

Regime constitucional da biodiversidade: patrimônio natural, ecossistemas frágeis e recursos naturais¹

*Agustín Grijalva**

Resumo: Pela Constituição equatoriana de 2008, a soberania é relativa, o que implica que esse poder-dever do Estado se encontra limitado externamente pelo Direito Internacional e internamente pela própria Constituição – em especial pelos direitos ela estabeleceu. Além disso, vale salientar que o titular da soberania não é o governo, mas, sim, o povo, que a exerce, mediante um complexo de órgãos públicos com competências constitucionais e formas específicas de participação cidadã direta. Essa perspectiva adotada na Constituição equatoriana tem

¹ Tradução do original intitulado “Régimen constitucional de biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles: y recursos naturales”, publicado no livro *Desafíos del derecho ambiental ecuatoriano frente a la Constitución vigente*, de autoria de Agustín Grijalva, E. Pérez e R. Oyarte, em 2010, na cidade de Quito, pelo Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental. O resumo e as palavras-chave foram especialmente feitas pelo autor para a *Meritum*. O autor agradece aos doutores Ricardo Crespo, Patricio Hernández, Juan Pablo Aguilar e Julio César Trujillo e sua esposa, a bióloga Claudia Narváez, as valiosas observações em relação a uma versão anterior deste trabalho, que contribuíram para os pontos positivos que o leitor encontrar neste artigo.

* Pesquisador e professor da Universidad Andina Simón Bolívar. Integrante do Consejo de Educación Superior do Equador. Advogado. Doutor em Direito pela Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Puce). Mestre em Ciências Políticas pela University of Kansas. Doutor na mesma especialidade pela University of Pittsburgh. E-mail: agustin.grijalva@gmail.com.

consequências relevantes em matéria ambiental, pois implica que nenhum governo pode violar os direitos internacionais e constitucionais no âmbito ambiental sob o argumento de exercício da sua soberania sobre os recursos naturais. As limitações constitucionais à soberania são claramente exemplificadas no caso da proibição quanto à exploração de recursos naturais não renováveis em áreas de preservação e em áreas de proteção integral. Embora a Constituição autorize, em caráter excepcional, o desenvolvimento de atividades extrativistas nessas áreas, a Carta Fundamental estabelece padrões e procedimentos rigorosos para assegurar a validade constitucional formal e material de qualquer decisão das autoridades públicas nesse sentido. Portanto, esses atos de autoridades públicas, assim como toda norma, estão sujeitos a um controle constitucional anterior e posterior à sua adoção. No caso das áreas de proteção integral em que habitam povos em isolamento voluntário, a Constituição já estabelece diretamente uma ponderação de direitos que proíbe definitivamente qualquer atividade econômica nessas áreas, priorizando, assim, a sobrevivência física e cultural desses povos. Outra ponderação de direitos diretamente estabelecida pela Constituição diz respeito ao direito à água, uma vez que, expressamente, prioriza a sustentabilidade dos ecossistemas e o consumo humano. Também no caso da propriedade privada e comunitária, em áreas caracterizadas por elevada biodiversidade, a Constituição impõe uma função ambiental à propriedade, a qual fica sujeita a um sistema institucional sob seu controle. Em outras situações em que os direitos constitucionais ambientais podem entrar em conflito com outros direitos constitucionais, é necessário realizar um processo de ponderação, seja mediante lei ou mediante a jurisprudência constitucional. Para tal, deve-se considerar que a Constituição equatoriana outorga igual hierarquia aos direitos e considera-os como complementares uns aos outros, de modo que qualquer regulamentação de um direito deve ser realizada

em função do exercício adequado do outro e sobretudo do maior exercício possível de todos os direitos. Sendo assim, qualquer limitação deve ser razoável, proporcional e necessária. Em geral, o princípio da efetividade dos direitos constitucionais determina que a estrutura institucional e os procedimentos estabelecidos em nível constitucional, necessariamente, constituam meios de realização desses direitos e não representem, em caso algum, mecanismos para justificar sua violação. A aplicação desse critério em matéria ambiental é essencial para a consolidação de uma institucionalidade realmente funcional no que tange à proteção ambiental. Certamente, o desenvolvimento é um objetivo que a Constituição reconhece e reforça; porém, ela o conceitua não apenas como crescimento econômico, mas também como um crescimento integral e sustentável. Por conseguinte, a Carta Magna exige que a atividade econômica seja um meio de realização de direitos e que não seja assegurada apenas a disponibilidade de recursos naturais para gerações futuras, mas também a conservação, a reprodução e o desenvolvimento da natureza como uma realidade de valor em si mesma, indo muito além dos efeitos imediatos e diretos do dano ambiental sobre os seres humanos.

Palavras-chave: Biodiversidade. Soberania. Direito Constitucional Ambiental. Direitos da natureza. Proteção integral.

1 INTRODUÇÃO

Neste estudo, são desenvolvidas algumas ideias para discussão de três temáticas: (i) biodiversidade e soberania, bem como interesse público e nacional; (ii) desenvolvimento e áreas de preservação integral; e (iii) propriedade, meio ambiente e água. Para todos esses temas, analisa-se como os direitos constitucionais ambientais limitam e também são limitados por

outros princípios e direitos constitucionais. O campo de análise é o próprio Direito Constitucional, cuja generalidade e abstração é, ao mesmo tempo, uma vantagem e uma limitação, haja vista que permite traçar critérios de interpretação sistêmica das leis e outras normas jurídicas, mas, em geral, sem os níveis de especificidade e concretude próprio das normas infraconstitucionais.

2 BIODIVERSIDADE, SOBERANIA, INTERESSE PÚBLICO E NACIONAL

A noção de soberania requer diversas definições antes que se possa relacioná-la adequadamente com os direitos ambientais e da natureza. Essas definições se referem aos seguintes aspectos: a) seu titular; b) seu alcance; e c) sua atualidade.

a) O titular da soberania é o Estado – mais precisamente, o povo, aqui entendido como comunidade política fixada em um território. A soberania, portanto, não corresponde primordial e exclusivamente ao Executivo, mas, sim, a uma entidade mais ampla e complexa, da qual o Executivo é apenas um dos vários órgãos públicos. No caso do Equador, a Constituição de 2008 estabelece, em seu art. 1º, que a soberania emana do povo, que a exerce mediante os órgãos do poder público e das formas de participação direta também estabelecidas na Carta Magna.² Por conseguinte, o Presidente, a Assembleia Nacional ou qualquer outro órgão não é titular da soberania; na realidade, todos os órgãos públicos em conjunto são instrumentos para o exercício da soberania.

² Cf. EQUADOR. Constituição (2008). *Constituição do Equador*, 2008. Disponível em: <pdba.georgetown.edu/constitutions/ecuador/ecuador.html>. Acesso em: 13 mar. 2012.

Compete destacar, ainda, o vínculo explícito que a Constituição estabelece entre soberania e participação dos cidadãos. Estes, por duas razões, não renunciam totalmente à soberania ao escolher seus representantes: (i) segundo o art. 1º, o fundamento da autoridade é sempre e somente a vontade do povo; e (ii) os próprios cidadãos também exercem a soberania mediante os mecanismos de participação direta estabelecidos pela Constituição.

b) No que diz respeito ao seu alcance, deve-se salientar que a soberania, hoje em dia, tem caráter relativo, tanto em sua dimensão externa (em relação a outros Estados) como em sua dimensão interna (em relação a outros poderes dentro de um Estado). A soberania de um Estado ante outros Estados e a comunidade internacional constitui um valor e poder real, porém limitado pelo Direito Internacional e, mais radicalmente, pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Processos como o desenvolvimento de uma comunidade internacional e a necessidade de paz entre os Estados³, a interdependência econômica e em geral a globalização, bem como o desenvolvimento da integração supranacional e de organizações transnacionais, também vieram relativizar a dimensão externa da soberania. No que tange à sua dimensão interna, os próprios direitos constitucionais, a descentralização, o federalismo, as autonomias e o autogoverno dos povos indígenas também contribuíram para essa relativização. Nesse contexto, a noção de Estado Nacional vinculada estruturalmente à noção de soberania absoluta como poder centralizado e ilimitado dentro de

³ A Carta das Nações Unidas de 1945 já contém o princípio das obrigações internacionais assumidas por Estados igualmente soberanos. Outros instrumentos anteriores de proteção aos direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (art. 1º, numerais 1 e 1), ratificam a soberania dos Estados, incluindo seu poder para dispor de suas riquezas e recursos naturais sem prejuízo de suas obrigações jurídicas internacionais.

um território passa a ser frontalmente questionada pela noção de um Estado Plurinacional⁴.

Os problemas e direitos ambientais também limitam a noção de soberania absoluta. Os problemas ambientais mais graves de hoje em dia têm caráter global, como é o caso, por exemplo, da destruição da camada de ozônio, o aquecimento global, a acidificação dos mares e a perda da biodiversidade. Outros problemas, ainda que localizados regionalmente, envolvem dois ou mais Estados e também têm consequências globais, como é o caso da degradação da Amazônia. Dado que esses problemas são supranacionais, as soluções, incluindo a normativa e institucionalidade para enfrentá-los, também têm dimensão supranacional, sendo insuficiente uma atuação isolada ou autárquica de um Estado.

c) Tratando-se da sua atualidade, deve-se sublinhar que, embora relativizada, a soberania continua sendo uma realidade e um conceito de grande vigência. Os Estados continuam sendo sujeitos essenciais da comunidade internacional e detêm sob o seu poder os sistemas políticos e econômicos nacionais incorporados nas constituições nacionais. De fato, assistimos, na América Latina, à reativação da soberania como uma reação e reivindicação contra as condições impostas pelos organismos financeiros internacionais, contra a atuação irregular de algumas transnacionais e contra a ingerência de poderes extrarregionais. No caso do Equador, a soberania até mesmo adquiriu expressões mais específicas com a constitucionalização das noções de soberania alimentar (art. 281), energética e, em geral, econômica (art. 284, item 3), até mesmo no que diz respeito à dívida pública (art. 290, item 2)⁵.

⁴ Esse efeito do Estado Plurinacional foi analisado para o Estado equatoriano por Agustín Grijalva (Cf. GRIJALVA, A.. Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana del 2008. *Revista Ecuador Debate*, Quito, n. 75, p. 49-62, dez. 2008

⁵ Cf. EQUADOR, 2008.

Em matéria ambiental, o art. 3^a da Convenção sobre a Diversidade Biológica estabelece que os Estados têm o direito soberano de explorar os próprios recursos mediante a aplicação de sua própria política ambiental; a referida Convenção, porém, contém também uma série de medidas, parâmetros e jurisdições às quais os Estados signatários se submetem, autolimitando-lhes a soberania⁶.

Em suma, a noção de soberania absoluta foi conceitual e historicamente superada, haja vista que, como defende Zagrebelsky⁷, mostrou-se simplesmente incompatível com o Estado constitucional moderno: a centralização, a unicidade e a supremacia da soberania absoluta não podem coexistir com a diversidade, participação, internacionalização e direitos típicos de um Estado constitucional e democrático como o concebemos atualmente. A esses aspectos soma-se a forte interdependência econômica entre todos os países. É, portanto, essa noção de soberania, relativa, a que encontramos na atual Constituição equatoriana.

Essa noção de soberania relativa se caracteriza, ou deve caracterizar-se, então, não por sua debilidade ou precariedade, mas sim por constituir um princípio orientado necessariamente para a defesa do público, do interesse social, bem como por ser condizente com a integração de cada Estado à comunidade internacional e ao Direito Internacional, os quais têm forte implicações sobre a soberania de um Estado.

Nesse contexto, a soberania, em sua nova dimensão, continua sendo um princípio necessário e valioso mediante o qual os países

⁶ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Departamento de Conservação da Biodiversidade. *Convenção sobre a biodiversidade biológica*. 2000. Disponível em: <www.propesp.ufpa.br/spi/legislacao/outros-CDBPORT.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2011.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2005.

em desenvolvimento podem defender a gestão sustentável dos recursos em seus territórios contra os poderes transnacionais privados e contra a ingerência indevida de outros Estados. Trata-se, definitivamente, de uma soberania constitucionalizada e internacionalmente responsável. Esse princípio, como todo princípio constitucional bem interpretado, não deve ser uma mera declaração retórica, mas, sim, uma diretriz jurídica efetiva para a legislação e as políticas públicas, devendo traduzir-se em práticas tão específicas como a natureza pública das avaliações de impacto ambiental ou das consultas prévias, às vezes indevidamente realizadas por empresas privadas, ou como a regulação estatal da água, de áreas de preservação e de áreas de proteção integral.

O art. 400 da Constituição equatoriana estabelece que o Estado exerce soberania sobre a biodiversidade, considerada como de interesse público. Dado que a soberania é exercida não apenas pelo Executivo⁸, mas também através de múltiplos órgãos do poder público e da participação direta dos cidadãos (art. 1º), a Constituição estabelece que, para a ratificação ou denúncia de tratados internacionais que afetem a biodiversidade do país e, em geral, comprometam o patrimônio natural, é necessária a aprovação prévia da Assembleia Nacional (art. 419, item 8); no caso da ratificação, também é necessário um parecer prévio vinculante da Corte Constitucional, a qual deve revisar a constitucionalidade do tratado (art. 438). Por sua vez, o art. 403 expressamente proíbe o Estado do Equador de subscrever convenções ou acordos de cooperação lesivos ao uso sustentável da biodiversidade. Contudo, não só o Executivo, a Assembleia Nacional, os governos locais e a Corte Constitucional são órgãos públicos de exercício da soberania no que diz respeito à biodiversidade. No caso de atividades estatais ou

⁸ Nesse sentido, não se deve entender que o art. 147-17 da Constituição, o qual estabelece que o Presidente da República deve “zelar pela manutenção da soberania”, exime outros órgãos públicos dessa responsabilidade.

privadas que possam afetar o meio ambiente, a Constituição prevê a consulta às comunidades envolvidas (art. 398), incluindo dispositivos específicos para os povos indígenas (art. 57, itens 7 e 17)⁹.

Indaga-se, em todo caso, se pode haver contradição entre o “direito” soberano de um Estado em explorar os seus recursos naturais e outros direitos constitucionais, tanto das pessoas como da natureza. De fato, o problema se coloca quando existe desacordo quanto à viabilidade ou o impacto ambiental de uma atividade econômica ou um projeto de desenvolvimento. Quando há quem argumente que esses efeitos violam os direitos constitucionais e os direitos da natureza, enfrenta-se um problema de constitucionalidade dos atos ou normas de exploração desses recursos.

Antes de analisar essa questão, é necessário definir conceitos, já que sob uma perspectiva técnico-constitucional não existe um “direito humano à exploração de recursos naturais”. Os direitos constitucionais são exercidos ante ou contra o Estado como um limite a seus atos ou como uma obrigação de prestação de contas públicas juridicamente exigíveis. Por conseguinte, o Estado como tal é sujeito obrigado ao cumprimento de tais direitos, e não o titular desses direitos. Daí, tem-se que, em geral, não existe exatamente um direito de exploração desses recursos que se sobreponha a outros direitos potencial ou realmente afetados, mas sim um exercício soberano do uso e gestão de tais recursos – um dever público que, contudo, está claramente limitado pela própria Constituição e, em particular, pelo direito dos seres humanos a um meio ambiente saudável, pelos direitos da natureza e pelos princípios constitucionais ambientais.

A exploração de recursos naturais pode vir a se impor *como um meio para exercer ou efetivar certos direitos*, como o direito a uma vida digna (art. 66, item 2); ao trabalho (art. 33); à livre

⁹ Cf. EQUADOR, 2008.

iniciativa e contratação (art. 66, item 16); à liberdade de trânsito e escolha de residência (art. 66, item 14); ao desenvolvimento de atividades econômicas (art. 65, item 15); à propriedade (art. 66, item 26); etc. De fato, é fácil imaginar e encontrar situações em que esses direitos devem ser regulados ou limitados para proteger tanto o direito de viver em um meio ambiente saudável (art. 66, item 27) como os direitos da natureza (art. 71, item 74). A própria Constituição, ao referir-se a vários desses direitos, declara que devem ser exercidos com responsabilidade ambiental¹⁰.

3 DESENVOLVIMENTO E ÁREAS INTANGÍVEIS

A Constituição equatoriana estabeleceu um regime de desenvolvimento (art. 275) que constitui um *sistema econômico social e solidário* orientado para o exercício dos direitos constitucionais (art. 283)¹¹. Mas como resolver, então, conflitos reais ou aparentes entre, de um lado, o direito a um meio ambiente saudável e os direitos da natureza e, de outro, os direitos constitucionais como supramencionado, além de outros direitos sociais e econômicos cuja realização é o objetivo desse desenvolvimento? Haveria então contradição entre direitos constitucionais ambientais e desenvolvimento?

No que diz respeito à sua concepção econômica, a Constituição equatoriana não concebe desenvolvimento como contraditório, mas sim como estruturalmente vinculado a um modelo sustentável. Na Constituição, o crescimento econômico, apesar da sua importância, não é mais do que uma das várias dimensões do desenvolvimento integral: este se manifesta em um regime completo que inclui dimensões culturais, sociais e

¹⁰ Cf. EQUADOR, 2008.

¹¹ Cf. EQUADOR, 2008.

ambientais (art. 275) e que é orientado a efetivar o bem-estar e os direitos constitucionais¹², entre os quais estão inclusos o direito à vida em um meio ambiente saudável (art. 276, item 4) e os direitos da natureza (art. 71 ao 74)¹³.

Isso não significa que o crescimento econômico tenha sido proscrito (crescimento zero), pois a própria Constituição faz referência a “incentivar a produção nacional, a produtividade e a competitividade sistêmica” (art. 284, item 2), assim como a “promover a incorporação de valor agregado com máxima eficiência, dentro dos limites biofísicos da natureza e do respeito à vida e às culturas” (art. 284, item 4). Em outras palavras, o crescimento econômico deve sempre ser alicerçado em termos sustentáveis¹⁴.

Trata-se, então, de um sistema econômico subordinado a (e em função da) realização dos direitos das pessoas e das coletividades (desenvolvimento humano), os quais são componentes centrais do princípio do bem-estar. As diversas formas de organização econômica (privada, pública, comunitária etc.) devem, então, orientar-se por esses objetivos, próprios do Estado Social e, por consequência, a viabilidade constitucional da exploração de recursos naturais pode abranger, dependendo dos níveis e tipos de impacto ambiental, desde o aproveitamento sustentável (art. 74) até a proibição absoluta de qualquer atividade econômica em áreas de proteção integral habitadas por povos indígenas em isolamento voluntário (art. 57, item 21).

¹² Desenvolveu-se uma análise mais profunda do modelo constitucional econômico do Equador no seguinte artigo: TRUJILLO, J. C.; GRIJALVA, A. El fundamento constitucional de la nueva economía. *La Tendencia*, Quito, n. 10, p. 88-92, fev./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.fes-ecuador.org>>. Acesso em: 13 mar. 2011.

¹³ Cf. EQUADOR, 2008.

¹⁴ Cf. EQUADOR, 2008.

Em relação aos potenciais conflitos entre direitos constitucionais, *não é possível estabelecer hierarquias fixas e definitivas entre os direitos constitucionais ambientais e outros direitos*, tanto por razões conceituais como por razões positivas¹⁵.

As razões conceituais estão relacionadas com a natureza e a estrutura dos direitos, os quais adotam a forma de princípios, isto é, normas jurídicas cujas antinomias não se resolvem com a invalidação definitiva de uma delas, mas, sim, com a ponderação ou o ajuste no exercício de direitos em conflito. Nessa esteira, um direito se subordina ou se limita em relação ao outro, mas somente no âmbito de circunstâncias concretas ou casos específicos, salvo nos casos em que o próprio legislador tenha regulado em lei um direito a partir de uma ponderação geral, mas também igualmente razoável, necessária e proporcional.

Assim, por exemplo, no caso de áreas de proteção integral, o poder estatal de explorar recursos naturais e o direito de realizar atividades econômicas (art. 66, item 15) devem, em princípio, ceder aos direitos ambientais e da natureza, haja vista a impossibilidade objetiva de os ecossistemas ou culturas ali existentes não serem afetados substancialmente. Esses padrões de proteção ambiental podem ser menos excludentes em outras áreas de recursos naturais, nas quais, com o uso de tecnologias adequadas, é possível desenvolver atividades econômicas com um menor impacto ambiental. Há, então, critérios de proporcionalidade e razoabilidade que devem ser considerados por legisladores, juízes e demais autoridades públicas.

¹⁵ Para uma introdução à ponderação de direitos constitucionais, cf. VILA CASADO, I. *Nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Ibáñez, 2002. Uma visão mais complexa, especialmente no que diz respeito à ponderação e à lei se encontra em PRIETO SANCHIS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

No que tange às razões positivas, a Constituição, em seu art. 11, estabelece que “todos os princípios e direitos são inalienáveis, irrenunciáveis, indivisíveis, interdependentes e de igual hierarquia”. Por conseguinte, na emergência de conflito entre direitos constitucionais, só resta ponderá-los no caso concreto para determinar uma limitação razoável, proporcional e necessária de um em relação a outro(s), conforme os princípios da própria Constituição. Essa limitação não pode, em hipótese alguma, fazer com que o direito limitado seja invalidado de forma definitiva e com efeitos amplos. Assim, por exemplo, a exclusão de atividades econômicas em áreas de proteção integral não invalida, no âmbito geral, os direitos ao trabalho, à atividade econômica, à circulação, à moradia etc. em outras regiões; essa exclusão apenas limita tais direitos especificamente na região declarada como área de proteção integral.

O Direito Constitucional moderno se caracteriza, justamente, por uma hermenêutica orientada para a concretização, ou seja, para a consideração dos atores e dos contextos reais e específicos nos quais as normas se aplicam, de modo que seja possível otimizar o máximo possível os direitos, inclusive nos casos em que alguns deles implicam tensões ou contradições entre si. Dessa forma, a regulação da atividade econômica orientada para a exploração de recursos renováveis, por exemplo, não é a mesma coisa que a regulação para a exploração de recursos não renováveis; tampouco são questões idênticas o desenvolvimento desses dois tipos de atividade econômica em áreas de proteção integral com elevada biodiversidade ou destinadas à moradia de povos indígenas e o desenvolvimento dessas atividades em outras áreas que não abrigam esses ecossistemas ou que não são habitadas por esses povos. Também é preciso considerar o grau e o tipo de relação desses povos com o resto da sociedade equatoriana. Nesse sentido, os estudos de impacto ambiental são

de grande importância¹⁶, ainda que, para certos tipos de área e atividade econômica, a própria Constituição já tenha formulado prioridades claras.

O art. 407 estabelece como regra geral a proibição de atividades de extrativismo de recursos não renováveis em áreas de preservação e em áreas de proteção integral. Contudo, esses recursos podem, em caráter excepcional, ser explorados quando o Presidente da República solicita à Assembleia Nacional uma declaração de interesse público nacional. A Assembleia, por sua vez, pode convocar uma consulta popular. María Amparo Albán¹⁷ observa que a autorização excepcional para atividades extrativistas estava apenas no nível legal, mas não constava na Constituição de 1998, ao passo que, com a atual carta fundamental, a autorização excepcional está no texto constitucional e que há, portanto, diminuição no nível de proteção. De fato, a Constituição deve apresentar exceções, pois corre o risco de reduzir a efetividade de suas próprias prescrições. Sendo assim, dado que a exceção está positivada, resta esclarecer seus alcances procedimentais e materiais.

No Direito equatoriano, a definição de área de proteção integral é dada apenas em nível infralegal – mais precisamente, pelos decretos presidenciais n. 551 e n. 552, de 1999, nos quais essas áreas são definidas como

espaços protegidos de excepcional importância cultural e biológica nos quais não se pode realizar qualquer tipo de atividade extrativista devido ao valor que têm para as gerações presentes e futuras. Portanto, são áreas que não

¹⁶ Sua utilidade pode ser estendida até mesmo após produzido o dano, como parâmetro para liquidação de seus custos e viabilização das devidas reparações.

¹⁷ ALBÁN, M. A. El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano. In. PEREZ ORDOÑEZ, D. (Comp.). *La Constitución ciudadana*. Quito: Santillana, 2009.

podem ser destinadas às atividades de mineração, extração de madeira, de povoamento ou qualquer outro tipo de atividade que possa colocar em risco à sua diversidade tanto cultural como biológica¹⁸.

Além de os conceitos de área de preservação e de área de proteção integral constarem apenas no nível infraconstitucional, a própria criação e delimitação dessas áreas se dá por decretos do Executivo e mediante acordos ministeriais. Isso implica, na prática, ineficácia e violação das normas constitucionais, haja vista que facilmente, mediante modificações discricionárias nos limites das áreas protegidas, é possível ignorar os objetivos de preservação ambiental e cultural que estão previstos nas normas constitucionais. Essa prática também implica violações formais à Constituição, uma vez que, ao afetar os limites dos direitos constitucionais, incide necessariamente a reserva de lei orgânica estabelecida nos art. 132 e 133 da Carta Fundamental¹⁹.

Se na área de preservação ou na área de proteção integral vivem comunidades que podem ser afetadas pelo impacto ambiental, deve-se, antes do envio do projeto de lei pelo Presidente, realizar uma consulta prévia, conforme ordenado no art. 398 da Constituição²⁰. Esse dispositivo inclui um direito geral a consulta prévia, informada e oportuna a todas as comunidades potencialmente afetadas, sendo que dificilmente se pode alegar impedimento ao exercício de tal

¹⁸ EQUADOR. Decreto ejecutivo n. 551/1999. Declaración Parque Cuyabeno Zona de Conservación Especial. *Registro Oficial*, n. 121, suplemento, 2 fev. 1999. Disponível em: <es.scribd.com/doc/.../Reg-La-Men-to-1215>. Acesso em: 13 mar. 2011.; EQUADOR. Decreto n. 552/1999. Territorio especial para los pueblos indígenas en aislamiento denominado Zona Intangible Tagaeri-Taromenane (ZITT). *Registro Oficial*, suplemento, n. 121, 2 fev. 1999. Disponível em: <repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/.../1/99879.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2011.

¹⁹ EQUADOR, 2008.

²⁰ EQUADOR, 2008.

direito nos casos de comunidades que vivem em áreas para as quais foram criados altos padrões de proteção ou nos casos em que esteja em jogo a extração de recursos não renováveis²¹. Caso haja oposição esmagadora da comunidade, a decisão é facultada, segundo o art. 398 da Constituição, à instância administrativa superior.

Há, contudo, pelo menos dois problemas constitucionais no que diz respeito aos efeitos da consulta. Primeiro, segundo o art. 32, item 2, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, da qual o Equador é signatário, a consulta deve orientar-se no sentido de “obter o seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo”²². De fato, no caso específico dos povos indígenas, o art. 57, item 7, da Constituição apenas estabelece que, “se não houver o consentimento da comunidade consultada, proceder-se-á conforma a Constituição e a lei²³.”

Um segundo problema constitucional consiste no fato de que a decisão da instância administrativa superior a que se refere o art. 398 da Carta Fundamental não pode ser superior nem contrária à Constituição, aos direitos constitucionais e ao Direito Internacional, podendo os cidadãos questionar a constitucionalidade de tal decisão com base nos remédios e garantias dispostos na própria Constituição.

No caso da exploração de recursos não renováveis em áreas de preservação e em áreas de proteção integral, autoridade

²¹ A única exceção, por razões lógicas, seria a dos povos em isolamento voluntários (art. 57-21).

²² NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas*. 2008. Disponível em: www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 13 mar. 2011.

²³ Cf. EQUADOR, 2008.

administrativa alguma tem poder de decisão, haja vista que a própria Constituição faculta exclusivamente ao Presidente da República iniciar um processo de autorização excepcional por meio de projeto de lei enviado à Assembleia Nacional. Assim, somente depois de realizada a consulta às comunidades potencialmente afetadas é que o Presidente pode prosseguir com o projeto de lei referido no art. 407, uma vez que o poder de mover tal proposta legislativa não retira dessas comunidades o direito constitucional à consulta²⁴.

Deve-se destacar que a solicitação do Presidente da República à Assembleia, tal qual disposto no art. 407, consiste em uma “projeto de lei fundamentado”. Não se refere aqui, portanto, a uma competência por meio da qual o Presidente por conta própria, de forma discricionária e autônoma, possa decidir sobre o início de atividades de extrativismo. Além disso, a *fundamentação* que a Constituição demanda não pode ser a simples enumeração de razões; deve-se apresentar uma fundamentação jurídica e técnica constitucionalmente admissível.

De fato, cabe à Assembleia Nacional, segundo o art. 407, avaliar como tal autorização de exploração beneficiará o “interesse nacional” – interesse esse que consiste em uma noção genérica e até mesmo vaga, pois certamente o “interesse público nacional” não pode, sob hipótese alguma, ser incompatível com algum procedimento que leve à violação de direitos constitucionais. Em outras palavras, uma exceção até mesmo em nível constitucional não pode ser entendida no sentido de autorizar uma violação de direitos. A inadmissibilidade de tal violação se consolida ainda mais ao se constatar que a própria Constituição, em seu art. 400, declara como de interesse público a conservação da biodiversidade e de todos os seus componentes²⁵.

²⁴ Cf. EQUADOR, 2008.

²⁵ EQUADOR, 2008.

Expressando de outra forma, ainda que o Presidente e a Assembleia possam, em conformidade com a própria Constituição, estimular atividades econômicas dentro de áreas de preservação e de áreas de proteção integral, é necessário, para que tais decisões sejam constitucionalmente válidas, que sejam seguidos não somente os procedimentos exigidos (*i.e.*, que sejam formalmente válidas), mas também que tais decisões sejam materialmente compatíveis com a Constituição no sentido de que devem ter sustentação objetiva quanto à forma pela qual tais atividades levam a uma realização mais ampla ou mais efetiva dos direitos constitucionais, o que constitui o núcleo do interesse público e nacional.

Nesse ponto cabe recordar que um aspecto essencial de qualquer Estado constitucional moderno é justamente o de subordinação à Constituição, não apenas formal ou procedimental, dos atos e normas emitidas pelas autoridades públicas, mas também material, ou seja, todos esses atos e normas devem ser respaldados pelos direitos constitucionais, dos quais devem ser sua realização e nunca seus instrumentos de violação²⁶. Assim, por exemplo, o Presidente da República pode legislar ou declarar estados de exceção, mas, para tal, deve não somente seguir os procedimentos constitucionais (validade formal) como também proceder em conformidade com os direitos estabelecidos na carta magna (validade material).

Em termos de garantias, isso significa que, até mesmo quando a Assembleia concede a declaração de interesse público

²⁶ Essa é, por exemplo, a distinção que Ferrajoli estabelece entre um Estado regido por leis ditadas segundo o procedimento constitucional (princípio da legalidade formal) e um Estado Constitucional que, mais do que seguir esses procedimentos, dita leis materialmente compatíveis com a Constituição e com os direitos ou que, do contrário, invalida aquelas que não são compatíveis (princípio estrito da legalidade). Para uma compreensão mais detalhada, veja especialmente o capítulo final de: FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2001.

nacional, esse ato ou qualquer ato administrativo do Presidente está sujeito, como todo ato de uma autoridade pública, ao controle constitucional e, portanto, é suscetível à ação de proteção ou à ação de inconstitucionalidade, conforme seja o caso, especialmente quando são verificadas violações aos direitos constitucionais.

Essa situação pode ser verificada e reforçada quando se considera a vigência de tratados internacionais de direitos humanos e ambientais ratificados pelo Estado equatoriano, os quais têm respaldo na própria Carta Fundamental. A proteção ambiental ou cultural reconhecida pelo Estado equatoriano nesses tratados não pode ficar sem efeito, a não ser mediante denúncia formal do tratado, a qual é revestida de dificuldades específicas em matéria de direitos humanos. Durante a vigência do tratado, nem o Presidente nem a Assembleia Nacional podem ignorá-lo mediante reserva. Além disso, conforme o princípio *Pacta sunt servanda* estabelecido na Convenção de Viena sobre Tratados, o Equador está obrigado a cumprir os tratados de que é signatário e não pode invocar dispositivos de seu direito interno para justificar qualquer descumprimento²⁷.

Uma situação desse tipo pode emergir no caso de se querer justificar a exploração de recursos não renováveis em áreas de proteção integral. A exceção estabelecida no art. 407 é um dispositivo do direito interno equatoriano no âmbito constitucional, mas não pode servir de justificativa para o descumprimento de obrigações e compromissos internacionais contraídos pelo Estado equatoriano, tais como a Convenção sobre Biodiversidade Biológica, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e outros instrumentos internacionais similares.

²⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL (CDI). *Convenção de Viena sobre Tratados*. 1969. Disponível em: <www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em: 13 mar. 2011.

Assim, não é admissível o contra-argumento de que a Constituição deve prevalecer sobre os tratados internacionais de direitos humanos, como sugeriria uma leitura fragmentada da primeira parte do art. 424, que estabelece a supremacia da Constituição²⁸. O contra-argumento não é admissível porque a própria Constituição, na segunda parte desse mesmo artigo, outorga aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia superior quando estes estabelecem direitos mais favoráveis do que aquela. Além disso, o art. 395, item 4, consigna o princípio *indubio pro natura*, segundo o qual, no caso de dúvida quanto à norma ou interpretação aplicável, prevalece a mais favorável à proteção da natureza.

Por fim, a decisão de explorar recursos não renováveis em áreas de proteção integral pode ser submetida a consulta popular. Compete sublinhar que esse poder não é exclusivo da Assembleia, como poderia surgir uma leitura isolada do art. 407; o Presidente da República e os cidadãos têm esse poder constitucional, desde que sigam o procedimento descrito no art. 104. Note-se que, ainda no caso de consultas populares, existe um controle prévio sobre a constitucionalidade das perguntas formuladas nessas consultas – controle esse que compete à Corte Constitucional, como prescreve esse mesmo artigo.

Uma situação específica, mas relacionada, consiste na exploração de recursos não renováveis que afetem os povos indígenas e eventualmente comunidades afro-equatorianas e “montubias” (art. 57, itens 7, 8, 12, 17 e 21)²⁹. Dado que, nesses casos, também está em jogo a diversidade sociocultural, a qual está protegida em um Estado plurinacional e intercultural, a Carta Fundamental estabelece diversos dispositivos específicos. Entre

²⁸ EQUADOR, 2008.

²⁹ EQUADOR, 2008.

eles, vale destacar o caso do art. 57, item 21, que faz referência aos territórios dos povos em isolamento voluntário; nesse caso, a Constituição estabelece que “está vedado todo e qualquer tipo de atividade extrativista”. Por conseguinte, nesses casos, não procede a autorização excepcional mediante projeto de lei, prevista no art. 407 e analisada anteriormente neste artigo³⁰.

No caso de exploração de recursos renováveis, a Constituição autoriza a exploração econômica, mas sempre em termos sustentáveis. Assim, por exemplo, o art. 406 estabelece que o Estado regulará a conservação, manejo e uso sustentável, recuperação e limitações de domínio dos ecossistemas frágeis e ameaçados³¹. Igualmente para áreas com regimes territoriais especiais, como é o caso das ilhas Galápagos e da Amazônia, assegura-se aos próprios residentes um acesso preferencial aos recursos naturais e às atividades ambientalmente sustentáveis (art. 258 e 259)³². Os “direitos da natureza” merecem menção à parte em razão do seu caráter de novidade e complexidade. Trujillo e Grijalva destacam que os arts. 71, item 74, da Constituição, que estabelecem os direitos da natureza, expressam o princípio constitucional de que o desenvolvimento e o sistema econômico não podem ser vistos como processos externos ou isolados da natureza³³. A natureza não pode ser reduzida a mera fonte de recursos naturais a serem extraídos, transformados e consumidos

³⁰ Para uma análise e conclusão diversa no caso de povos em isolamento voluntário na região de Ishpingo, Tampococha e Tiputini (ITT), cf. MELO, M.; FIGUEROA, I.; WRAY, N. *Estudio de los aspectos jurídico constitucionales da la propuesta ITT*: parecer técnico apresentado ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Quito, mar. 2009.

³¹ EQUADOR, 2008.

³² EQUADOR, 2008.

³³ Cf. TRUJILLO, J. C.; GRIJALVA, A. El fundamento constitucional de la nueva economía. *La Tendencia*, Quito, n. 10, p. 88-92, fev./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.fes-ecuador.org>>. Acesso em: 13 mar. 2011.

ao longo do processo econômico. Como os processos econômicos se dão sempre no âmbito dos ecossistemas, existe uma relação intrínseca e estrutural entre economia e natureza. Não se trata, portanto, apenas de preservar recursos naturais ou um meio ambiente saudável para gerações futuras, mas também, segundo o art. 271, de respeitar os ciclos de vida, as estruturas, as funções e os processos evolutivos naturais.

A discussão teórica em torno do fundamento e da necessidade dos direitos da natureza pode restar inconclusa³⁴, haja vista que esses direitos se pautam em um esforço de mudança de paradigma sob uma perspectiva que vai desde a antropocêntrica até a biocêntrica³⁵. Assim, esses direitos, ao serem positivados pela Constituição equatoriana, necessariamente têm o efeito de elevar os padrões de proteção ambiental. Em virtude dos direitos da natureza, o dano ambiental, para ser classificado como tal, não precisa implicar um impacto imediato e direto sobre os seres humanos³⁶. Em outras palavras, não é necessária uma violação patente do direito humano a um meio ambiente saudável; a mera interrupção danosa dos processos naturais dos próprios ecossistemas constitui uma violação da Constituição, ainda que não afete supostamente os seres humanos. Contrário ao que comumente se afirma, essa noção objetiva ou institucional do dano

³⁴ Para melhor compreensão desse debate, cf. CRESPO, R. *La naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica? CEDA: temas de análisis*, set. 2009. Disponível em: <www.ceda.org.ec>. Acesso em: 13 mar. 2011.

³⁵ Cf. a esse respeito o texto clássico de CULLINAN, C. *Wild law: a manifesto for earth justice*. United Kingdom: The Gaia Foundation, 2003.

³⁶ Dizemos impacto direto e imediato porque, no paradigma biocêntrico, o dano ambiental sempre supõe um impacto aos seres humanos, ainda que indireto ou mediado, dada a concepção da espécie humana, no marco desse paradigma, como integrada ao ecossistema Terra. Por conseguinte, em última instância, os direitos da natureza também são direitos humanos ao apontarem as condições naturais necessárias para a sobrevivência da espécie humana.

ambiental não é, na realidade, tão estranha ao Direito, como prova a existência de delitos ambientais em que se sancionam condutas de destruição do meio ambiente ainda que não a população humana não seja direta e imediatamente afetada³⁷.

4 PROPRIEDADE, AMBIENTE E ÁGUA

Pela Constituição equatoriana, a propriedade é, concomitantemente, um direito constitucional e uma instituição do regime de desenvolvimento. Por um lado, como direito constitucional, a propriedade está inclusa entre os direitos de liberdade das pessoas – mais precisamente no art. 66, item 26, justamente antes do dispositivo que estabelece o direito de se viver em um ambiente saudável. Além da propriedade privada, são reconhecidas outras formas de propriedade, como a pública, a comunitária, a cooperativa e a mista (art. 321). Por outro lado, a propriedade não é só um direito constitucional, mas também uma instituição econômica, componente objetivo do regime de desenvolvimento (art. 275) e, por essa razão, está incluída nos art. 321 a 324, na seção relativa a esse regime³⁸.

Essa natureza dual da propriedade – a de concomitantemente constituir um direito subjetivo e uma instituição objetiva – se projeta, também, no contexto ambiental. Diferentemente da Constituição

³⁷ Por exemplo, o Código Penal equatoriano, no art. 437 e seguintes, claramente diferencia formas pelas quais se afeta o meio ambiente de formas pelas quais esse impacto ao meio ambiente também prejudica a saúde humana. Esse código sanciona ambas as formas, embora com maior rigor as condutas que, ao afetarem o meio ambiente, também prejudiquem a saúde das pessoas (Cf. EQUADOR. *Código penal do Equador*. Disponível em: <www.miliarium.com/Paginas/.../Ecuador/.../cp.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2011)

³⁸ Para uma análise da propriedade na Constituição equatoriana de 2008, cf. EGAS, P. La propiedad en Santiago Andrade. In: GRIJALVA, A.; STORINI, C. (Ed.) *La Nueva Constitución del Ecuador*: estado, derechos e instituciones. Quito: Corporación Editora Nacional, 2009.

de 1998, que fazia referência somente à responsabilidade social da propriedade, a Carta Política atual estabelece a *função e responsabilidade ambiental* da propriedade em todas as suas formas (art. 66, item 26, e art. 321), o que pode inclusive subsidiar a expropriação e controle de áreas por parte dos municípios e por razões de ordem ambiental (art. 376)³⁹.

Na segunda seção deste trabalho, sublinhou-se que os direitos constitucionais se ajustam ou se limitam/regulam mutuamente. Esse ajuste pode ser feito pela própria Constituição ou ser formulado pela via legislativa ou jurisprudencial. A função ambiental da propriedade é justamente um caso de condicionamento mútuo criado pela própria Constituição entre dois direitos – o direito de propriedade e o direito a um meio ambiente saudável – e, no caso equatoriano, adicionam-se a esse último os direitos da natureza. Além disso, na primeira seção deste trabalho, também se destacou o caráter limitado, porém ativo, da soberania. Dado esse contexto, pode-se agora explicar a função limitante da soberania em sua dimensão interna, isto é, a forma como o Estado e, especificamente, os órgãos públicos regulam a propriedade para que cumpra a sua função social e ambiental.

Nesse sentido, o art. 406 estabelece que o Estado regulará “a conservação, manejo e uso sustentável, recuperação e limitações de domínio dos ecossistemas frágeis e ameaçados”. De fato, é necessário distinguir entre, de um lado, o direito de domínio privado ou coletivo de recursos naturais⁴⁰ e, de outro, o exercício soberano que o Estado tem sobre a biodiversidade expressa nesses bens ou incorporada a eles (art. 400) – exercício esse derivado

³⁹ Cf. EQUADOR, 1988.

⁴⁰ Excluem-se aqui, por serem de propriedade exclusiva do Estado (art. 317 e 408), os recursos naturais não renováveis e os produtos do subsolo, jazidas minerais e hidrocarbonetos, bem como outras substâncias cuja natureza seja distinta da do solo.

justamente dessas limitações legítimas em relação ao domínio. Nessa toada, a Constituição de 2008 integra o conceito de patrimônio natural (art. 3, item 3, e art. 404). Essa é uma situação, em certa medida, comparável à do patrimônio cultural tangível e intangível do qual o Estado é titular independentemente do fato de alguns particulares poderem exercer domínio sobre alguns bens – domínio esse limitado e regulado em virtude da natureza desse patrimônio (art. 379 e 380)⁴¹.

Para regular e preservar a biodiversidade, a Constituição criou, por meio do art. 405, um Sistema Nacional de Áreas de Preservação, o qual integra subsistemas comunitários e privados, estando todo o conjunto desse sistema, segundo esse artigo, sob o controle e regulação do Estado. Observa-se que existe uma aparente contradição entre esse dispositivo e aquele incluído no art. 397, item 4, segundo o qual “[o] manejo e administração das áreas naturais protegidas está a cargo do Estado”⁴². Vale aqui esclarecer que o subsistema estatal compreende o manejo e a administração exercidos pelo Estado, enquanto o controle e regulação se dão no âmbito dos demais subsistemas⁴³.

Conseqüentemente, no caso dos proprietários particulares e comunitários de áreas de elevada biodiversidade, o Estado tem o poder e o dever, segundo o art. 405, de garantir “a conservação da biodiversidade e a manutenção das funções ecológicas”, haja vista que essas áreas de propriedade privada integram o Sistema Nacional de Áreas de Proteção e a biodiversidade e o patrimônio genético constituem inclusive setores estratégicos (art. 313) e bens de interesse público (art. 14, item 2) com relação aos quais os proprietários privados e comunitários estão

⁴¹ Cf. EQUADOR, 2008.

⁴² EQUADOR, 2008.

⁴³ Cf. MELO; FIGUEROA; WRAY, 2009.

obrigados a cumprir regulações específicas de gestão ambiental determinadas pelo Estado. Esse poder regulatório do Estado só pode ser o objetivamente necessário para a conservação da biodiversidade, uma vez que tal poder se encontra limitado pelos direitos constitucionais dos proprietários privados e comunitários garantidos pela Constituição enquanto a propriedade cumpra a sua função ambiental (art. 57, item 4, art. 66, item 26, e art. 321). Em suma, da noção relativa de soberania, que é aquela adotada pela Constituição, deriva um exercício constitucionalmente regulado dos poderes públicos, cuja orientação e limitações se encontram basicamente nos direitos constitucionais⁴⁴.

Um direito constitucional inovador é o direito da água, reconhecido no art. 12. Esse dispositivo estabelece que a água constitui patrimônio nacional estratégico e de uso público. O art. 12, ao versar que o direito humano à água “é fundamental e irrenunciável”, incorre em uma caracterização desnecessária. O conceito de “direito fundamental”⁴⁵ não se enquadra bem na Constituição de 2008, já que alude aos sistemas constitucionais em que se faz diferenciação entre direitos fundamentais e outros direitos constitucionais, como é o caso, por exemplo, das constituições colombiana e espanhola. Essa diferenciação geralmente guarda relações com o sistema de garantias constitucionais⁴⁶, dado que, com frequência, é possível pleitear tutela ou interpor ação de amparo apenas contra a violação de direitos fundamentais.

Em contraste, o art. 11, item 6, da Constituição equatoriana de 2008 declara que todos os direitos constitucionais são

⁴⁴ EQUADOR, 2008.

⁴⁵ EQUADOR, 2008.

⁴⁶ Grijalva e Melo examinam as garantias constitucionais do direito ao meio ambiente à luz da Constituição de 1998. Essa análise pode ser útil para uma comparação com a Constituição atual. (Cf. GRIJALVA; MELO, 2007)

interdependentes e têm igual hierarquia, enquanto o art. 88 estabelece que a ação de proteção tem por objeto a tutela de todos os direitos constitucionais, salvo aqueles para os quais a própria constituição cria garantias específicas, como o *habeas corpus* no caso do direito à liberdade⁴⁷. Em suma, no caso equatoriano, pode-se afirmar que essa categoria, de direitos fundamentais, é inaplicável pelo fato de todos os direitos terem a mesma hierarquia.

Por conseguinte, os possíveis conflitos entre o direito à água e outros direitos, incluindo os direitos à natureza, devem ser resolvidos com base nos critérios de ponderação supramencionados e que, nesse momento, convém serem sintetizados: (i) determinar se a própria Constituição inclui uma ponderação de acordo com qual um direito está limitado por outro em função do maior exercício possível dos direitos; (ii) estabelecer se o legislador apontou em lei alguma ponderação geral entre esses direitos; e (iii) desenvolver uma jurisprudência constitucional que elabore a ponderação de direitos para casos específicos e que abra precedente para casos similares. Em todos os casos, a ponderação deve ser razoável, proporcional e necessária.

No caso do direito à água, deve-se destacar que a Constituição já faz certo tipo de ponderação ao estabelecer que a sustentabilidade dos ecossistemas e o consumo humano têm prioridade no que tange ao uso e aproveitamento da água (art. 411, item 2). Nesse sentido, outros direitos – como o de desenvolver atividades econômicas (art. 66, item 15), o qual implica o uso da água para fins produtivos – podem ser legitimamente limitados ante as prioridades supramencionadas; e, de fato, o art. 318, item 4, impõe como requisito a autorização do Estado para o uso da água com fins produtivos⁴⁸.

⁴⁷ EQUADOR, 2008.

⁴⁸ Cf. EQUADOR, 2008.

No caso de conflitos entre o uso da água para a sustentabilidade dos ecossistemas e o uso da água para consumo humano, devem ser determinados múltiplos aspectos, como o impacto ambiental e o impacto social no caso específico, a existência de tecnologias sustentáveis, a possibilidade de fontes alternativas de água etc. Só uma avaliação nesse nível específico e com base em indicadores técnicos e normas legais constitucionalmente adequadas pode oferecer uma ponderação constitucional que de fato conduza à maior efetivação dos direitos.

Outro aspecto que se pode destacar em relação ao direito à água é a sua inclusão entre os direitos de bem-estar (meio ambiente, educação, moradia e saúde), os quais, na doutrina, são conhecidos como Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC). Esses direitos se caracterizam, embora de forma não exclusiva, por sua relação direta e estrutural com as políticas públicas e, no caso da água, isso se expressa no art. 314, que faz do Estado o responsável pelo fornecimento de água potável e de irrigação.

Tal qual no caso da exploração de recursos não renováveis em áreas de proteção integral, a gestão da água deve atender, em todos os casos – independentemente da composição do órgão de gestão –, aos procedimentos e aos parâmetros materiais implicados pelo direito à água e outros direitos constitucionais.

5 CONCLUSÃO

A Constituição equatoriana de 2008, provavelmente, encontra-se entre as constituições que estabelecem maiores padrões de proteção ambiental sob a perspectiva do direito comparado. Nela, a dimensão ambiental se desenvolve de forma transversal, incluindo-se no conteúdo de outros direitos e estabelecendo-se como uma dimensão de múltiplos processos da atividade econômica, dentre

os quais estão princípios como os de precaução, responsabilidade objetiva, consulta prévia e *indubio pro natura*. Nela, dá-se proteção a povos em isolamento voluntário em áreas de proteção integral e restringem-se atividades extrativistas em áreas de elevada biodiversidade; estabelecem-se o direito à água e disposições relativas à biosfera, à ecologia urbana e a energias alternativas; e chega-se inclusive a declarar os direitos da natureza.

No entanto, a própria Constituição estabelece alguns procedimentos que poderiam levar a desenvolver atividades econômicas que violam esses direitos e princípios, como é o caso das decisões administrativas quanto à exploração de recursos não renováveis em áreas de proteção integral ou contra a vontade das comunidades afetadas.

Esse paradoxo não pode ser resolvido com a mera aceitação de que a Constituição autoriza a violação de direitos em caráter excepcional. Uma vez que a finalidade do Estado e o núcleo da Constituição são os direitos, as decisões administrativas devem ser formal e materialmente compatíveis com esses direitos. Um postulado central do atual constitucionalismo é o princípio da efetividade dos direitos por meio do desenvolvimento de garantias de diversas ordens. Por conseguinte, uma Constituição não pode ser interpretada no sentido de autorizar violação de direitos constitucionais, pois essa é uma postura contrária ao seu próprio fundamento e à sua função.

Biodiversity constitutional law: natural heritage, fragile ecosystems and natural resources

Abstract: Sovereignty in the Ecuadorian Constitution is formulated in relative terms. This means that the power of the state is externally limited by international law, internally

limited by the Constitution, and particularly by the rights it establishes. Additionally, it should be noted that the holder of sovereignty is not the government but rather the people, who exercise sovereignty through a complex of public bodies with specific constitutional powers and by means of direct citizen participation. These assumptions have important consequences on the environment since it implies that no government may violate environmental constitutional and international rights on the grounds that it is exercising sovereignty over natural resources. The constitutional limitations on sovereignty are exemplified clearly in the case of the ban on exploitation of nonrenewable natural resources in protected and intangible areas. Although the Constitution allows for exceptional development of mining activities in these areas, it establishes rigorous standards and procedures to ensure formal and material constitutional validity of a decision by public authorities in this regard. In any case, these acts of public authorities, like all regulations, are subject to constitutional control before and after their adoption. In the case of intangible areas where people live in voluntary isolation, the Constitution directly weighs rights and outlaws any economic activity in the area, further establishing the priority of the physical and cultural survival of indigenous peoples. Another consideration of rights directly made by the Constitution is related to the right to water, while explicitly prioritizing sustainability of ecosystems and human consumption. Also in the case of private property and community biodiverse areas, the Constitution imposes an environmental function on the property, and in that regard, subject to an institutional system under its stewardship. In other situations where environmental constitutional rights may conflict with other constitutional rights, it is necessary to analyze the matter through a careful process whether based on law or constitutional jurisprudence. To this end, one has to bear in mind that the Ecuadorian constitution gives equal status to these rights and considers them as mutually

complementary, and thus any regulation to a right must be made on the basis of the proper exercise of another right, and the largest possible exercise of all rights. In any case, any limitation must be reasonable, proportionate and necessary. In general, the principle of constitutional rights effectiveness determines that the institutional structure and the procedures established under the Constitution in fact constitute the means of exercising rights rather than mechanisms to justify their violation. The application of this criterion on environmental matters is essential for the consolidation of truly functional institutions with respect to environmental protection. Development is certainly a goal that the Constitution recognizes and encourages, but conceptualized not only as economic growth but as a comprehensive and sustainable economic activity, which requires either a means of exercise of rights, which not only ensure the availability of natural resources for future generations, but also the preservation, reproduction and development of nature as being valuable in itself, beyond the immediate and direct effects of environmental damage on human beings.

Keywords: Biodiversity. Sovereignty. Constitutional Environmental Law. Rights of nature. Intangibility.

REFERÊNCIAS

ALBÁN, M. A. El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano. In: PEREZ ORDÓÑEZ, D. (Comp.). *La Constitución ciudadana*. Quito: Santillana, 2009.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Departamento de Conservação da Biodiversidade. *Convenção sobre a diversidade biológica*. 2000. Disponível em: <www.propep.ufpa.br/spi/legislacao/outros-CDBPORT.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2011.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL (CDI). *Convenção de Viena sobre Tratados*. 1969. Disponível em: <www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em: 13 mar. 2011.

CRESPO, R. La naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica? *CEDA: temas de análisis*, set. 2009. Disponível em: <www.ceda.org.ec>. Acesso em: 13 mar. 2011.

CULLINAN, C. *Wild law: a manifesto for earth justice*. United Kingdom: The Gaia Foundation, 2003.

EGAS, P. La propiedad en Santiago Andrade. In: GRIJALVA, A.; STORINI, C. (Ed.) *La nueva Constitución del Ecuador: estado, derechos e instituciones*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2009.

EQUADOR. *Código penal do Equador*. Disponível em: <www.miliarium.com/Paginas/.../Ecuador/.../cp.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2011.

EQUADOR. Constituição (2008). *Constituição do Equador*, 2008. Disponível em: <pdba.georgetown.edu/constitutions/ecuador/ecuador.html>. Acesso em: 13 mar. 2011.

EQUADOR. Constituição política (1988). *Constituição política do Equador*, 1998. Disponível em: <pdba.georgetown.edu/constitutions/ecuador/ecuador.html>. Acesso em: 13 mar. 2011.

EQUADOR. Decreto ejecutivo n. 551/1999. Declaración Parque Cuyabeno Zona de Conservación Especial. *Registro Oficial*, suplemento n. 121, 2 fev. 1999. Disponível em: <es.scribd.com/doc/.../Reg-La-Mento-1215>. Acesso em: 13 mar. 2011.

EQUADOR. Decreto n. 552/1999. Territorio especial para los pueblos indígenas en aislamiento denominado Zona Intangible Tagaeri-Taromenane (ZITT). *Registro Oficial*, suplemento n. 121, 2 fev. 1999. Disponível em: <repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/.../1/99879.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2001.

GRIJALVA, A. Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana del 2008. *Revista Ecuador Debate*, Quito, n. 75, p. 49-62, dez. 2008.

GRIJALVA, A.; MELO, M. Constitución y responsabilidad por daño ambiental. *Ruptura*, Quito, n. 51, 2007.

GRIJALVA, A.; STORINI, C. (Ed.) *La nueva Constitución del Ecuador: estado, derechos e instituciones*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2009.

MELO, M.; FIGUEROA, I.; WRAY, N. *Estudio de los aspectos jurídico constitucionales de la propuesta ITT*: informe de consultoría presentado al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Quito, mar. 2009.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas*. 2008. Disponível em: <www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2011.

PEREZ ORDOÑEZ, D. (Comp.). *La Constitución ciudadana*. Quito: Santillana, 2009.

PRIETO SANCHIS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

TRUJILLO, J. C.; GRIJALVA, A. El fundamento constitucional de la nueva economía. *La Tendencia*, Quito, n. 10, p. 88-92, fev./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.fes-ecuador.org>>. Acesso em: 13 mar. 2011.

VILA CASADO, I. *Nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Ibáñez, 2002.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2005.

Enviado em 18 de junho de 2011.

Aceito em 22 de setembro de 2011.

