de la Unión Europea y también sobre las condiciones especiales de contratación en el ordenamiento jurídico español – lo que incluye la utilización de las llamadas cláusulas de sostenibilidad – resulta posible presentar un concepto para el Derecho brasileño.

De esta manera, cláusula condicionante de sostenibilidad sería la estipulación insertada en el contrato con el objetivo de imponer a los contratistas el deber de observar condiciones y/o metas vinculados a la protección del Medio Ambiente y la utilización racional de los recursos naturales.

¹⁰⁶ https://cms.santander.com.br/sites/WPS/documentos/institucional-santander-fale-conosco-prsa-externa/17-12-05_114535_prsa_externa+2016-11.pdf

¹⁰⁷ Sistema de Autorregulación Bancaria

¹⁰⁸ La Federación Brasileña de los Bancos es una entidad privada y la principal representante del sector bancario

¹⁰⁹ GRIZZI, Op. cit. p. 60

A través de estas cláusulas, por ejemplo, se podría exigir de las partes la certificación forestal de la madera utilizada en la fabricación de los muebles. O, en un proyecto de arquitectura, la prioridad para la iluminación natural, como alternativa al uso de la luz artificial. O, finalmente, la obligación del proveedor utilizar bienes reciclables en la prestación de los servicios.

Además, cabe señalar que las cláusulas condicionantes de sostenibilidad no constituyen una relación exhaustiva de hipótesis (*numerus clausus*). En verdad, están abiertas a todo y cualquier formato, desde que logren atender a los anhelos del desarrollo sostenible.

7.2. Las cláusulas en el Derecho Público

Como expuesto en el tema 7.1, no existe un concepto presentado por ninguna ley brasileña sobre las cláusulas de sostenibilidad. Sin embargo, eso no significa un vacío absoluto en la legislación, pues, como quedará demostrado, tanto el Derecho Público como el Derecho Privado contienen preceptos que permiten la utilización inmediata de las cláusulas en los contratos.

En el ámbito del Derecho Público, cabe señalar, desde el principio, que el proceso de licitación y contratación pública debe ser visto bajo la perspectiva del desarrollo sostenible, lo que importa superar el paradigma tradicionalmente inculcado y preservado de que no es posible incorporar en el anuncio de licitación requisitos y elementos además de los necesarios para la descripción del objeto del contrato.

Eso porque, en este momento histórico, la contratación pública busca otros valores constitucionales, además de la economicidad estricta. Es decir, las licitaciones y contratos deben inducir patrones sostenibles de producción y consumo, fomentar el uso racional de los recursos naturales y estimular el uso de tecnologías más eficientes, lo que resulta posible a través de las cláusulas condicionantes de sostenibilidad.

En este escenario, la Ley n° 8.666/93¹¹⁰, que establece normas para licitaciones y contratos de la Administración Pública, es un ejemplo claro de este proceso de evolución en dirección a las licitaciones sostenibles y, en consecuencia, a la adopción de las cláusulas de sostenibilidad.

De hecho, en el momento de la sanción de la Ley n° 8666, el 21 de junio de 1993, el artículo 3° decía que la licitación se destinaba a garantizar la observancia del principio constitucional de la isonomía y seleccionar la oferta más ventajosa para la Administración.

Según el cambio establecido por la *Medida Provisoria*¹¹¹ n° 495, de 2010, el artículo 3° de la Ley n° 8666 se amplió, siendo que además de la observancia del principio constitucional de la isonomía, la licitación pasó a seleccionar la oferta más ventajosa para la Administración y promover el desarrollo sostenible¹¹².

Finalmente, también en 2010, con la conversión de la *Medida Provisoria* n° 495 en la Ley 12.349, se adoptó la redacción más consistente con la Constitución Federal, pues además de perseguir la oferta más ventajosa para la administración, el Poder Público pasó a buscar también la promoción del desarrollo nacional sostenible¹¹³.

Los criterios y prácticas para promoción del desarrollo nacional sostenible en las contrataciones públicas se establecieron por el artículo 4° del Decreto n° 7.746/12¹¹⁴. Así, para la adquisición de bienes y contratación de servicios y obras, la Administración Pública brasileña puede llevar en consideración: I) lo menor impacto sobre los recursos naturales, como la flora, la fauna, el aire, el suelo y el agua; II) preferencia por materiales, tecnologías y materias primas de origen local; III) la mayor eficiencia en el uso de

¹¹⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm#art3. Lei n° 8.666/1993, de 21 de junio. Diário Oficial da União (22 de junio de 1993), seção 1, págs. 1-13

¹¹¹ La *Medida Provisoria* es un acto derivado del Poder Ejecutivo y que tiene fuerza de ley. Sin embargo, necesita de la aprobación del Poder Legislativo para que pueda subsistir en el ordenamiento jurídico (art. 62 de la Constitución Federal)

¹¹² No hay destaque en el texto original

¹¹³ No hay destaque en el texto original

¹¹⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm

recursos naturales, como el agua y la energía; IV) la mayor generación de empleos, de preferencia con mano de obra local; V) la mayor vida útil y el menor coste de mantenimiento del bien y de la obra; VI) el uso de innovaciones que reduzcan la presión sobre los recursos naturales; VII) origen ambientalmente regular de los recursos naturales utilizados en los bienes, en los servicios y en las obras y VIII) el uso de productos madereros y no madereros procedentes del manejo forestal sostenible o reforestación¹¹⁵.

En este nuevo contexto de licitaciones públicas sostenibles, la primera característica que surge es que la obligación del Estado tiene origen en la ley. De esta manera, la contratación pública sostenible no es una mera opción política o simple conveniencia. Ahora, de manera irrenunciable, el contrato público necesita cumplir funciones económicas, sociales y ambientales, bajo la pena de violación del precepto constitucional.

Este formato trae seguridad al modelo constitucional de desarrollo económico y se encuentra en perfecta armonía con la doctrina administrativa, pues como se sabe, el Estado sólo puede hacer - y debe hacer - lo que está permitido por la ley.

En segundo lugar, al tratar de manera detallada los criterios y prácticas para la promoción del desarrollo económico sostenible, la ley logró descartar cualquier cuestionamiento a respeto de la violación del principio de isonomía, pues el tratamiento diferente se establece en razón de un bien difuso.

En tercero y último lugar, tal vez la mayor transformación ocurrida en las licitaciones y contratos públicos se encuentre en el precio del bien, servicio u obra. De acuerdo con la enseñanza de Freitas¹¹⁶, la oferta más ventajosa en las licitaciones y contrataciones administrativas será la cual, entre otros aspectos, presentarse como aquella con más aptitud de causar, directa o indirectamente, el menor impacto negativo y, simultáneamente, los mayores beneficios económicos, sociales y ambientales. O sea,

¹¹⁵ Decreto nº 7.746/12, de 5 de junio. Diário Oficial da União (6 de junio de 2012), seção 1, pág. 9

¹¹⁶ FREITAS, Juarez. *Licitações públicas sustentáveis: dever constitucional e legal*. [Fecha de consulta: 08 de julio de 2019] http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11516/2/Licitacoes_Publicas_Sustentaveis_daver_constitucional_e_legal.pdf

además de la menor oferta, se debe buscar la mejor oferta, donde los beneficios globales deben exceder los costes directos e indirectos de los bienes adquiridos o de los servicios contratados. Hasta porque, bajo el prisma de la sostenibilidad, lo menor precio inmediato se puede revelar lo peor precio a mediano y largo plazo.

En conclusión, la promoción del desarrollo nacional sostenible significa el uso de las cláusulas condicionantes de sostenibilidad en los contratos públicos.

7.3. Las cláusulas en el Derecho Privado

Como se puso de manifiesto en el tema anterior, aunque el Derecho Público no tenga un concepto de cláusula de sostenibilidad, la descripción de los criterios y prácticas para adopción del “desarrollo nacional sostenible” por el Decreto n° 7746/12 ha permitido su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico, además de contribuir a una innegable conciencia de su obligatoriedad en los contratos públicos.

No obstante, el escenario se muestra mucho más delicado en el Derecho Privado en comparación con el Derecho Público. Pero no exactamente por la ausencia de un precepto que contenga el concepto o los criterios para caracterizar las cláusulas. En realidad, porque todavía no se ha dado cuenta de la eficacia social que poseen determinados preceptos legales sobre las relaciones contractuales establecidas entre particulares.

En efecto, a pesar de la ausencia del concepto de cláusulas de sostenibilidad o criterios para aplicación del “desarrollo nacional sostenible” en el Derecho Privado, sería posible rellenar esta omisión a través de la analogía con el Decreto n° 7746/12. Por lo tanto, esta laguna jurídica no podría utilizarse como excusa para la no adopción de las cláusulas en el Derecho Privado.

De esta forma, el problema se ubica en la falta de reconocimiento que el ordenamiento jurídico ya obliga la inserción de las cláusulas condicionantes de sostenibilidad en los contratos entre los particulares.

De hecho, desde 1981, cuando se aprobó la Ley 6938 y el Estado recibió la tarea de presentar una política ambiental nacional, ya existía la obligación de compatibilizar el desarrollo económico-social con la preservación de la calidad del Medio Ambiente y del equilibrio ecológico (artigo 4º, I).

Así, desde hace tres décadas, el ordenamiento jurídico nacional ya tenía una directriz, la cual, para alcanzarse, necesitaba pasar por la limitación y por el condicionamiento de la actividad de los agentes económicos en el mercado. A final, la historia ya demostró que el crecimiento económico sin frenos es incompatible con la preservación ambiental.

Además, los medios para efectivización de este condicionamiento y/o limitación estaban en la misma Ley 6938, que en su artículo 9º, ha traído los llamados instrumentos de la PNMA. De esta manera, dentro de los límites de este trabajo, pueden mencionarse: el establecimiento de patrones de calidad ambiental (apartado I), la evaluación de los impactos ambientales (apartado III), la revisión de actividades efectiva o potencialmente contaminantes (apartado IV) y los incentivos a la producción e instalación de equipos y creación o absorción de tecnología, dirigida a mejorar la calidad ambiental (apartado V).

Por lo tanto, si el Estado tenía el papel de organizar una política ambiental para todo el país, según aquello que a partir de 1987 se llamaría “desarrollo sostenible”, es incuestionable que tal objetivo sólo se alcanzaría caso involucrase también los agentes económicos, pues estos son los verdaderos generadores de riqueza y los grandes consumidores de recursos naturales.

Ocurre que, a pesar del carácter de vanguardia de la Ley 6938, no es posible destacar en este periodo ninguna medida que haya impactado de manera significativa las relaciones particulares. Incluso porque, a principios de los años 1980, Brasil no vivía más un período de ascenso¹¹⁷. Por el contrario, pasaba por una crisis económica, con el regreso de la inflación, bajo crecimiento del PIB (Producto Interno Bruto) y aumento de la desigualdad social. De esta forma, las preocupaciones sociales y económicas no involucraban la cuestión ambiental.

¹¹⁷ Entre los años 1968 y 1973, bajo el régimen militar, Brasil vivió un período de caída de la inflación, inversiones extranjeras y creación de empleos.

Por eso, en estos primeros años de la década de 1980, aunque gozara de eficacia jurídica, la PNMA no tuvo eficacia social.

Así, solo después de la promulgación de la Constitución Federal en 1988, la primera tras la dictadura militar¹¹⁸, que el tema ha ganado nuevo vigor, desde el momento en que el Medio Ambiente adquirió el *status* de derecho fundamental.

En este escenario se destacan dos importantes consecuencias. La primera de ellas, es el reconocimiento jurídico que la Ley 6938, que se aprobó 7 años antes de la Constitución Federal, es constitucional y, por eso, fue recibida¹¹⁹ por el ordenamiento jurídico. De esta manera, prevalecen los objetivos, principios e instrumentos de la PNMA. La segunda de ellas, es que el artículo 225 de la Constitución dejó patente que no sólo el Estado, pero también los particulares, se obligaron a defender y proteger el Medio Ambiente. De esta forma, debe buscarse la compatibilización entre el desarrollo económico-social y la protección ambiental, a través de la conjugación de esfuerzos del Estado y de los particulares.

Y además de estas consecuencias, no se olvide la importancia y el impacto provocados por el artículo 225 en el escenario jurídico brasileño. A final, el precepto se ubica en la cumbre del sistema jurídico y, por eso, tiene la capacidad de irradiar y someter todas las normas infra constitucionales.

Finalmente, con la promulgación del nuevo Código Civil, en 2002, se completa la tríada de preceptos (PNMA, Constitución Federal y CC) que dan subsidio a la utilización obligatoria de las cláusulas de sostenibilidad en los contratos privados.

De hecho, como se demostró en el tema 5.1.3, tras la constitucionalización del Derecho Privado, la libertad de los contratistas sufrió una limitación. Pero no para restringirles los

¹¹⁸ La redemocratización del país ocurrió en 1985, cuando tras las elecciones indirectas fue escogido el primero presidente civil después de 20 años de dictadura militar

¹¹⁹ *Recepção* es el proceso abreviado de creación de normas jurídicas, por el cual la nueva Constitución adopta las leyes que ya existen, si compatibles. De esta manera, les otorga validez y evita el trabajo de elaborar de nuevo toda legislación infra constitucional.

derechos, más sí para que los mismos pudieran ejercerse de acuerdo con valores mayores, entre los cuales el desarrollo sostenible.

Por eso, detalladamente, puede decirse que la obligatoriedad de las cláusulas condicionantes de sostenibilidad en los contratos privados, impuesta por el artículo 421 del CC, cumple con el dispuesto en el artículo 225 de la Constitución, que establece al colectivo el deber de proteger y defender el Medio Ambiente, atende al objetivo propuesto por la PNMA, en el sentido de la compatibilización entre el desarrollo económico y la protección ambiental y, por último, se armoniza a los anhelos de un Estado Socioambiental, que ve la temática ambiental de manera transversal, produciendo efectos en todos los sectores, sea el público o privado.

Además de eso, la conclusión por la obligatoriedad de las cláusulas de sostenibilidad en los contratos privados, no significa al fin y al cabo otra cosa sino la aplicación de la interpretación sistemática¹²⁰ a la ordenanza jurídica nacional. De hecho, según la interpretación sistemática, la norma jurídica no se puede verla de manera aislada, pero sí de manera ordenada y sincrónica, pues el Derecho existe como un sistema.

Por eso, las cláusulas de sostenibilidad en los contratos privados deben verse como una consecuencia lógica de un sistema que impone un desarrollo económico armonioso con el Medio Ambiente y que llama tanto al Estado como al colectivo para cumplir este deber.

De esta manera, la inclusión de las cláusulas en los contratos cuyo objeto implique el uso de recursos naturales o pueda, de cualquier manera, causar daño al Medio Ambiente, no se encuentra en el ámbito discrecional de los contratistas. Es decir, sobre ellas no recae ningún juicio en el sentido de la conveniencia u oportunidad de su inserción en los contratos. Al revés, deben de manera obligatoria integrar el contrato, pues atienden a los intereses mayores del desarrollo sostenible.

¹²⁰ El jurista Carlos Maximiliano dice que el proceso sistemático consiste en la comparación entre el precepto que se analiza, con otros del mismo repositorio o de leyes diversas, pero que se refieren al mismo objeto. *In* MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2011. p. 100

Considerando que en el Derecho Público ya se aplican las cláusulas de sostenibilidad a través del llamado “desarrollo nacional sostenible”, con mucha más razón lo mismo debe ocurrir en el Derecho Privado, pues la idea del desarrollo sostenible se encuentra atada de manera inseparable del modelo contemporáneo de producción. Y las personas privadas – sobre todo las personas jurídicas – desempeñan el papel principal en el mercado de bienes y servicios. En otras palabras, lo ideal del desarrollo económico, respetuoso al Medio Ambiente y atento a los derechos humanos, no se materializa sin la participación de los particulares.

7.4. Responsabilidad Social Corporativa

Medina aclara que “la competencia entre las empresas ejerce sobre éstas una presión cada vez más fuerte. La gestión de los impactos sociales, éticos y ambientales asociados a la actuación de las empresas se está convirtiendo en un verdadero imperativo, de manera que la imagen ambiental de una compañía es un valor o una carga que evalúan inversores, aseguradoras, clientes, proveedores y consumidores en general”¹²¹.

El propio Michael Porter, renombrado profesor de *Harvard Business School*, que había defendido que la reglamentación ambiental podría traer más costes para las organizaciones, generando un aspecto perjudicial en su ventaja competitiva, defiende ahora que la necesidad de adecuación ambiental debe impulsar innovaciones que lleven a la mayor competencia de las empresas¹²².

De hecho, tras *The Global Competitiveness Report*, Porter y Dan Esty, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, han declarado que la investigación reveló que no existe ninguna evidencia de que una calidad ambiental más alta compromete el progreso económico. Según los autores, el desempeño ambiental se encuentra positiva y altamente relacionado con PBI *per capita*. Así, la evidencia preliminar sugiere que los países con

¹²¹ MEDINA, Luis López de. *La empresa, el medio ambiente y la responsabilidad social* [Fecha de consulta; 25 de junio de 2019] http://www.usc.es/econo/RGE/Vol%2011_2/Castelan/op4.pdf

¹²² PORTER, Michael; VAN DER LINDE, Claas. *Verde e competitivo: acabando com o impasse*. In: Porter, M. *Competição: estratégias competitivas essenciais*. Rio de Janeiro: Campus, 1999

reglamentos ambientales más estrictos que los esperados, el nivel de PBI *per capita* goza de un crecimiento económico más rápido¹²³.

En este escenario, la RSC (Responsabilidad Social Corporativa) surge como más un argumento favorable a la inclusión de las cláusulas condicionantes de sostenibilidad en los contratos.

De acuerdo con la Norma ISO 26000, la RSC se expresa por el deseo y por el propósito de las organizaciones incorporar consideraciones ambientales en sus procesos de decisión y también a responsabilizarse por los impactos de sus decisiones y actividades en la sociedad y en el Medio Ambiente. Eso implica un comportamiento ético y transparente que contribuye para el desarrollo sostenible, que esté en conformidad con las leyes aplicables y sea consistente con las normas internacionales de comportamiento. También implica que la responsabilidad social esté involucrada en toda la organización, sea practicada en sus relaciones y lleve en cuenta los intereses de las partes interesadas.

Desde hace más de 20 años, la Unión Europea (UE) demuestra mucho interés por el tema de la RSC. Como se puede ver del Libro Verde¹²⁴, la UE expresa sus deseos en convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social¹²⁵.

En este contexto, destaca la UE que las empresas que asumen voluntariamente compromisos que van más allá de las obligaciones reglamentarias y convencionales, intentan elevar los niveles de desarrollo social, protección medioambiental y respeto de los derechos humanos y adoptan un modo de gobernanza abierto que reconcilia intereses de diversos agentes en un enfoque global de calidad y viabilidad.

¹²³ ESTY, Dan. PORTER, Michael. *Measuring National Environmental Regulation and Performance*. Oxford University Press 2001

¹²⁴ Libro Verde: fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. [Fecha de consulta: 9 de julio de 2019]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0366&from=ES>

¹²⁵ De acuerdo con la norma ISO 26000. [Fecha de consulta: 9 de julio de 2019] <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=80778>

En Brasil, tal vez una de las mejores experiencias en relación a la RSC ha sido la creación del “Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social”¹²⁶. Se trata de una OSCIP – Organización de la Sociedad Civil de Interés Público¹²⁷, cuya misión es movilizar, sensibilizar y ayudar a las empresas a gestionar sus negocios con responsabilidad social, tornándoles socios en la construcción de una sociedad justa y sostenible. Así, durante casi una década, el Instituto Ethos fomenta la adopción de cláusulas condicionantes de sostenibilidad, tanto en los negocios públicos¹²⁸, como en los negocios privados¹²⁹.

Para justificar la aplicación de los preceptos de RSC en Brasil y, consecuentemente, de las cláusulas de sostenibilidad, pueden destacarse dos recientes acontecimientos: el primero, la posible entrada de Brasil en la OCDE; el segundo, el Acuerdo de Libre Comercio entre Mercosur y Unión Europea.

De hecho, como se anunció en mayo de 2019, Brasil estudia la posibilidad de renunciar al tratamiento favorecido que recibe en la OMC (Organización Mundial de Comercio) en cambio de su ingreso en la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), un grupo selecto de 36 países, donde se garantizan beneficios comerciales para los países desarrollados¹³⁰.

En la medida que Brasil decide renunciar algunas concesiones especiales que tiene en la OMC, como por ejemplo tasas de exportación más bajas, para ingresar en la OCDE, indica un cambio en su posicionamiento político global, reforzando su intención de afirmar el liderazgo entre las naciones en desarrollo.

¹²⁶ Instituto Ethos [Fecha de consulta: 10 de julio de 2019] <https://www.ethos.org.br/>

¹²⁷ Lei nº 9.790, de 23 de marzo de 1999. Diário Oficial da União (24 de marzo de 1999), seção 1, pág. 1187

¹²⁸ Agenda brasileira para o desenvolvimento sustentável: economia para a sustentabilidade. [Fecha de consulta: 10 de julio de 2019] <https://www.ethos.org.br/cedoc/15729/#.XSZcYej0k2w>

¹²⁹ BNDES quer fomentar economia propulsora da sustentabilidade [Fecha de consulta: 10 de julio de 2019] <https://www.ethos.org.br/cedoc/bndes-quer-fomentar-economia-propulsora-da-sustentabilidade/#.XSZcEej0k2w>

¹³⁰ Brasil defiende su entrada en la OCDE a cambio de perder estatus en la OMC. [Fecha de consulta: 12 de julio de 2019] <https://es.panampost.com/efe-panampost/2019/03/20/brasil-ocde-omc/>

Importante recordar que la aceptación de un país como miembro efectivo de la OCDE debe contar con la aprobación unánime de los 23 comités que evalúan el desempeño del candidato, para comprobar que esta nación se mantiene alineada con las prácticas económicas, diplomáticas y comerciales del grupo.

En este escenario, una postura proactiva, basada en los principios de la RSC, junto con la inclusión de cláusulas de sostenibilidad en la contratación, sin duda agregará puntos a favor de Brasil.

Además, el 28 de junio de 2019, cuando se anunció el Acuerdo de Libre Comercio entre Mercosur y Unión Europea, se ha mencionado que tal asociación se basa también en un pilar de diálogo político y de cooperación. Y bajo estos dos pilares, se reforzarán la cooperación en migración, economía digital, investigación y educación, derechos humanos incluidos los de los pueblos indígenas, responsabilidad corporativa y social, protección del medioambiente, la gestión de los océanos, la lucha contra el terrorismo, el lavado de dinero y el cibercriminal¹³¹.

Considerando que este Acuerdo prevé la cooperación de los países involucrados a respeto de temas ambientales, una vez más los preceptos de RSC y las cláusulas de sostenibilidad pueden utilizarse como herramientas para lograr estos objetivos.

Por lo tanto, se revela un escenario económico interesante para Brasil, lo cual puede traer una expansión de los negocios internacionales, el crecimiento de la industria nacional, la creación de empleo, el aumento de la recaudación de impuestos etc. La concretización de estas perspectivas, no obstante, dependerá mucho de las actitudes tomadas por el gobierno y por las empresas brasileñas.

Eso es porque, a pesar del escenario teóricamente favorable, el gobierno y las empresas brasileñas también van a experimentar una gran carga de responsabilidad. Por eso, deben adoptar medidas efectivas que corroboran para el desarrollo sostenible.

¹³¹ La UE y Mercosur firman un acuerdo comercial histórico tras 20 años de negociación [Fecha de consulta: 10 de julio de 2019] <https://es.euronews.com/2019/06/28/la-ue-y-mercosur-firman-un-acuerdo-comercial-historico-tras-20-anos-de-negociacion>

En efecto, un poco antes de confirmarse el Acuerdo entre Mercosur y Unión Europea, 340 organizaciones habían enviado una Carta Abierta al Presidente del Consejo Europeo, al Presidente de la Comisión Europea y al Presidente del Parlamento Europeo¹³², para pedir la paralización de las negociaciones, debido a la agravación de las violaciones de los derechos humanos y el aumento de la degradación ambiental en Brasil¹³³.

Y exactamente en el mes de agosto de 2019, el gobierno brasileño se involucró en una crisis nacional¹³⁴, con repercusión internacional¹³⁵, sobre las constantes quemadas en la Selva Amazónica.

Dado lo anterior, aunque se ha demostrado en el capítulo 5.3 que el sistema (CF, PNMA y CC) requiere la inserción de cláusulas de sostenibilidad en los contratos, el mercado parece resistir y responder a su propia lógica.

De hecho, en lugar del imperativo de las normas legales, las empresas responden mucho más a sus propias cuestiones comerciales, estratégicas e incluso de marketing para insertar cláusulas de sostenibilidad en sus contratos a través de los preceptos de RSC.

8. Conclusión

La investigación realizada propuso analizar la hipótesis de que la inserción de cláusulas condicionantes de sostenibilidad en los contratos puede servir como un instrumento para la efectivización del Estado de Derecho Socioambiental.

¹³² Carta UE Mercosur. [Fecha de consulta: 12 de julio de 2019] <http://s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2019/06/ESP-Carta-UE-Mercosur-Junio-2019.pdf>

¹³³ Más de 340 organizaciones piden a la Unión Europea la paralización de las negociaciones comerciales con Brasil. [Fecha de consulta: 12 de julio de 2019] <http://www.biodiversidadla.org/Recomendamos/Mas-de-340-organizaciones-piden-a-la-Union-Europea-la-paralizacion-de-las-negociaciones-comerciales-con-Brasil>

¹³⁴ Queimadas na Amazônia avançam e se tornam preocupação mundial.

<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/08/22/queimadas-na-amazonia-avancam-e-se-tornam-preocupacao-mundial.ghtml> [Fecha de consulta: 24 de agosto de 2019]

¹³⁵ La eterna catástrofe en el Amazonas https://elpais.com/elpais/2019/08/23/ciencia/1566577160_825467.html [Fecha de consulta: 24 de agosto de 2019]

Para lograr este objetivo, se analizó inicialmente el proceso evolutivo de conciencia sobre la finitud y/o escasez de los recursos naturales.

En este contexto, se demostró que, a pesar de un largo período de ignorancia y/o falta de interés, hubo un cambio lento y gradual hacia la importancia de la preservación y conservación del Medio Ambiente, que se consolidó con los movimientos ambientales de mediados de los años 1960.

Dado el vínculo innegable entre los recursos naturales, la Economía y los modelos de Estado sociopolíticos, también se evaluó en qué medida cada uno de estos factores fue capaz de asimilar los preceptos del desarrollo sostenible. La conclusión fue la necesidad de reestructurar el modelo económico basado exclusivamente en la visión utilitarista de los recursos naturales, así como la insuficiencia de los modelos de Estado Liberal, Social y Neoliberal, al menos en relación con el aspecto ambiental. Por eso, la importancia del reconocimiento del Estado de Derecho Socioambiental, lo único capaz de conciliar el desarrollo económico, las demandas sociales y la protección y conservación del Medio Ambiente.

Así, desde la perspectiva de una Economía ambiental y de un Estado de Derecho Socioambiental, se examinó el conjunto de normas ambientales, constitucionales e infra constitucionales, vigentes en Brasil.

Aunque se observó la existencia de un conjunto mínimo de normas ambientales, se observó que ellas no producían completamente sus efectos. Es decir, había un problema de ineficacia social de estas normas ambientales.

En esta línea, a partir de un análisis sistemático del ordenamiento jurídico, se concluyó que la Constitución Federal, la ley que instituyó la Política Nacional del Medio Ambiente y el Código Civil brasileño tienen los preceptos necesarios para hacer efectivo el Estado de Derecho Socioambiental. Y eso sería posible mediante la inserción de cláusulas condicionantes de sostenibilidad en los contratos.

Aunque el trabajo también analizó las cláusulas de sostenibilidad en la contratación pública, el enfoque fue su inserción en los contratos privados, ya que, al mismo tiempo que los entes privados tienen un mandato constitucional para defender y proteger el Medio Ambiente, también desempeñan el papel relevante de los principales agentes económicos en el mercado.

Finalmente, el estudio de la llamada Responsabilidad Social Corporativa mostró que muchas empresas ya incluyen cláusulas de sostenibilidad en sus contratos, una manifestación importante de los efectos de este nuevo orden constitucional ambiental. Sin embargo, tales compañías terminan incluyendo estas cláusulas más por razones comerciales, estratégicas e incluso de marketing y no exactamente por la conciencia de su obligatoriedad.

Incluso, se cree que esta es precisamente la conclusión más avanzada de este trabajo. Además de declarar las cláusulas de sostenibilidad como el instrumento de implementación del Estado de Derecho Socioambiental, decir que su inserción en contratos privados es obligatoria, no voluntaria, debido a los objetivos perseguidos por la Política Nacional del Medio Ambiente y la función social que deben ejercer los contratos, de acuerdo con el Código Civil.

Así, se presentan las primeras impresiones sobre este tema, a la espera de su necesario desarrollo práctico y teórico.

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, P. *Balanço do neoliberalismo*. In: EMIR, S.; GENTILI, P. (Org.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A crise financeira global e depois: um novo capitalismo?* Novos estudos – Cebrap, São Paulo, nº 86

BUCHANAN, J. M. *Cooperation and conflict in public goods interaction*, Western Economic Journal

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998

CHAVES, Cristiano. *Curso de Direito Civil, Parte Geral e LINDB*, 10ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2012.

COASE, R. *The problem of social cost*. The Journal of Law and Economics, Oc.

COHEN, Joel E. *How many people can the earth support?* London: W W Norton & Company. 1995

CONSTANZA, R. *Introduction to ecological economics*. Wiley, Nueva York

DERANI, Cristiane y SOUZA, Kelly Schaper Soriano de. *Instrumentos econômicos na política nacional do meio ambiente: por uma economia ecológica*. [Fecha de consulta: 06 de julio de 2019]. <http://domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/download/319/349>

EHRlich, Paul. *The population bomb*. [Fecha de consulta: 1 de julio de 2019]. http://projectavalon.net/The_Population_Bomb_Paul_Ehrlich.pdf

ESTY, Dan. PORTER, Michael. *Measuring National Environmental Regulation and Performance*. Oxford University Press 2001

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade dos contratos administrativos*. [Fecha de consulta: 28 de junio de 2019] <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/132>

FREITAS, Juarez. *Licitações públicas sustentáveis: dever constitucional e legal*. [Fecha de consulta: 08 de julio de 2019] http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11516/2/Licitacoes_Publicas_Sustentaveis_dever_constitucional_e_legal.pdf

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4. p. 50.

GOLDSTON, Robert. *The Great Depression: The United States in the thirties*. A Fawcett Premier Book. P. 39-40

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRISWOLD, Eliza. *How “Silent Spring” Ignited the Environmental Movement*. The New York Times. [Fecha de consulta: 25 de junio de 2019] <https://www.nytimes.com/2012/09/23/magazine/how-silent-spring-ignited-the-environmental-movement.html?mcubz=3>

GRIZZI, Ana Luci Limonta Esteves. *Direito ambiental aplicado aos contratos*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2008. p. 60

HEYWOOD, A. *Ideologias Políticas. Do liberalismo ao facismo*. Vol. 1. São Paulo: Editora Ática, 2010

HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX (1914-1991)*

HOTELLING, H. *The economics of exhaustible resources*. Journal of Political Economy, 39, 137-75

KERSTENETZKY, C.L. *O Estado do Bem-Estar Social na idade da razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

KEYNES, John Maynard. *The end of laissez-faire*. Amherst, New York: Prometheus Books, 2004

LABANDEIRA, X; LEÓN, Carmelo J.; VÁZQUEZ, M^a. Xosé. *Economía Ambiental*. Pearson: Madrid, 2007

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15 ed. Revista, atualizada e ampliada. Editora Saraiva, 2011

LUCAS, Robert E. Jr. (2002). *Lectures on Economic Growth*. Cambridge: Harvard University Press. pp. 109-10. ISBN 978-0-674-01601-9

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Las generaciones de Derechos Humanos*. [Fecha de consulta: 06 de julio de 2019] <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/download/537/525>

LYTLE, Mark Hamilton. *The Gentle Subversive: Rachel Carson, Silent Spring, and the Rise of the Environmental Movement*. Nova York: Oxford University Press. p. 288

MAIA, João Nunes. *Francisco de Assis*. São Paulo: ed. Fonte Viva. 2002

MÁRQUEZ, Daniel Iglesias. *Empresas multinacionales y medio ambiente: el reto de la protección ambiental en la globalización económica*. [Fecha de consulta: 07 de julio de 2019].

<http://derechoambiental.serglo.es/uploadedFiles/derechoambiental.3xr4m/fileManager/0045.pdf>

MARSHALL, A. *Principles of Economics*, McMillan, Londres

MARTÍNEZ ALLIER, J. (1999): *Introducción a la Economía Ecológica*. Ed. Rubes, Madrid.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

MEADOWS, Donella; MEADOWS Dennis y RANDERS, Jorgen. *Limits to Growth: The 30-years Update*. Chelsea Green/Earthscan/Diamond/Kossoth. 2004. [Fecha de consulta: 1 de julio de 2019]

MEDINA, Luis López de. *La empresa, el medio ambiente y la responsabilidad social* [Fecha de consulta; 25 de junio de 2019] http://www.usc.es/econo/RGE/Vol%2011_2/Castelan/op4.pdf

MOTTA, Ronaldo Seroa da. *Manual para avaliação econômica de recursos naturais*. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 1998.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual de Direito Civil - Volume Único*. São Paulo: Editora Juspodium, 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2009, 3ª ed., p. 362-64

PIGOU, A. *Income*. McMillan, Londres

PORTER, Michael; VAN DER LINDE, Claas. *Verde e competitivo: acabando com o impasse*. In: Porter, M. *Competição: estratégias competitivas essenciais*. Rio de Janeiro: Campus, 1999

REALE, Miguel. *Função social do contrato*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência*. Org. Ministro Cezar Peluso. Barueri: Editora Manole, 2007, págs. 311-16

SAES, Flávio Azevedo Marques de. *História Econômica Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 443.

SANTOS, Andréia Carla Lira dos. *Utilização das Quotas Individuais Transferíveis na Gestão Pesqueira Global: os casos do Banco Mundial e da Comissão Internacional para a conservação do atum no Atlântico*. <http://www.tede2.ufrpe.br:8080/tede2/handle/tede2/7125>

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 32

SEGRELLES, José Antonio. *Problemas ambientales, agricultura y globalización en America Latina*. [Fecha de consulta: 06 de julio de 2019]

SEN, Amartya. *Comportamento econômico e sentimentos morais*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 25, p. 103-30, 1992. ISSN 0102-6445

SERVI, Aldo. *El Derecho Ambiental Internacional*. Revista de Relaciones Internacionales n. 14 [Fecha de consulta: 1 de julio de 2019]. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/9998/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

SNEDEKER, S. M. *Pesticides and breast cancer risk: a review of DDT, DDE and dieldrin*. Environmental Health Perspectives. ISSN 0091-6765

TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. 14^a ed. Revista e ampliada. Malheiros, 1998, p. 23

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles *in Curso de Direito Constitucional*. Org. Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 364

VARTY, N. 1998. *Caesalpinia echinata*. In. IUCN 2008. 2008 IUCN Red List of Threatened Species. 21 March 2009