

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Taísa Villa Furlanetto

**O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR LATINO-AMERICANO:
implicações na restauração e reparação do dano ambiental**

Caxias do Sul
2014

TAÍSA VILLA FURLANETTO

**O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR LATINO-AMERICANO:
implicações na restauração e reparação do dano ambiental**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Universidade de Caxias do Sul (UCS) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Ambiental. Orientador: Professor Dr. Enzo Bello

Caxias do Sul

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS - BICE - Processamento Técnico

F985c Furlanetto, Taísa Villa

O constitucionalismo transformador latino-americano: implicações na restauração e reparação do dano ambiental / Taísa Villa Furlanetto. 2014. 109 f. ; 30 cm

Apresenta bibliografia.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2014.

Orientação: Prof. Dr. Enzo Bello

1. Direito ambiental – América Latina. 2. Direito constitucional. 3. Dano ambiental. I. Título.

CDU 2.ed. : 349.6(8)

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito ambiental – América Latina	349.6(8)
2. Direito constitucional	342
3. Dano ambiental	630*38

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Carolina Machado Quadros – CRB 10/2236.



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

**“O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR LATINO-AMERICANO:
implicações na restauração e reparação do dano ambiental”**

Taísa Villa Furlanetto

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental e Novos Direitos.

Caxias do Sul, 27 de Março de 2014.

Prof. Dr. Enzo Bello (Orientador)
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Ricardo Nery Falbo
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Profa. Dra. Caroline Ferri
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira
Universidade de Caxias do Sul



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
Sistema de Bibliotecas



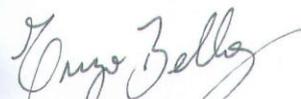
UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

ATA DE SESSÃO PÚBLICA
DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

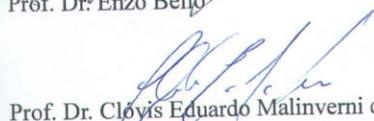


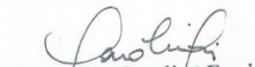
Ata da sessão pública de defesa da dissertação de
mestrado em Direito de
Taísa Villa Furlanetto realizada no dia 27 de Março de
2014, às 18h30min.

Aos vinte e sete dias do mês de março de dois mil e quatorze, às dezoito horas e trinta minutos, na sala 301 do Bloco 58 da Cidade Universitária, em sessão pública, reuniu-se a Banca Examinadora da dissertação de mestrado de **Taísa Villa Furlanetto**. A dissertação intitula-se **“O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR LATINO-AMERICANO: implicações na restauração e reparação do dano ambiental”**. Integraram a Banca Examinadora os professores doutores Enzo Bello (Presidente e orientador, Universidade de Caxias do Sul), Ricardo Nery Falbo (Universidade do Estado do Rio de Janeiro), Caroline Ferri (Universidade de Caxias do Sul), Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira (Universidade de Caxias do Sul). Aberta a sessão, o Presidente fez as saudações e os agradecimentos de praxe e leu o artigo 36º do *Regulamento do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito* aprovado pela Resolução n. 11/2003 do Conselho Universitário da Universidade de Caxias do Sul. Na sequência, o mestrando expôs o conteúdo do trabalho e foi arguido sucessivamente pelos professores acima citados. Concluída a fase de arguições e respostas, o Presidente suspendeu por dez minutos a sessão pública de defesa para que a Banca Examinadora, em reunião reservada, atribuisse nota e grau final. Reaberta a sessão pública de defesa, o Presidente leu o parecer emitido pela Banca Examinadora: “A Banca Examinadora atribui **nota média** 9,5, equivalente, segundo o artigo 203, *caput* e § 1º do *Regimento Geral da Universidade de Caxias do Sul*, ao **grau final** 4,0 e recomenda à Universidade de Caxias do Sul a concessão do título de Mestre em Direito a **Taísa Villa Furlanetto**”. Após a leitura do parecer, o Presidente agradeceu a todos pela presença e declarou encerrada a sessão. A presente ata foi lavrada por mim, Simone Rodrigues de Souza, Secretária Administrativa do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, e está assinada pelo Presidente e demais membros da Banca Examinadora.


Prof. Dr. Enzo Bello


Prof. Dr. Ricardo Nery Falbo


Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira


Profa. Dra. Caroline Ferri

CIDADE UNIVERSITÁRIA
Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – B. Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Telefone / Telefax (54) 3218 2100 – www.ues.br
Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul – CNPJ 88 648 761/0001-03 – CGC/TE 029/0089530

Gráfica Nordeste Ltda. – 130033

Por sempre ter acreditado em meus sonhos e colaborado sem medir esforços na sua concretização, dedico este trabalho acadêmico, a meu avô materno, Avelino Villa.

Agradecimentos

Agradeço a Deus, pela vida que me confiou, pois sem ela nenhum sonho seria concretizado;

Agradeço a Nossa Senhora Desatadora dos Nós, a quem inúmeras vezes recorri nos momentos de angústia;

Agradeço a meu orientador Enzo Bello, que sempre esteve presente e disposto a colaborar em tudo o que fosse preciso;

Agradeço ao meu namorado, por compreender os momentos de ausência;

Agradeço aos meus familiares pelo apoio prestado e em especial a minha irmã Laura, por todas as vezes que foi a biblioteca retirar e devolver as obras que necessitei para confecção dos artigos científicos do curso de mestrado.

A todos vocês, Muito Obrigado!

*Tente,
E não diga que a vitória está perdida,
Se é de batalhas que se vive a vida.*

Raul Seixas

RESUMO

As terras ameríndias são o berço originário do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Este novo momento constitucional é consequência de uma série de modificações que foram sendo introduzidas nos textos políticos dos países da América Latina em virtude de reivindicações e lutas dos excluídos (indígenas, negros e afrodescendentes etc) em prol de uma mudança na forma como eram tratados pelo Estado Nacional. Entre as exigências populares estavam: a refundação do Estado, a passagem de um Estado Nacional para um Estado Plurinacional, o reconhecimento da diversidade cultural, dos direitos indígenas, do pluralismo jurídico, a aproximação do povo das decisões políticas, a solução de inúmeros problemas sociais etc. As Constituições que bem representam este constitucionalismo transformador são as Cartas Políticas equatoriana de 2008 e a boliviana de 2009. Contudo, há estudiosos que afirmam que este novo ciclo andino é inaugurado e composto também pela Carta Magna venezuelana de 1999, uma vez que ela foi votada efetivamente pelo povo. Apesar de o Equador possuir em sua história inúmeras Constituições, nenhuma foi tão esperada como a de Montecristi, que positivou os anseios populares e após através de referendo aprovou a nova Constituinte. Considerada referência para o novo constitucionalismo latino-americano, ela deixa no passado o antropocentrismo e avança rumo ao biocentrismo, trata à natureza como sujeito de direitos, lhe atribui o direito à restauração, consagra o “sumak kawsay”, ou seja, uma vida em harmonia com a “Pachamama” que reflete no modelo de desenvolvimento, na economia e em diversos outros pontos positivados em seu texto legal. A forma como os danos ambientais serão reparados no Brasil e no Equador diferem. No ordenamento jurídico brasileiro estão previstas como medidas reparatórias: a restauração “in natura”, a compensação ecológica e a indenização. Já no país andino, compensações e indenizações são destinadas as vítimas do dano ambiental, para a “Pachamama” só cabe a restauração. E isso decorre do fato dela possuir direitos próprios e não por intermédio dos seres humanos, conquista que deriva do novo constitucionalismo latino-americano.

Palavras-chave: Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Direitos da Natureza. Reparabilidade. Brasil. Equador.

RESUMEN

Tierras amerindias sean originarios del lugar de nacimiento del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano . Este nuevo momento constitucional es el resultado de una serie de cambios que se introdujeron en los textos políticos de América Latina, porque de las reclamaciones y las luchas de los excluidos (indígenas , negro y afro etc) a favor de un cambio en la forma en que fueron tratados por Estado Nacional. Entre las demandas populares fueron: la refundación del Estado, el paso de un Estado Nacional a un Estado Plurinacional , el reconocimiento de la diversidad cultural, los derechos indígenas, pluralismo jurídico, el acercamiento de las personas en las decisiones políticas, la solución de muchos problemas sociales etc . Las Constituciones que representan bien este constitucionalismo transformador son la Carta política ecuatoriana 2008 y boliviana 2009 . Sin embargo, hay estudiosos que afirman que esta nuevo ciclo y también compuso por el venezolano Carta Magna de 1999, ya que ella era en realidad votaron por el pueblo de Venezuela. Aunque Ecuador tiene mucha historia en sus constituciones , ninguno fue tan esperado como de Montecristi , que positivou anhelos populares y después de un referéndum aprobó la nueva Asamblea Constituyente. Considerado una referencia al nuevo constitucionalismo latinoamericano, deja última antropocentrismo y avanza hacia el biocentrismo, trata a la naturaleza como sujeto de derechos, el derecho asigna restauración, consagra el " sumak kawsay ", es decir , una vida en armonía con la " Pachamama " que refleja el modelo de desarrollo, la economía y muchos otros puntos positivizado en el texto legal. La forma en que el daño ambiental será reparado en Brasil y Ecuador difieren. En el sistema jurídico brasileño se proporcionan a título de reparaciones: la restauración de la naturaleza, la compensación ecológica y la indemnización. Usted compensaciones países andinos e indemnizaciones sean víctimas de daños ambientales la intención de la " Pachamama ", sólo se ajusta a la restauración. Y esto se debe al hecho de que tiene su propia y no a través de los seres humanos, los logros que se deriva de los nuevos derechos constitucionalismo latinoamericano .

Palabras Clave: Nuevo constitucionalismo Latino-Americano. Derechos de la Naturaleza. Reparabilidad. Brasil. Ecuador.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: CONTEXTUALIZAÇÃO	15
1.1 O Novo Constitucionalismo na América Latina	15
1.2 O Novo Constitucionalismo Transformador no Equador	32
2 O RESGATE DA PACHAMAMA PELO NOVO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR	42
2.1 A natureza como sujeito de direitos	42
2.2 O “Buen Vivir” e/ou “Vivir Bien”	52
3A RESTAURAÇÃO DO DANO AMBIENTAL NO BRASIL E NO EQUADOR 67	
3.1 Formas de reparação do dano ambiental no ordenamento jurídico brasileiro	67
3.2 A restauração do dano ambiental no Equador	93
CONSIDERAÇÕES FINAIS	100
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	104

INTRODUÇÃO

É dos Andes, em especial da Bolívia e do Equador, que no século XXI floresce para o mundo um novo modelo e momento na história do constitucionalismo mundial, denominado de Novo Constitucionalismo Latino-Americano, Constitucionalismo Andino, ou ainda Constitucionalismo Transformador. E que está disposto a deixar no passado o colonialismo eurocêntrico que, por séculos, dominou a região ameríndia, e aniquilou a cultura e a sabedoria local e submeteu o povo originário à condição de escravo físico e intelectual. Objetiva realizar esta ruptura iniciando pela refundação do Estado. Nesta nova construção, aproxima os excluídos das decisões políticas, busca nos conhecimentos milenares indígenas, antes totalmente desprezados por diferenciarem-se da cultura central, o seu modo de vida e convívio com a natureza, o “buen vivir”, que passa a estruturar o novo Estado.

A partir de sua proliferação nas terras latino-americanas e das inovações fantásticas incluídas nos textos constitucionais, como o “buen vivir” e os direitos da natureza, passou-se a imaginar as implicações na reparabilidade do dano ambiental em um país como o Equador, adepto a este novo momento constitucional e as diferenças em relação ao Brasil, cujo ordenamento jurídico não considera a natureza sujeito de direitos.

Como consequência da atribuição de direitos a “Pachamama”, consagrou-se em texto constitucional equatoriano o direito à restauração da natureza. Neste prisma, danos ao meio ambiente só comportam restauração. Indenizações e compensações serão atribuídas e destinadas às pessoas vítimas de danos ambientais, mas não à “Pachamama”. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro, prevê como medidas reparatórias da lesão ambiental: restauração “in natura”, compensação ecológica e indenização. Os dois primeiros institutos correspondem a condutas humanas realizadas diretamente no meio ambiente alvo da lesão ou em bem natural diverso. Já o último representa a conversão em valor pecuniário.

Assim, estabeleceu-se como objetivo geral de pesquisa, a demonstração de que o posicionamento adotado pelo Constitucionalismo Andino, ao atribuir direitos à natureza, não representava uma utopia, mas uma ruptura necessária na ideia difundida no mundo pelo colonialismo europeu de que apenas os seres humanos poderiam ser sujeito de direitos. Além deste objetivo, foram estabelecidos também outros três específicos. O primeiro, analisar o desenvolvimento do Novo Constitucionalismo na América Latina e em especial no Equador, verificando as condições que levaram este país a formular esta nova corrente constitucional. O segundo, examinar o instituto do “buen vivir”, vindo do conhecimento ancestral indígena e consagrado na Constituição de Montecristi como alternativa ao rumo da “Pachamama”. O

terceiro, comparar as Cartas Políticas do Brasil e do Equador em relação aos seguintes institutos: restauração, reparação, compensação ecológica e indenização do dano ambiental.

O tratamento dispensado pelo homem à natureza justifica o interesse no desenvolvimento desta pesquisa. A “Pachamama” é vista pela maioria dos seres humanos como uma fonte de renda, independentemente de seus recursos serem finitos. A retirada de bens naturais representa a possibilidade de acumulação de riqueza, não havendo limite algum, o homem busca acumular mais e mais, não se preocupando com as consequências de sua ação danosa. É nesta mentalidade catastrófica, incutida pelo colonialismo que o Constitucionalismo Transformador busca uma mudança de paradigma.

O problema que se estruturou para o desenvolvimento da presente pesquisa foi se o Novo Constitucionalismo Transformador possuía mecanismos para assegurar à “Pachamama” o “status” de sujeito de direitos adquirido em 2008 na Carta Política Equatoriana. E se, no caso do Brasil, a não atribuição de titularidade de direitos ao meio ambiente enfraqueceria o instituto da restauração do dano ambiental.

Como hipótese de pesquisa se estabeleceu que o que sustenta os direitos da natureza na Carta Política Equatoriana é o “buen vivir”, ou seja, o modo de vida, o respeito, o tratamento, o significado da “Pachamama” para os andinos, independentemente de qualquer positivação legal. Em relação ao Brasil em que os direitos da natureza não são reconhecidos como direitos próprios, há um déficit em relação ao vizinho equatoriano, pois o dano ambiental pode ser compensado por indenização.

O marco teórico – filosófico não poderia ser outro, o “buen vivir”, afinal é a partir dele que são construídos os textos constitucionais referências do Constitucionalismo Andino. O “vivir bien” é um modelo de vida em ampla sintonia com a natureza. Esta não é vista como um objeto a inteiro dispor do homem para o extrativismo, mas homem e “Pachamama” se completam uns aos outros. Com o objetivo de desvendar o significado do “buen vivir” se avalia a definição de diversos estudiosos sobre o tema. Para Fernando Huanacuni Mamani¹ o conceito está relacionado com o equilíbrio e a harmonia com os cosmos, ciclos e todo o tipo de vida existente junto à “Pachamama”. Segundo David Choquehuanca Céspedes² é uma vida em comunidade, com um tratamento fraterno aos demais seres, onde não existirá excluídos

¹ MAMANI, Fernando Huanacuni. *Buen Vivir/ Vivir Bien: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. 3.ed. Lima (Peru): Coordinadora Andina de Organizacoes Indígenas – CAOI, 2010. Disponível em: <<http://www.coordinadoracaoi.org/portal/sites/default/files/Libro%20%20Buen%20Vivir%20y%20Vivir%20Bien.pdf>>. Acesso em 01 de maio de 2013, p. 49.

² CÉSPEDES, David Choquehuanca. *Hacia la reconstrucción del Vivir Bien. America Latina en movimiento*. Quito, 452, año XXXIV, II época, p. 8, 2010.

e nem explorados, e não haja maus tratos à natureza. Conforme Pablo Dávalos³ é um estilo de vida que se desvincula da modernidade e do crescimento econômico, da mercantilização da “Naturaleza”. É um relacionamento com os demais seres humanos e com a “Pachamama”, bem como com todos os seus seres, diferente do padrão ocidental, considerando valores éticos e humanos, sem deixar de considerar uma visão holística do todo.

A linha metodológica utilizada para o desenvolvimento da pesquisa foi a crítica, de vertente jurídico teórico-normativa. Foram analisadas as semelhanças e diferenças entre os ordenamentos jurídicos do Equador e do Brasil. As técnicas de pesquisa centrais utilizadas foram: pesquisa bibliográfica e análise documental.

A presente dissertação é dividida em três capítulos, cada qual composto por dois sub-capítulos. O primeiro intitulado de “O Novo Constitucionalismo Latino-Americano: contextualização” e os sub-capítulos são: “O Novo Constitucionalismo na América Latina” e “O Novo Constitucionalismo Transformador no Equador”. Integram o segundo capítulo, “O resgate da Pachamama pelo Constitucionalismo Transformador” os sub-capítulos “A natureza como sujeito de direitos” e “O “Buen Vivir” e/ou “Vivir Bien”. Por fim, o último capítulo denominado de “A restauração do dano ambiental no Brasil e no Equador” possui como sub-capítulos “Formas de reparação do dano ambiental no ordenamento jurídico brasileiro” e “A restauração do dano ambiental no Equador”.

Inicia-se o primeiro sub-capítulo, realizando ponderações em relação ao modelo econômico neoliberal que se expandiu pela América Latina nos anos 80 e 90 e que junto a outras insatisfações sociais, desencadeou reivindicações populares por uma mudança. Neste mesmo período, realizou-se uma série de alterações nos textos políticos de países latino – americanos que passaram a positivar direitos almejados por esta camada social, como: identidade cultural, direitos indígenas, estado plurinacional etc. Contudo, é apenas no novo século que as terras andinas conhecem o Constitucionalismo Transformador, através das Cartas Políticas do Equador (2008) e da Bolívia (2009). Estas partem da refundação do Estado, deixando no pretérito as características excludentes do Estado Nacional. O novo Estado plurinacional aproxima o povo das decisões políticas, reconhece o pluralismo jurídico, eleva ao mesmo nível a justiça ordinária e justiça indígena, amplia direitos coletivos etc. Para compreender melhor o que significou a aniquilação do povo ameríndio pelos colonizadores e as consequências que isto gerou mesmo após a independência, se trabalha com a Filosofia da

³ DÁVALOS, Pablo. *Reflexiones sobre el sumak kawsay (el buen vivir) y las teorías del desarrollo*. Disponível em: <<http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/100602.pdf>> Acesso em: 05 de novembro de 2013.

Libertação de Enrique Dussel. Também se diferencia o constitucionalismo latino-americano do neoconstitucionalismo. E finaliza-se o primeiro tópico analisando as seguintes características presentes em ambos os textos constitucionais transformadores: interculturalidade, plurinacionalidade e pluralismo jurídico.

No segundo sub-capítulo se direciona a pesquisa ao estudo do Constitucionalismo Andino no Equador. Analisa-se brevemente as inúmeras Constituições do país até a promulgação da Constituição de Montecristi. Em relação a esta, destina-se espaço para observar a sua confecção e a participação popular nesta construção. É uma Carta Política que positiva os direitos da “Naturaleza”, o “buen vivir”, o desenvolvimento sustentável, a economia solidária, a soberania alimentar, os direitos coletivos, etc. Cada um destes, será tratado com maiores detalhes neste sub-capítulo.

O tópico primeiro, do segundo capítulo, descreve a atribuição de direitos à “Pachamama”. Adentra-se no assunto desde a Teoria de Gaia, uma posição e comprovação científica do cientista britânico James Lovelock, que vê a Terra como um ser vivo. Após, trata-se da “deep ecology”, ou seja, ecologia profunda, que considera a natureza como detentora de direitos. Analisa-se os pensadores ecológicos Aldo Leopold, Peter Singer, Tom Regan e Hans Jonas. Busca-se o significado de Pachamama desde a cosmovisão andina, e verifica-se nos dispositivos constitucionais da Carta Política equatotiana (art. 71 a 74) e boliviana (art. 33 a 34) a consagração da natureza como detentora de personalidade jurídica. Finaliza-se destacando o giro biocêntrico, que deriva da atribuição de direitos e que possibilita o afastamento do antropocentrismo.

Já no segundo sub-capítulo, se tem por objetivo estudar o que significa, o que representa, o que verdadeiramente é o “buen vivir” ou “vivir bien”. Para isso, se parte da diferenciação existente entre as expressões linguísticas utilizadas por diversos povos indígenas para referirem-se ao “sumak kawsay”, verificando-se também o significado do “suma qamaña” para cada um deles. Após se diferencia os termos amerídeos “vivir bien” e “la vida dulce” dos conceitos ocidentais de “viver melhor” e “buena vida”. Através de estudiosos como: Pablo Dávalos, René Ramirez Gallegos, Alberto Acosta, Eduardo Gudynas, Carlos Pérez Guartambel, Norman Wray, Josef Esterman e Vandana Shiva se aprimora os conhecimentos em relação ao tema. Na filosofia andina, encontra-se os princípios raízes do “buen vivir”, que são: holístico, correspondência, complementariedade e reciprocidade. Verifica-se a forma como as Constituições equatoriana de 2008 e boliviana de 2009 positivam o “suma qamaña”. A primeira apresenta como “Derechos del buen vivir”, “Regimen del buen

vivir” e também como um princípio. A segunda o descreve como um princípio ético – moral. Por fim, examina-se os 25 postulados bolivianos que almejam o “vivir bien”.

O último capítulo trata da reparação e restauração do dano ambiental no Brasil e no Equador. No primeiro tópico, torna-se indispensável considerar questões sobre o dano, como suas características e extensão, já que a lesão ao bem ambiental classifica-se em: individual, coletiva, patrimonial e extrapatrimonial. Prevê o ordenamento jurídico brasileiro que a reparação do dano ambiental ocorre por: restauração “in natura” (no próprio local do dano), compensação ecológica (em local diverso a lesão) e indenização (substituição por valor pecuniário). Realiza-se didaticamente a diferenciação de cada um destes institutos. E em relação à indenização, verifica-se o que deve compreender o valor pecuniário a ser fixado pelo magistrado. Considera-se também as medidas judiciais que amparam a busca pela reparabilidade da lesão ambiental e finaliza-se com o estudo de cinco casos judiciais relacionados a danos ambientais passíveis de reparabilidade, com o objetivo de aproximar a doutrina e a prática.

O sub-capítulo final, versa sobre a restauração do dano ambiental no Equador, que devido à atribuição de direitos à natureza afasta qualquer forma de indenização ou compensação a “Pachamama”. A esta, apenas se enquadra a restauração, um direito assegurado no art. 72 da Constituição de Montecristi. Verifica-se ainda quais são as medidas a serem tomadas quando a restauração “in situ” não for possível e como devem ser reparados os danos ambientais que atingem os seres humanos. Examina-se dois casos judiciais, que ingressaram no judiciário equatoriano em 2011 e 2012, que são “Rio Vilcabamba” e “Galápagos” em que os direitos da natureza são confirmados no mundo real.

1. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano: contextualização

Este capítulo divide-se em dois sub-capítulos. O primeiro mais abrangente realiza uma contextualização do Novo Constitucionalismo Latino-Americano e o segundo analisa este constitucionalismo transformador no Equador.

Em linhas gerais, se inicia o primeiro tópico tratando do modelo neoliberal que representou para as terras ameríndias um verdadeiro retrocesso e um enorme descontentamento para a população. O povo estava esquecido pelo Estado e o que possuía valor era apenas o mercado. Diante de reivindicações, principalmente indígenas começa a ocorrer nos anos 80 e 90 uma série de mudanças nas Cartas Políticas de diversos países na América Latina, levando em consideração a diversidade cultural, os direitos indígenas e a edificação de um Estado plurinacional.

É no século XXI que surge o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, também denominado de andino ou transformador. As principais Constituições em que ele se manifesta, são as do Equador (2008) e da Bolívia (2009). Entre suas principais características estão a interculturalidade, a plurinacionalidade e o pluralismo jurídico.

Já no segundo tópico, se analisa em especial o Constitucionalismo Transformador no Equador, que se expressa principalmente pela Constituição de Montecristi. Ela representa um verdadeiro avanço em relação a todas as Cartas Políticas que o país já promulgou em sua história. Uma vez que aproximou o povo das decisões políticas, passou a tratar pioneiramente a natureza como sujeito de direitos, ultrapassou o antropocentrismo para chegar ao biocentrismo, consagrou o “buen vivir”, uma nova forma de integração entre o homem e a “Pachamama”, optou por um desenvolvimento econômico sustentável, uma economia solidária, uma soberania alimentar e também positivou a ampliação de direitos coletivos etc. Entre todas as positavações, a que a consagrou internacionalmente foi a inovação no tratamento dispensado a “Madre Tierra”, que passou a ter direitos próprios independentemente dos direitos dos seres humanos.

1.1 O Novo Constitucionalismo na América Latina

Os anos 80, na América Latina, registram o término de cinquenta anos de desenvolvimentismo social, político e econômico; contudo, com o enfraquecimento da economia e o aumento da dívida externa, este período histórico é denominado de “década perdida”. O objetivo primordial que vigorava até então era a industrialização da América

Latina, através de mecanismos que impediam a entrada no continente de produtos estrangeiros de bens e consumo; ao Estado cabia o seu importante papel intervencionista⁴.

Assim, as décadas de 80 e 90 são avassaladoras ao continente ameríndio, quando a questão é o modelo neoliberal, pois é neste período que ocorre nessas terras a sua real expansão. Muitos países estavam em um momento inicial de democratização e reformas da sociedade⁵. O neoliberalismo trouxe como promessas o crescimento econômico e a luta contra o populismo⁶.

O Estado imediatamente passou de intervencionista a mínimo, se possuía um controle, uma organização sobre a economia e a sociedade, neste momento, verifica-se que o comando passa das mãos do ente público para as grandes potências internacionais que ditam as normas no âmbito econômico e social, favorecendo os grandes empresários e corporações, prejudicando a população em geral. O Estado detinha apenas a função de fornecer segurança jurídica a estes grandes grupos, deixando às margens o povo. No continente houve, em grande escala, a proliferação do desemprego e como consequência a propagação da pobreza e da miséria⁷. Bem explica este fenômeno Marina Corrêa de Almeida⁸:

(...) Foi o que ocorreu com a inserção do neoliberalismo, forçando tanto a desregulamentação estatal nas áreas econômicas e social, como o fortalecimento das normas internacionais e recrudescimento das políticas repressivas, inserindo na América Latina novas formas de colonialismo, tendo em vista que as ordens dos organismos internacionais - controlados pelas grandes potências econômicas mundiais - ganham importância e prevalência nas áreas econômica e social destes países, provocando a privatização de recursos estratégicos e a flexibilização de direitos sociais em benefício do lucro das grandes empresas - as multi e transnacionais, em prejuízo da população nacional.

Para Boaventura de Sousa Santos, as relações mudaram significativamente do descobrimento ao neoliberalismo, da escravatura à independência. Destaca que o neoliberalismo reforçou a equação capitalismo-colonialismo e, como consequência, os Estados nacionais deixam para trás as características de autorregulação e autofinanciamento,

⁴ MARTINS, Carlos Eduardo. Verbete Pensamento social. In: SADER, Emir; JINKINGS, Ivana (Coord.). Enciclopédia Contemporânea da América Latina e do Caribe. Apud: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino - americano*. Caxias do Sul: Educs, 2012, p. 56.

⁵ BORÓN, Atílio A. Verbete Estado. In: SADER, Emir; JINKINGS, Ivana (Coord.). Enciclopédia Contemporânea da América Latina e do Caribe. Apud: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino - americano*. Caxias do Sul: Educs, 2012, p. 58.

⁶ MANN, Michael. A crise do Estado nação latino-americano. In: DOMINGUES, José Maurício; MANEIRO, Maria (Org.) América Latina hoje: conceitos e interpretações. Apud: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino - americano*. Caxias do Sul: Educs, 2012, p. 58.

⁷ ALMEIDA, Marina Corrêa de. Direito insurgente latino-americano: pluralismo, sujeitos coletivos e a nova juridicidade no século XXI. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino - americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 173.

⁸ ALMEIDA, op. cit., p. 173.

voltando a serem semi-colônias. Aponta para mecanismos típicos do colonialismo que reaparecem: propagação do trabalho escravo, reaparecimento da monocultura de exportação que dominou países e regiões inteiras, anteriormente inibida pela industrialização. Ressalta que estas condições políticas e econômicas vieram a refletir nos movimentos sociais pela busca da identidade cultural, em especial nos movimentos indígenas e afrodescendentes⁹.

Na visão de Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, nos últimos trinta anos ocorreram três etapas de alterações constitucionais no contexto indígena e multicultural. Os anos 80 são marcados pela introdução em nível constitucional do direito à identidade cultural e pela inclusão de certos direitos indígenas. São exemplos de países que adotaram o constitucionalismo multicultural: o Canadá (1982), a Guatemala (1985) e a Nicarágua (1987) que tinham por objetivo com esta investida, abandonar os processos bélicos, reintegrar o seu povo e reconhecer os direitos indígenas. Também inclui a Constituição Brasileira de 1988 como integrante deste primeiro ciclo, pois antecede em um ano a Convenção 169 da OIT e alguns tópicos de sua carta servem para a discussão da revisão do Convênio 107 da OIT¹⁰.

A última década do século XX representa um segundo momento de modificação constitucional e tem por marca os direitos assegurados pelo Convênio 169. Encontra maior amparo neste ciclo o direito à diversidade e à identidade cultural; há aqui uma ênfase na construção de uma nação multiétnica e um estado plurinacional. Destacam-se o pluralismo jurídico e o reconhecimento da justiça indígena. São constituições que integram esta série: Colômbia (1991), México (1992), Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia (1994), Argentina (1994), Equador (1996/1998) e Venezuela (1999)¹¹.

O século XXI inaugura uma nova etapa e tem como marca as Constituições da Bolívia (2007-2009) e do Equador (2008). Apresenta-se a busca por um Estado Plurinacional, pelo pluralismo legal igualitário que tem por embasamento o diálogo intercultural. Os indígenas objetivam o reconhecimento de nacionais originários, possuindo o direito de participar das decisões do Estado e não serem apenas culturas diversas. A população exige do Estado a efetivação de direitos sociais, alterações de ordem política e uma ação do poder público frente às empresas transnacionais¹².

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima (Peru): GTZ e Fundación Ford, 2010, p. 61.

¹⁰ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. A los veinte años del convenio 169 de la OIT: balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas de latinoamericana. In: *Pueblos Indígenas constituciones y reformas políticas en América Latina*. 1 ed. Lima: Raquel Z. Yrigoyen Fajardo Editora, 2010, p. 31-32.

¹¹ FAJARDO, op. cit., p. 32.

¹² Ibid., p. 33.

Leciona ainda Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, que as mudanças constitucionais ocorridas nos últimos trinta anos trouxeram uma reconfiguração da relação jurídica existente entre Estado e povo indígena, o que tem refletido no modelo de Estado a ser adotado. As novas Constituições como da Colômbia (1991), Peru (1993), Bolívia (1994-2009), Equador (1998-2008) e Venezuela (1999) possuem influência do Convênio 169 da OIT¹³.

Aponta que estas constituintes trouxeram novos conceitos dotados de autonomia e livre determinação, entre eles: a superação de um Estado/Nação monocultural e monolíngue, para um Estado/Nação pluricultural e dotado de direito à identidade cultural; tratamento igualitário digno às diversas culturas; passou-se a considerar os povos, as comunidades indígenas e camponesas e as nacionalidades como sujeitos políticos; participação, consulta e representação direta do povo indígena, camponês e afrodescendente; reconhecimento do direito indígena; direitos relativos à terra, entre outros¹⁴.

O terceiro momento constitucional, denominado de novo constitucionalismo latino-americano, para Raquel Z. Yrigoyen Fajardo é composto apenas pelas Constituições da Bolívia (2007-2009) e do Equador (2008). Já para o constitucionalista espanhol Rubén Martínez Dalmau, integra também este quadro a Constituição Venezuelana (1999). Referindo-se às Constituições boliviana, equatoriana e venezuelana, assim declarou¹⁵:

As três Constituições formam parte de uma corrente conhecida como o “novo constitucionalismo latino-americano”. Trata-se, recolhendo a evolução do constitucionalismo desde a sua aparição, no século 18, e em particular os avanços no constitucionalismo europeu depois da Segunda Guerra Mundial, de avançar em âmbitos nos quais o constitucionalismo europeu ficou paralisado: a democracia participativa, a vigência dos direitos sociais e dos demais direitos, a busca de um novo papel da sociedade no Estado e a integração das minorias até agora marginalizadas. Estamos diante de Constituições que, por um lado, são originais e próprias de cada país, na medida em que tentam solucionar os problemas de cada uma das sociedades onde serão implantadas. Mas, por outro lado, estamos diante de denominadores comuns óbvios, principalmente no campo da participação, da economia e de uma vigência efetiva dos direitos para todos.

Conforme Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau¹⁶, os países latino-americanos são atores de um quarto momento constitucional. Apontam que o novo constitucionalismo tem apresentado como característica um aspecto diferenciador, em paralelo com as mudanças que vêm ocorrendo nos países andinos. Como foco inicial do novo

¹³Ibid., p. 35-36.

¹⁴Ibid., p. 35-36.

¹⁵ MARTÍNEZ DALMAU, Rúben. *La Paz, Quito e Caracas recriam constitucionalismo latino*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0103200909.htm>>. Acesso em: 11 de fev. 2014.

¹⁶ MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. O processo constituinte venezuelano no marco do novo constitucionalismo latino- americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino – americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 50-52.

constitucionalismo, fazem referência ao processo constituinte que resultou na Constituição colombiana (1991), onde houve clara demonstração da soberania popular. Assim a Constituição de 1991 é um marco histórico e representa dois momentos distintos, ou seja, um antes e um depois do constitucionalismo na América Latina. Após esta constituinte, outras Constituições foram sendo promulgadas na mesma linha: Equador (1998), Venezuela (1999) e Bolívia (2006 – 2007/2009).

Entre os direitos positivados na Carta Política da Colômbia estão: meios de democracia participativa, proteção dos direitos fundamentais e regulamentação da função estatal na economia etc. Com o objetivo de estabelecer novas regras em seu país, o povo equatoriano buscou em 1998 uma nova constituinte; contudo, o êxito de tal conduta não pode ser afirmado, pois a confecção da Constituição ficou nas mãos dos políticos tradicionais e o resultado não foi o sucesso esperado pelo povo. O caso venezuelano, segundo Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau, é o exemplo mais próximo do que viria a ser então denominado na América Latina de Novo Constitucionalismo Andino¹⁷.

A Constituição Bolivariana da Venezuela foi efetivamente votada pela população em 15 de dezembro de 1999. A primeira manifestação popular ocorreu em 1989, denominada de Caracazo; as reclamações da sociedade eram contra o sistema existente no país, corrupto e elitista. A Carta representou um avanço para a democracia venezuelana e passou a consagrar: direitos sociais, a nova formação dos partidos políticos, inclusão de meios de democracia participativa, posição do Estado frente à economia, etc¹⁸.

Para Antônio Carlos Wolkmer, que adota a classificação apresentada por Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, apenas as Constituições equatoriana e boliviana pertencem ao Novo Constitucionalismo Transformador. Leciona que¹⁹:

Uma terceira etapa contemporânea que verdadeiramente representa o chamado “novo” constitucionalismo latino – americano passa a ser aquela representada pelas recentes e vanguardistas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia. Para alguns publicistas tais textos políticos expressariam um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com um outro paradigma não universal e único de Estado de direito, coexistente com experiências dos “saberes tradicionais” de sociedades plurinacionais (indígenas, comunais, camponesas), com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional (convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena camponesa), e, finalmente, com o reconhecimento de direitos coletivos vinculados a bens comuns da natureza.

¹⁷ MARTÍNEZ DALMAU; VICIANO PASTOR, op. cit., p. 53-54.

¹⁸ Ibid., p. 53-54.

¹⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino – americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 32.

Segundo Boaventura de Sousa Santos, a partir do momento em que ocorre a refundação do Estado, parte-se para um novo constitucionalismo. Este novo é bem diferente do constitucionalismo moderno. É através da mobilização social e política que, no continente ameríndio, manifestam-se nas últimas décadas em nível constitucional os anseios populares, o que vem a caracterizar um constitucionalismo desde baixo, que é promovido por aqueles até então totalmente excluídos, à margem das decisões políticas²⁰.

Este constitucionalismo inovador tem íntima ligação com a democracia, visto que busca a aproximação do povo das decisões políticas que influenciarão a vida em sociedade. Os textos das Constituições deste novo período são mais amplos e detalhados e refletem a realidade da população que as constituiu, tendo como um de seus principais objetivos a descolonização. Bem explica Milena Petters Melo²¹:

Nessa nova fase, conhecida também como “Constitucionalismo andino”, os textos constitucionais são elaborados por assembleias constituintes participativas, sendo posteriormente objetos de aprovação popular por meio de *referendum*. As cartas constitucionais são mais amplas, complexas e detalhadas, radicadas na realidade histórico-cultural de cada país e, portanto, declaradamente comprometidas com os processos de descolonização. Ao mesmo tempo, as novas Constituições conjugam a integração internacional à redescoberta de valores, tradições e estruturas locais e peculiares, e estimulam, assim, um novo modelo de integração latino americana, de conteúdo marcadamente social, que supera o isolacionismo intercontinental de origem colonial e enfatiza a solidariedade nesse novo contexto da integração.

É importante destacar que, entre as metas deste novo constitucionalismo que se expande pelas terras ameríndias, está a gerência do poder pelo povo, mas também a busca para a solução da desigualdade da distribuição de riquezas que divide a população em dois grupos: de um lado os que possuem além do necessário para viver e de outro os que não detêm nem ao menos o básico para a sobrevivência humana. É o que ensinam Rúben Martínez Dalmau e Roberto Viciano Pastor²²:

No hay que perder de vista que este nuevo constitucionalismo latinoamericano, además de pretender garantizar un real control del poder por los ciudadanos busca, como afirman Gargarella y Courtis, responder a la pregunta – aunque no sea la única – de cómo se soluciona el problema de la desigualdad social (2009:11). El hecho de que se trate de sociedades que no experimentaron el Estado social, induce a pensar que las luchas sociales fueron el fundamento de la aparición de ese nuevo constitucionalismo latinoamericano.

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima (Peru): GTZ e Fundación Ford, 2010, p. 71-72.

²¹ MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América Latina. In: WOLKMER; MELO, op. cit., p. 144.

²² MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: *El nuevo constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional el nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, p. 20.

Como marco teórico - filosófico do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, elegeu-se o “buen vivir”. Com o objetivo de um maior aprofundamento sobre o tema, devido a sua essencialidade não apenas a este trabalho acadêmico mas também ao que ele representa ao Novo Constitucionalismo, reserva-se espaço próprio para o estudo e a análise, no capítulo segundo, no tópico dois: O “Buen Vivir” e/ou “Vivir Bien”.

Já a partir de Enrique D. Dussel, que trabalha com a Filosofia da libertação na América Latina, é possível ter uma noção do que significou a dominação eurocêntrica no continente ameríndio e no mundo. Em breve síntese, o mundo é dividido em centro e periferias, sendo que a Europa ocupa a posição central e a América Latina e outros países a de periferia. Todo o conhecimento, cultura, ciência, e saber que devem predominar provêm do núcleo central, o que é criado e que surge espontaneamente em cada um dos demais espaços, é oprimido, excluído, com um único objetivo: que não prolifere.

Importante destacar trecho da obra deste filósofo que trata do “outro” e que mostra que, apesar de sua existência física, ou seja, sua presença, que acaba não tendo significância alguma, ocorre esta ocultação juntamente com todos os valores que este ser carrega em si, a sua história, a sua cultura, a sua forma de vida. Bem expressa²³:

O outro, que não é diferente (como afirma a totalidade) mas distinto (sempre outro), que tem sua história, sua cultura, sua exterioridade, não foi respeitado; não se lhe permitiu ser outro. Foi incorporado ao estranho, à totalidade alheia. Totalizar a exterioridade, sistematizar a alteridade, negar o outro como outro é a alienação. Alienar é vender alguém ou algo; é fazê-lo passar a outro possuidor ou proprietário. A alienação de um povo ou indivíduo singular é fazer-lhe perder seu ser ao incorporá-lo como momento, aspecto ou instrumento do ser de outro.

A aniquilação da cultura e de todos os aspectos e características dos indígenas e dos povos locais, foi um ato realizado pelos colonizadores na sua chegada ao território latino-americano. O que aqui estava implantado nada serviu, tudo se aniquilou. A forma de convivência harmônica homem e natureza foi imediatamente substituída pelo extrativismo acelerado em prol da economia central, que necessitava de acúmulo de riquezas para demonstrar o seu poder. Sob os efeitos da colonização viveu a América Latina no século XIX, quando surgiu nestas terras o Novo Constitucionalismo Transformador que tem como um de seus principais objetivos a refundação do Estado, levando em total consideração a característica de seu povo, ou seja, a diversidade cultural. Assim, busca-se romper definitivamente com o colonialismo eurocêntrico e proporcionar ao povo ameríndio um

²³ DUSSEL, Enrique D. *Filosofia da Libertação na América Latina*. 2. ed. São Paulo: Editora Unimep e Loyola, 1977, p. 58.

Estado compatível com a sua realidade, a latino-americana. Neste contexto se enquadra a Teoria da Libertação, que Allan Hugo Mattos assim define²⁴:

O certo é que o termo libertação como novo âmbito já não é repetição do anterior, mas é a realização de uma nova dimensão. E desta libertação se trataria quando falamos na América Latina de libertação no nível centro-periferia. A periferia é o dominado. Libertação não é imitar o centro (isso é o que nos ensina a televisão, por exemplo, mostrando a vida do centro, com seus produtos e seus cow-boys e nos faz desejar ser como eles; se entrarmos nisso, estamos perdidos porque repetiremos o mesmo). Ao contrário, se pensarmos a exterioridade de tal maneira que o mundo hoje unido pelo centro fique atrás tendo em vistas um novo projeto histórico humano, então sim, criaremos algo novo, ao mesmo tempo em que deixaremos o dominador como descartado em um mundo antigo, no passado. Por isso que este processo seja o que realmente interessa a América Latina. Libertação não é simplesmente estar contra o centro, nem se quer significa romper a dependência. É muito mais que isso: é ter a criatividade de sermos realmente capazes de construir a novidade, um novo momento histórico desde a positiva exterioridade cultural de nosso povo.

Com o intuito de situar o leitor, deve-se pontuar que o neoconstitucionalismo ocidental difere do novo constitucionalismo latino-americano.

Em virtude de sistemas jurídicos fascistas que infringiram fortemente os direitos humanos, a Europa tornou-se terra originária do neoconstitucionalismo. Países como Itália, Alemanha e Espanha construíram em seus territórios um Estado de Direito autoritário. O neoconstitucionalismo surgiu com o intuito de resolução de problemas concretos como: violação dos direitos fundamentais, rigidez constitucional e arbitrariedade parlamentar, uma Constituição que possa ser diretamente aplicável sem a necessidade de nova intervenção do Legislativo, a inexistência de um julgador que exija a observância das normas constitucionais. Se para o positivismo o ordenamento jurídico é completo, o neoconstitucionalismo vem em ventos opostos afirmar que não é possível prever em códigos todas as formas de violações a direitos e obrigações que resultam de ilícitos. Há um acréscimo no leque de análise em relação ao direito positivo que se resume à analogia e ao método gramatical. Amplia-se e se introduz a ponderação e o método teleológico²⁵. São características das Cartas Constitucionais que aderiram a este modelo constitucional ocidental no período pós-guerra, a constante presença de: princípios, direitos fundamentais, formas de controle de constitucionalidade²⁶.

²⁴ MATOS, Allan Hugo. *Uma introdução a filosofia da libertação latino-americana de Enrique Dussel*. Livro eletrônico gerado a partir do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Metodista de São Paulo, sob orientação de Daniel Pansarelli, 2008, p. 104-105

²⁵ AVÍLA SANTAMARÍA, op. cit., 53-56.

²⁶ MELLO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino – americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 62.

Em virtude dos períodos de ditadura militar ocorridos nos anos 60 e finais de 80, também houve na região ameríndia violação aos direitos humanos, perseguição das pessoas que eram da oposição, bem como o combate a grupos armados. A transição para a democracia veio juntamente com cartas constitucionais influenciadas pelo constitucionalismo europeu ocidental. É no final do século passado que o neoconstitucionalismo é aqui recepcionado; contudo, destaca-se que algumas características já eram abordadas nos textos constitucionais destas terras antes mesmo desta migração eurocêntrica; como exemplo, cita-se o controle de constitucionalidade, bem como cabe destaque à forma como estas Constituições andinas tratam os direitos²⁷.

Em relação aos direitos é destaque a sua extensão; ao contrário das Constituições europeias, as ameríndias expressam direitos sociais, econômicos, culturais e dos povos indígenas. A Constituição equatoriana vem a classificar os direitos como inalienáveis, irrenunciáveis, indivisíveis, interdependentes e de igual hierarquia, não realizando qualquer menção à natureza dos direitos. A forma utilizada por esta Constituinte (2008) é totalmente distinta das classificações apresentadas nas cartas ocidentais. Esta extensão de direitos vem demonstrar duas realidades, ou seja, a ocorrência de numerosos problemas sociais existentes no Equador e as lutas e reivindicações de seu povo²⁸.

O controle concentrado de constitucionalidade é adotado pelas Constituições europeias e também foi por Cartas Políticas latino-americanas no final do século passado. Contudo, novas Cartas, como a equatoriana, vêm a adotar modelos mistos de controle de constitucionalidade, ou seja, qualquer juiz pode declarar a constitucionalidade para os casos que lhe são apresentados e os tribunais decidem de forma geral e obrigatória para todos os casos. Isso é um ponto que diferencia o constitucionalismo andino do constitucionalismo eurocêntrico²⁹.

Mesmo tendo o constitucionalismo europeu buscado adaptar-se ao continente americano, ele não conseguiu resolver os problemas ameríndios, pois possui a solução dos problemas eurocêntricos, mas não a resolução das incógnitas desta região. A Europa nunca passou por um período de colonização, seu povo nunca foi submetido a um precário sistema de vida em que parte da população é desconsiderada pelo Estado, ao menos em patamares

²⁷ AVÍLA SANTAMARÍA, op. cit., 59-60.

²⁸ AVÍLA SANTAMARÍA, op. cit., 60-63.

²⁹ Ibid., p. 63-64.

similares aos quais foram submetidos os povos latino-americanos. Ao contrário do Equador e da Bolívia, os países europeus não excluíram seu povo originário que formam sua maioria³⁰.

É importante destacar que as conquistas dos movimentos emancipatórios europeus, por mais que tivessem uma adaptação em terras americanas, nunca se adequariam em sua plenitude à realidade vivida aqui, pois são respostas àquelas reivindicações, seja no caso dos burgueses que exigiam seus direitos políticos desencadeando assim a Revolução Francesa, seja na batalha por melhores condições de trabalho que desenvolveu a Revolução Industrial e o Estado do bem-estar. Tanto o Estado liberal, como o do bem-estar, nunca funcionaram na América Latina da mesma forma e medida que funcionaram na Europa³¹.

A partir da análise do artigo primeiro das Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), é possível resgatar características do Novo Constitucionalismo Andino que são: interculturalidade, plurinacionalidade e pluralismo jurídico.

Sobre o Equador e o mundo se impõe uma cultura dominante, de forma a inviabilizar e excluir todas as demais. Há um modelo de ser humano imposto com sutileza pela sociedade e pelo Estado que é uma pessoa heterossexual, membro de uma família, que trabalha para manter suas necessidades de consumo, que opta pela religião judaico- cristã, de etnia mestiça, patriarcal, individualista, urbana, profissional, etc. Quanto ao padrão patriarcal, começa muito antes do nascimento e possui relação com as cores: o rosa às mulheres que terão delicadeza na vida e a maternidade e o azul aos homens já destinados a algo não tão sublime. No aspecto econômico todo e qualquer programa de televisão sugere que a felicidade está no consumo. A moda se impõe sobre a forma de vestir, do transporte, do programa a que se assiste etc. Todos os hábitos da vida de um ser humano tendem a se uniformizar³².

Existem culturas diversas à hegemônica como as indígenas e afrodescendentes, estas se encontram subordinadas pelo colonialismo, não abandonado com a independência, que é uma forma de dominação exercida por um grupo humano sobre outro ou por uma cultura sobre outra, inibindo o receptor de expandir sua história, identidade e características. A colonização é possível através da junção de três elementos que são: diferenciação, hierarquia e a dominação.³³ Sintetiza a interculturalidade Ramiro Ávila Santamaría³⁴:

³⁰ Ibid., p. 75-78.

³¹ Ibid., p. 75-78.

³² AVILA SANTAMARÍA, Ramiro. Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena? In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad em Bolivia*. Quito: Abya Yala e Fundación Rosa Luxemburg, 2012, p. 283-285.

³³ Ibid., p. 286-287.

³⁴ Ibid., p. 287.

La interculturalidad es el reconocimiento de la realidad: nuestras sociedades son diversas y coloniales. Hay heterogeneidad y en esa diferencia, unos oprimen a otros. Esta es la primera consecuencia del reconocimiento de la interculturalidad. La otra consecuencia es que, una vez reconocidas otras culturas en un mismo espacio territorial, estas tienen que relacionarse de forma horizontal.

Para Julio César Trujillo, existindo em um mesmo território várias nacionalidades, conseqüentemente haverá a existência de várias culturas, que se comunicarão entre si. Estar-se-á diante de uma comunidade intercultural se a comunicação entre elas for de igualdade e não de superposição, de hierarquização, se houver o respeito em relação às diferenças e às diversidades³⁵.

A interculturalidade significa o contato e o intercâmbio entre culturas, bem como a igualdade no tratamento dispensado a cada uma delas. Não é possível, bem como não é verdadeiro, afirmar que uma cultura é melhor que a outra. Quando esta afirmação ocorre, verifica-se a presença da hierarquização entre os povos, da prevalência da cultura hegemônica. A toda cultura é possível evoluir e aprimorar oferecendo novas e melhores opções ao bem viver dos seres humanos; contudo isso nunca será pela aniquilação total de uma cultura e aprendizagem dos conhecimentos de outra³⁶.

Segundo Boaventura de Sousa Santos, apenas haverá interculturalidade com a presença de uma cultura comum. Em uma sociedade plurinacional, a cultura compartilhada é a maneira de como cada sociedade organiza a sua plurinacionalidade. São as maneiras específicas que a sociedade vai criando para a vivência intercultural de seu povo. Em razão das sociedades serem distintas, uma não pode ser cópia da outra; logo, a Bélgica não será igual ao Canadá³⁷.

Ao tratar da educação, a Constituição de Montecristi positiva o dever do Estado equatoriano de promover o diálogo intercultural em seu território, determinação prescrita no art. 28: “[...] Es derecho de toda a persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones”.

Conforme Raimon Panikkar, existe ainda hoje apenas uma cultura que determina as regras do jogo, vivemos em um mundo monocultural e não pluricultural. Afirma ser preciso

³⁵ TRUJILLO, Julio Cesar. Plurinacionalidad y Constitución. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Abya Yala e Fundación Rosa Luxemburg, 2012, p. 307.

³⁶ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo Transformador: El estado y el derecho en la constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala, 2008, p.216.

³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *La reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional*. Santa Cruz (Bolivia): CENDA, 2007, p. 18.

encontrar uma saída para a civilização moderna que não pode continuar crescendo e desenvolvendo-se de forma indefinida. Aponta a possibilidade da filosofia intercultural como meio para a análise em outras sociedades da sua forma de vida plena, verificando também os seus aspectos negativos. O interculturalismo representa um equilíbrio entre o monoculturalismo (que elege uma cultura e esta por opressão se sobrepõe sobre às demais) e o multiculturalismo (onde prolifera uma guerra entre culturas se sobressaindo as mais fortes). Ressalta que a interculturalidade é algo inerente ao ser humano, está intrínseca ao homem e que a existência de uma cultura única é tão impossível como uma língua universal³⁸.

Os Estados nacionais que se formaram na América Latina a partir do século XIX, possuem como característica em comum terem sido arquitetados para uma parcela definida da sociedade, homens brancos descendentes de europeus. O restante da população formada por povos originários e afrodescendentes não era considerada parte do Estado e, assim, excluídos. Não havia interesse algum por parte da minoria que a maioria tivesse qualquer sentimento de nacionalidade. É no século XXI que esta realidade de exclusão social apresenta modificações, através de reivindicações na Bolívia e Equador que fundam um novo Estado com as características: plurinacional, democrático e popular³⁹.

Em um Estado plurinacional, as pessoas que ali se encontram são consideradas nacionais pela identificação pessoal que possuem com esta nação e pelo simples fato de ali estarem, ou seja, a sua existência no país.⁴⁰ Define a plurinacionalidade Boaventura de Sousa Santos: “La plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de outro concepto de nación, la nación concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión”⁴¹.

A diversidade cultural é uma das preocupações do novo constitucionalismo, ao contrário do Estado nacional que realizou a exclusão dos povos indígenas ou pode-se até dizer que objetivou integrá-los à cultura padrão homogênea. Esta variedade de culturas estará presente quando, em um mesmo território pertencente a um único Estado, aglomerarem-se diversos grupos humanos, cada qual com seus próprios costumes, sua língua, suas próprias origens etc. Um Estado que convive com esta diversidade é aquele que reconhece a existência desta riqueza em seu país constitucionalmente, e que busca o intercâmbio e o diálogo entre

³⁸ PANIKKAR, Raimon. Religión, filosofía y cultura. Disponível em: <<http://them.polylog.org/1/fpr-es.htm>> Acesso em: 25/06/2013.

³⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional moderno*. Curitiba: Juruá: 2012, p. 33.

⁴⁰ ÁVILA SANTAMARÍA, op. cit., p. 195-197.

⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: (Peru): GTZ e Fundación Ford, 2010. p. 81.

elas, que de voz e vez a todos e não almeja a dominação de uma cultura sobre as demais⁴². Importante é o posicionamento de Agustín Grijalva Jiménez⁴³:

El constitucionalismo plurinacional eso debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado Nacional. El Estado plurinacional no es o no debe reducirse a una Constitución que incluye un reconocimiento puramente culturalista, a veces solo formal, por parte de un Estado en realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos con culturas distintas, sino un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrática.

O Estado plurinacional traz novas formas de tratar as diversidades culturais. A plurinacionalidade considera toda e qualquer cultura como incompleta, buscando um diálogo entre elas, sem exclusão ou encobrimento.⁴⁴ Ensinam José Luiz Quadros de Magalhães e Henrique Weil⁴⁵:

A ideia de Estado Plurinacional pode superar as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional, onde todos os grupos sociais devem se conformar aos valores determinados na constituição nacional em termos de direito de família, direito de propriedade e sistema econômico, entre outros aspectos importantes da vida social ... A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato de que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico, pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e, logo, radicalmente excludente.

Destaca Agustín Grijalva Jiménez⁴⁶ que se observada a composição que estrutura a interculturalidade, serão verificados ali pontos essenciais da plurinacionalidade. Por sua vez, analisando-se a plurinacionalidade será possível identificar que a interculturalidade é seu elemento compositor. Aborda como exemplo a Conaie (Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador), onde a plurinacionalidade representa além de transformações no Estado:

(...) la construcción de una verdadera interculturalidad que permita impregnar e intercambiar valores, prácticas, conocimientos, sabidurías, modos de ver el mundo, en un diálogo equitativo y sin imposiciones. Es un reconocimiento mutuo de la diversidad y la riqueza del país.

⁴² GRIJALVA, Agustín. El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008. In: *Pueblos Indígenas constituciones y reformas políticas en América Latina*. 1 ed. Lima: Raquel Z. Yrigoren Fajardo Editora, 2010, p. 153-154.

⁴³ GRIJALVA, op. cit., p. 155.

⁴⁴ MAGALHÃES, op. cit., p. 108.

⁴⁵ Ibid., p. 108.

⁴⁶ JIMÉNEZ, Agustín Grijalva. Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ Agustín Grijalva. *Justiça indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala, 2012, p. 72.

Enfatiza José Luiz Quadros de Magalhães⁴⁷ que a novidade trazida pelo Estado plurinacional é a existência em uma mesma nação de mais de um sistema jurídico vigente, ou seja, o direito de família e o direito de propriedade obterão a resposta para os seus conflitos conforme o espaço territorial em que estiverem atuando.

(...) Enquanto as formas de organização territorial modernas (os Estados unitário, regional, autonômico e federal); o direito comunitário (a União Europeia) e mesmo o direito internacional são, na sua essência, modernos e, logo, uniformizadores, hegemônicos e europeus, a novidade do Estado plurinacional é a existência de um sistema plurijurídico marcado pela diversidade de direitos de família e de propriedade e da autonomia para resolver as controvérsias sobre estes temas em seus espaços territoriais pela sua própria justiça. Esta diversidade de sistemas jurídicos, de formas de organização econômica resulta de uma nova perspectiva democrática (a democracia consensual e uma justiça consensual – já vistos) e reforça a possibilidade de construção de espaços de convivências e diálogos de diversas formas de ver, sentir, compreender o mundo, de diversas epistemologias. Isto é riquíssimo para se repensar um direito mundial para além da modernidade europeia hegemônica e uniformizadora que influencia na construção do direito moderno e, logo, do direito internacional.

Em um Estado de Direito, a única fonte de direito é a lei; portanto, o único sistema jurídico válido é o estatal. Tudo o que surgir fora da lei não será considerado, toda e qualquer fonte diversa não possui força de coação alguma. Contudo, em um Estado Constitucional de Direito há uma ampliação em relação à consideração do sistema jurídico e da fonte do direito, exemplos são: precedentes nacionais e internacionais, emissão de políticas públicas pelo Executivo com força de lei, reconhecimento das normas das comunidades indígenas para a solução dos seus conflitos que possuem *status* de sentença e, por fim, a moral nos textos jurídicos passa a ter espaço ampliado. Tudo isso define o pluralismo jurídico⁴⁸.

É necessário ressaltar que pluralismo jurídico difere de justiça indígena, bem realiza esta distinção Boaventura de Souza Santos⁴⁹:

(...) El pluralismo jurídico consiste en el reconocimiento de la existencia de más de un sistema jurídico en el mismo espacio geopolítico (el Estado). La justicia indígena constituye uno de los casos más estudiados de pluralismo jurídico y sus existencia es reconocida oficialmente, como he dicho, en varios países de diferentes continentes. El pluralismo jurídico no pone en cuestión la unidad del derecho si se establecen mecanismos de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.

⁴⁷ MAGALHÃES, op. cit., p. 105-106.

⁴⁸ ÁVILA SANTAMARÍA, op. cit., p. 123-124.

⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ Agustín Grijalva. *Justiça indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala, 2012, p. 21.

O reconhecimento da justiça indígena não significa apenas reconhecer a diversidade cultural existente na Bolívia e no Equador ou possibilitar que as comunidades indígenas resolvam os pequenos problemas na esfera da sua comunidade. Representa uma segunda independência que, além de romper com os vínculos eurocêntricos que nos últimos duzentos anos têm condicionando o desenvolvimento no território ameríndio, faz parte de um projeto político que tem por objetivo a descolonização e o anticapitalismo⁵⁰. Referindo-se à justiça indígena, assim expressa Boaventura de Sousa Santos⁵¹:

(...) Estamos ante una justicia ancestral de pueblos originarios anclada em todo un sistema de territorios, de autogobierno, de cosmovisiones próprias. Tiene historia muy larga y una memoria igualmente bastante prolongada, constituida por mucho sufrimiento pero también por muchísima resistencia hasta el presente.

Ambos os textos constitucionais boliviano e equatoriano reconhecem a justiça indígena, estabelecendo igual hierarquia em relação à justiça estatal. É o que dispõem os artigos 179 e 190 da Carta Política da Bolívia (2009) e o artigo 171 da Carta Política do Equador (2008):

Art. 179

I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.
II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.
III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional.
IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial

Art. 190

I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.
II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución

Art. 171

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y

⁵⁰ Ibid., p. 15.

⁵¹ Ibid., p. 24.

O reconhecimento da justiça indígena entra em conflito direto com a tradição jurídica eurocêntrica, que tem por base a justiça que provém do Estado. Entendem seus opositores que ela representa uma ameaça aos princípios da soberania, da unidade e da autonomia⁵².

O princípio da soberania visualiza na justiça indígena uma real ameaça, contudo possui inimigos mais ferozes. Segundo este princípio, deverá estar nas mãos do Estado o monopólio da produção e aplicação do direito. São restrições ao monopólio do Estado em relação ao direito: processos de integração regional, agências multilaterais como Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e Organização Mundial do Comércio etc⁵³.

A justiça indígena é uma fonte de direito e sua existência é mais antiga do que qualquer uma das restrições apresentadas. Ela surge ainda na época colonial e é no século XIX que o positivismo jurídico consolida o Estado moderno que realiza a restrição do monopólio estatal, determinando que haja uma única nação, única cultura, um único direito, ou seja, o estatal. A partir de então, a justiça indígena violaria este monopólio⁵⁴.

Na visão sociológica, ainda que não tenha havido o reconhecimento oficial, a justiça indígena permaneceu em países que saíram do colonialismo pelo fato de que o Estado não possuía mecanismos suficientes para agir em todo o território, principalmente nestas comunidades. Algumas Cartas Políticas passaram a reconhecer a justiça não ordinária pela constante reivindicação do povo indígena e pela constatação da viabilidade de tal conduta em prol da paz⁵⁵.

Conforme o princípio da unidade, o direito possui uma única fonte. Contudo hoje este princípio é questionável. Após anos e anos de produção jurídica, de normas revogadas sem que haja sua revogação formal, de tribunais superiores proferindo decisões contraditórias, imposição por países mais fortes aos periféricos de normas jurídicas e políticas que entram em conflito com o direito interno dos receptadores etc., o Estado assumiu novas funções que refletiram na modificação de sua estrutura institucional. Isto tudo trouxe reflexos à unidade do direito. Sob pressão tanto interna como externa, o Estado deixa surgir o pluralismo jurídico interno⁵⁶.

⁵² Ibid., p. 18.

⁵³ Ibid., p. 18.

⁵⁴ Ibid., p. 18-19.

⁵⁵ Ibid., p.19.

⁵⁶ Ibid., p. 20.

É no pensamento jurídico liberal moderno que surge a autonomia do direito, se verifica a necessidade de sua produção ser monopólio Estatal, pois o Estado se torna vulnerável a forças políticas, econômicas e sociais. A justiça indígena não significa um problema para a autonomia, pois ela só vai agir nas próprias comunidades indígenas. As autoridades que administram esta justiça possuem outras funções espirituais que nunca poderiam ser utilizadas na justiça ordinária⁵⁷.

Como exposto, ao invés de trazer progresso às terras ameríndias, o modelo neoliberal fez prosperar o retrocesso generalizado. O Estado deixou esquecida sua posição essencial de intervencionista e o campo ficou livre aos grandes grupos econômicos para atuarem da forma que melhor lhe conviesse no mercado. Riquezas eram geradas em grande escala, contudo, ficavam restritas a pouquíssimas mãos; a grande massa da população apenas recebia em troca sofrimento, o que passou a causar um grande incomôdo e desconforto à população.

O novo século abre as portas a um novo momento constitucional que vem a ser denominado de Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Contudo, quando ele é o assunto central, algumas incógnitas surgem. Entre elas, identificar quais são as Cartas Políticas pioneiras em que ele se manifesta, bem como onde está o foco inicial que desencadeia este constitucionalismo transformador. Para Raquel Z. Yrigoyen Fajardo e Antônio Carlos Wolkmer, esta nova etapa é composta apenas pelas Constituintes da Bolívia (2007-2009) e do Equador (2008), mas para Rúben Martínez Dalmau, não há uma dupla, mas um trio onde inclui a Constituição da Venezuela de 1999, pois já em 1989 o povo venezuelano se rebelou contra o sistema corrupto que lhe era imposto e em 1999 a Constituição foi votada diretamente pelo povo.

As Cartas Políticas que compõem este novo momento são confeccionadas para a realidade em que serão aplicadas e não uma realidade alienígena. O povo tem espaço para, de alguma forma, opinar no que será positivado. E quando o texto estiver pronto, passará ainda por referendo, recebendo o apoio ou a recusa da população. Há uma ampliação da democracia.

Este constitucionalismo latino-americano que floresce nas terras ameríndias, carrega em sua bagagem a interculturalidade, a plurinacionalidade e o pluralismo jurídico. Se o colonialismo impôs ao mundo a existência de uma cultura completa e ideal, a que todas as demais deveriam reverenciar, o Novo Constitucionalismo rompe com isso e apresenta não mais uma sobreposição, mas sim uma comunicação entre culturas diversas sem qualquer

⁵⁷ Ibid., p. 22.

hierarquização. Busca-se a partir deste novo momento constitucional a interculturalidade, ou seja, o contato, a comunicação entre as mais diversas culturas sem o objetivo de qualquer grau de hierarquização, de combate, mas sim de união, de aprendizagem, de compartilhamento, etc. Se o Estado Nacional era marcado pela uniformização, o Estado Plurinacional possui como marca o pluralismo jurídico. Assim, um problema jurídico encontrará respostas diversas, dependendo do ângulo em que estiver posto o seu observador. Verifica-se ao lado da justiça ordinária a justiça indígena, sem qualquer hierarquia. Ambas as Constituições do Equador e da Bolívia reservam dispositivos para tratar da justiça indígena e lhe atribuem a mesma importância da justiça ordinária.

1.2 O Novo Constitucionalismo Transformador no Equador

Um dos primeiros objetivos após a independência de um país é a confecção de uma Constituição própria e a partir dela ter o seu próprio norte a ser seguido. Todavia, poderá ser revogada total ou parcialmente, dando lugar a uma nova Constituinte, se esta for a necessidade interna.

Não incluindo o primeiro documento constitucional datado de 1812 e redigido em prol dos interesses da Coroa Espanhola, o Equador já promulgou dezenove Constituições ao longo de sua história⁵⁸. A existência de tantas Cartas Políticas demonstra que algo pelo menos estranho se passou nas terras ameríndias vizinhas. Todas estas Cartas não surgiram em virtude de paradigmas totalmente opostos, mas em razão da instabilidade política e das ditaduras que assombraram o território e trouxeram muito sofrimento ao povo. Desta forma, intercalaram-se os períodos, presente a ditadura, abaixo a Constituição, retomada a normalidade, promulgava-se uma nova Constituinte com um novo governo, que seguia no poder até o ciclo iniciar novamente. Bem explica esta constante alteração Enrique Ayala Mora⁵⁹:

tiene un record en la adopción de nuevas Constituciones. Pero esto no se debe fundamentalmente a la necesidad de cambios sino, más bien, a la inestabilidad política, que ha traído consigo dictaduras frecuentes. En medio del enfrentamiento político se han establecido gobiernos de hecho y se há roto o derogado la Constitución vigente. Al cabo de un tiempo de régimen dictatorial, se há vuelto al régimen jurídico mediante la emisión de una nueva Constitución que, por lo general, ha entrado en vigencia con un nuevo gobierno electo.

⁵⁸ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo Transformador: El estado y el derecho en la constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala, 2008, p.83.

⁵⁹ MORA, Enrique Ayala. Equador patria de todos. Apud: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo Transformador: El estado y el derecho en la constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala, 2008, p.83.

Com o intuito de conhecer um pouco mais destas Constituições e a realidade vivida pelo povo equatoriano, realiza-se em linhas gerais uma breve descrição de cada uma delas, sem, contudo, objetivar que o assunto seja esgotado.

O país andino formula a sua primeira Carta Política em 1830, com base no documento constitucional da Colômbia de 1822. Este excluía parcela da população, conduta incorporada pelo Equador. Ressalta-se, que neste documento o direito ao voto era assegurado apenas a uma pequena parcela da população⁶⁰.

O voto tornou-se possível a todos que soubessem ler e escrever na Carta de 1861, através de eleições diretas. O plebiscito foi utilizado como mecanismo para a aprovação de uma nova Constituição, ou seja, de 1869. O seu marco foi atribuir cidadania aos que preenchessem os seguintes requisitos: ter mais de 21 anos, ser católico, saber ler e escrever. Na Constituição de 1906 surgem dispositivos de proteção aos indígenas, ocorre o distanciamento entre Igreja e Estado e a ampliação dos direitos civis e políticos⁶¹.

No ano de 1925 a Revolução Juliana desencadeia a confecção da Constituição de 1929, que tem como características: a intervenção do Estado na economia, a ênfase a direitos sociais e políticos e ser o foco inicial de um Estado Social de Direito. É na Carta de 1945 que o Tribunal de Garantias Constitucionais vem disciplinado. Decorrido um ano, promulga-se um novo documento que tem por qualidade a limitação das atribuições dos parlamentares. Ganham destaque na Constituição de 1967: o plebiscito popular e a reforma agrária. Contudo, esta Carta é em 1972 revogada pelo governo militar, tornando-se vigente a Constituição de 1945⁶².

É através de uma reforma política e por referendo que se aprova a Constituição de 1978. Nela ampliou-se o conceito de cidadania para os maiores de 18 anos e analfabetos e, em relação à intervenção do Estado na área econômica, houve um certo avanço. No ano de 1994, o presidente Sixto Durán-Balén, através de consulta popular, reformou a Constituição. Com esta conduta, o Executivo possuía os seguintes objetivos: fortalecer-se em suas atribuições, transformar o Parlamento em uma casa legislativa bicameral, limitar a sindicalização, possibilitar candidaturas independentemente de filiação partidária etc⁶³.

⁶⁰ IBARRA, Hernán. Visión histórico política de la constitución del 2008. Apud: UNNEBERG, Flávia Soares. O despertar de novos tempos: do processo histórico-constitucional à Constituição Equatoriana de 2008. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino – americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p.127.

⁶¹ UNNEBERG, op. cit., p. 128.

⁶² UNNEBERG, op. cit., p. 128

⁶³ UNNEBERG, op. cit., p. 128-129.

É na Constituição de 1988 que o Estado equatoriano passa a ser pluricultural e pluriétnico. Com isso, os povos ancestrais indígenas, bem como os negros ou afro-equatorianos tornaram-se partes integrantes do Estado⁶⁴. Esta é a última Constituinte confeccionada de acordo com os interesses da classe dominante e aprovada por uma Assembleia Nacional. Representa um avanço ao reconhecer os seguintes direitos: dos indígenas, das crianças, das mulheres, das pessoas com incapacidade. Ela também positivou: um Estado Social de Direito, um Tribunal Constitucional, um sistema rígido de reforma à Constituição etc. É a Constituinte que estabelece o primeiro Estado Constitucional de Direito no Equador. No entanto, há uma ampla flexibilização no âmbito econômico com o objetivo de atrair investimentos estrangeiros⁶⁵.

O reconhecimento de um Estado pluricultural e pluriétnico não resolveu os problemas internos. O povo seguiu lutando por seus ideais e em 2000, o então presidente Jamil Mahuad foi deposto. Em 2002, com o apoio indígena e militar chega ao cargo da presidência o coronel Lucio Gutierrez que permaneceu no posto até 2005, quando parte daqueles que haviam lhe ajudado, indígenas e membros da classe média, denominados “Los Forajidos”, desiludiram-se com seu governo. Vago o cargo presidencial, assumiu o vice-presidente Alfredo Palácio. No ano de 2006, foi eleito Rafael Correa que passou a adotar as reivindicações dos “Los Forajidos”⁶⁶.

Uma das promessas de campanha eleitoral do progressista Rafael Correa foi a promulgação de uma nova Constituição para o Equador. Em 30 de setembro de 2007, foram escolhidos os membros componentes da Assembleia Constituinte e em 29 de novembro do mesmo ano, iniciaram-se os trabalhos na cidade de Alfaro, Montecristi na província de Manabi, para a confecção do novo documento. Em julho de 2008, o texto estava pronto, necessitando apenas da aprovação popular. A nova Carta Política do Equador, ou seja, a Constituição de Montecristi, obteve via referendo, 64% de aprovação da população⁶⁷.

A organização desta Carta Política manteve íntima relação com a informação à sociedade, uma vez que foram realizados encontros em todo o território nacional a respeito do tema, bem como durante a Assembleia Constituinte manteve-se à disposição na cidade que sediou o evento, um qualificado aparato informativo⁶⁸. Ao contrário das Cartas anteriores, em que foram os juristas e os especialistas que determinaram de início ao fim os pontos a serem

⁶⁴ UNNEBERG, op. cit., p. 129.

⁶⁵ ÁVILA SANTAMARÍA, op. cit., p. 91-93.

⁶⁶ UNNEBERG, op. cit., p. 129.

⁶⁷ GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Ecuador (Quito): Abya-Yala, 2009, p. 22 – 27.

⁶⁸ GUDYNAS, op. cit., p. 26-27.

positivados, nesta se buscou nas classes sociais os seus anseios e se elevou ao mais alto nível da legislação. Tiveram espaço e voz, às propostas de ecologistas, grupos feministas, organizações sociais, grupos indígenas etc⁶⁹. Acrescenta Magdalena León, integrante da Rede Latino-Americana de Mulheres Transformando a Economia (Remte), como ocorreu de fato esta participação⁷⁰:

Este processo constituinte expressa uma aspiração de longa data dos movimentos sociais, especialmente do movimento indígena, que desde a década de 90 propõe a refundação do Estado com uma constituição que a impulse. Nesta conjuntura, a participação dos movimentos teve várias vias: a proposta de textos constitucionais completos – tais os casos da CONAIE e o Movimento de Mulheres – ou de propostas temáticas e setoriais; o diálogo com a Assembléia- que recebeu mais de 1.500 delegações. Além disso, entre as/os assembleístas eleitos, havia dirigentes ou representantes de organizações camponesas, indígenas, mulheres, sindicais, de jovens, de moradores urbanos, de migrantes. Na fase prévia ao referendo, os movimentos sociais tem assumido uma intensiva tarefa de difusão e debate sobre o texto proposto.

É um texto constitucional promulgado por um país que sofre com o desmatamento de áreas naturais, extinção de espécies da fauna e da flora, bem como com a contaminação das águas e dos solos. O setor econômico retira da natureza todos os produtos que são necessários para a cadeia de produção e, após a extração, na maioria das vezes, realiza a exportação. Os lucros ficam aglomerados nas mãos das grandes empresas ou também saem do território nacional. Em compensação, a maioria da população não dispõe de quase nada para viver⁷¹.

Este documento Equatoriano não significou apenas mais uma Carta Política, tornou-se uma referência para a humanidade no mundo todo. O tratamento dispensado à “Pachamama”, com a atribuição de sujeito de direitos e a positivação do “buen vivir” que orienta o desenvolvimento, caracteriza um verdadeiro “Mandato Ecológico”. Conforme Eduardo Gudynas⁷²:

La nueva Constitución de Ecuador, aprobada en 2008, presenta novedades sustanciales en la temática ambiental. Siguiendo la perspectiva de los derechos ciudadanos, se incluyen temas como la calidad del ambiente, pero se avanza más allá y se reconocen por primera vez los derechos de la Naturaleza. A su vez, éstos se articulan con un cambio de perspectiva sobre el desarrollo para orientarlo hacia el buen vivir. Estos nuevos contenidos ambientales generan un “mandato ecológico”: la nueva Constitución indican fines, objetivos, y capacidades, tanto para el Estado como para los ciudadanos.

⁶⁹UNNEBERG, op. cit., p. 59.

⁷⁰ LEÓN, Magdalena. Nova Constituição do Equador expressa aspiração dos movimentos sociais. Entrevista com Magdalena León. *Revista do Instituto Humanista Unisinos* [on line] Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-antiores/16470-nova-constituicao-do-equador-expressa-aspiracao-dos-movimentos-sociais>>. Acesso em 21 jan. 2014.

⁷¹ GUDYNAS, op. cit., p. 17-22.

⁷² GUDYNAS, op. cit., p. 13.

A Carta Magna representa, ainda, um marco em um modelo constitucional que se desenha e que se estabelece no continente ameríndio, ou seja, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. A posição de destaque é alcançada através da forma diferenciada como são tratados os seus conteúdos. A natureza, detentora de direitos, a busca e a harmonia entre “Pachamama” e os seres humanos, através da positivação do “buen vivir”, entre inúmeros outros aspectos em que realiza um verdadeiro avanço, é um salto para um novo futuro. Neste sentido expressa o mestre Antonio Carlos Wolkmer⁷³:

Possivelmente, o momento primeiro e de grande impacto para o “novo” constitucionalismo latino-americano vem a ser representado pela Constituição do Equador de 2008, por seu arrojado “giro biocêntrico”, admitindo direitos próprios da natureza e direitos ao desenvolvimento do “bem viver”. A inovação desses direitos não impede de se reconhecer os avanços gerais e o enriquecimento dos direitos coletivos como “direitos das comunidades, povos e nacionalidades”, destacando a ampliação de seus sujeitos, dentre as nacionalidades indígenas, os afro-equatorianos, comunais e os povos costeiros (arts. 56 e 57).

A atribuição de valor às coisas em função de sua utilidade, é realizada com a maior naturalidade em relação à natureza. Contudo, os seres humanos também já sofrem com isso, seja através da utilização da mão de obra barata ou como um empecilho à atividade extrativista etc. Frente a esta realidade, a Constituinte significa uma ruptura com a postura antropocêntrica e utilitarista que há muito tempo domina o mundo. Ao positivar os direitos da natureza, está optando por uma posição biocêntrica⁷⁴. É o que explica Eduardo Gudynas⁷⁵:

Cuando se postula que existen valores propios en la Naturaleza, no se niega que la adjudicación de los valores está en manos de los seres humanos, sino que se acepta que los demás seres vivos poseen valores que le son inherentes, independientemente de la utilidad para las personas. Se rompe con el utilitarismo antropocéntrico. Es reconocer y defender que las especies puedan desarrollar sus proyectos de vida y que persistan los ecosistemas, y que todo esto es un derecho en sí mismo. Por lo tanto, la aceptación de los valores propios en el ambiente desemboca en reconocer los derechos propios en la Naturaleza, y permite pasar de una perspectiva antropocéntrica a una biocéntrica.

A partir da Constituição de Montecristi, o desenvolvimento deve deixar no passado o ideal do crescimento econômico, para manter relação direta com o “buen vivir”. Será um desenvolvimento sustentável e oposto à degradação ambiental e à concentração de riquezas nas mãos de alguns, enquanto milhões morrem de fome. A extração de recursos naturais, utilizada como fonte de matérias primas para a produção pelos grandes grupos econômicos,

⁷³ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino – americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 33.

⁷⁴ GUDYNAS, op. cit., p. 67-68.

⁷⁵ GUDYNAS, op. cit., p. 73.

não está de acordo com o disposto constitucionalmente, pois fere os direitos da natureza, infringe o trato em harmonia com a “Pachamama”, bem como não adota o modelo de desenvolvimento proposto. Se este se inclinar ao crescimento econômico, não levará em consideração a regeneração da natureza e os seus ciclos vitais, nem se preocupará com os seres humanos e suas gerações futuras. Será um desenvolvimento egoísta e excludente. É por um modelo sustentável que roga a Carta equatoriana no art. 395:

Art. 395.- La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales:
1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

É importante destacar que o desenvolvimento sustentável gerou controvérsias durante a elaboração da Carta Política de 2008, dividindo os constituintes em dois grandes grupos. Aqueles presos ao modelo anterior, um modelo aberto ao neoliberalismo, com a exploração sem limites dos recursos naturais em prol do crescimento econômico, onde todas as preocupações têm por foco o mercado. E de outro, os constituintes favoráveis aos saberes ancestrais andinos, que vêem na “Pachamama” não uma produtora de mercadorias voltada à acumulação de poder econômico, mas a indispensabilidade para a vida, o respeito, a harmonia, o bem viver. Para estes, o Estado necessita posicionar-se de forma a garantir o bom relacionamento entre seres humanos e “Naturaleza”, que apenas será possível com a alteração do modelo de desenvolvimento. Sob o enfoque da água, uma necessidade humana fundamental e indispensável, bem explicam este atrito que tomou conta dos constituintes, Antônio Carlos Wolkmer, Maria de Fátima S. Wolkmer e Sergio Augustin⁷⁶:

Em uma primeira posição, havia os que defendiam ao extremo a visão centrada no mercado, para quem a água é um recurso a mais na produção. Nessa perspectiva, o neoliberalismo, com novas formas de exploração, mobilizou, nas últimas décadas do século passado, os governos da região com um sistema de valores e medidas estruturais, voltadas a atender às necessidades do mercado que foram impostas sistematicamente pelas instituições multilaterais de crédito, como o Banco Mundial. Sob o influxo dessas orientações, iniciou-se a transferência para o setor privado de serviços públicos e comunitários, como os sistemas de água potável e saneamento, bem como a geração de energia através de diferentes modalidades. Assim, parte dos constituintes queriam o aprofundamento e consolidação desse modelo baseado na racionalidade do mercado.

Em posição contrária, havia os constituintes, em harmonia com a cosmovisão andina, que defendiam a água como um direito humano fundamental e a necessidade imperiosa de dar um passo na recuperação do controle estatal e social efetivo sobre a

⁷⁶ WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKMER, Maria de Fátima S.; AUGUSTIN, Sergio. *O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina*. In: Interthesis, vol.9, n.1, Florianópolis, jan/jul, p. 58. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2012v9n1p51>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

água e a biodiversidade. Para estes, o Estado a partir do Constitucionalismo emancipatório, no seu papel estratégico de condutor dos interesses da Pachamama, estaria fundamentado na aliança público/comunitária, projetando-se na construção de uma soberania plural. Na prática seria a superação da lógica do mercado, expressa em todos os setores considerados, em função de sua magnitude, essencial para o desenvolvimento do país⁷⁷.

Alterações significantes também foram realizadas no âmbito econômico. Se anteriormente, o capitalismo de modelo neoliberal é que ditava as regras do jogo, através da exploração sem limites da “Pachamama”, a partir da promulgação do texto de 2008, a economia deve fluir no sentido do “buen vivir” e não mais no sentido em que se priorize o mercado. No triângulo composto por sociedade, Estado e o mercado, nunca deverá permanecer de lado a harmonia com a “Naturaleza”, sob pena de se estar realizando uma regressão. É uma economia disposta a incluir setores de menor poder aquisitivo, como cooperativas e associações etc.

Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

A preocupação com a alimentação da população, está redigida nesta nova Constituição, ao objetivar a soberania alimentar. Busca-se, através da produção interna de alimentos, que os mesmos não tragam malefícios à saúde e que também sejam suficientes à nutrição dos equatorianos de forma permanente. Assim, por exemplo, em um momento de crise, não dependerá de produtos externos para abastecer o mercado nacional, o que elevaria o custo dos produtos e muitos não deteriam condições financeiras para adquiri-los, propagando-se a fome. Para atingir este objetivo, o documento político traz inúmeras incumbências ao Estado, das quais destacamos algumas abaixo:

Art. 281.- La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente. Para ello, será responsabilidad del Estado:1. Impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera de las pequeñas y medianas unidades de producción, comunitarias y de la economía social y

⁷⁷ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. Água: Um direito humano fundamental. Apud: WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKMER, Maria de Fátima S.; AUGUSTIN, Sergio. *O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina*. In: Interthesis, vol.9, n.1, Florianópolis, jan/jul, p. 58. Disponível em: < https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2012v9_n1p51>. Acesso em: 21 jan. 2014.

solidaria. 3. Fortalecer la diversificación y la introducción de tecnologías ecológicas y orgánicas en la producción agropecuaria.6. Promover la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad y de los saberes ancestrales vinculados a ella; así como el uso, la conservación e intercambio libre de semillas. 11. Generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos. Impedir prácticas monopólicas y cualquier tipo de especulación con productos alimenticios.

A consulta popular, o referendo, a iniciativa de lei e a revocatória de mandato são institutos que encontram campo fértil para a sua expansão na Constituição de Montecristi. O Estado é dividido em Executivo, Legislativo, Judiciário, Eleitoral de Transparência e Controle Social. Este novo documento busca os princípios, garantias, direitos, já tratados na Constituinte anterior, realiza remodelações e ainda traz novas inclusões⁷⁸.

Em relação aos direitos, estes poderão ser exigidos e exercidos individual ou coletivamente. Os direitos são reclassificados e de quatro grupos são ampliados para sete categorias que são: “buen vivir”; direitos das comunidades, povos e nacionalidades; direitos de participação; direitos de liberdade; direitos de proteção ou devido processo; direitos das pessoas e grupos de atenção prioritária; direitos da natureza⁷⁹. Não há hierarquia alguma entre qualquer direito humano, sendo todos eles dotados das seguintes características: inalienáveis, irrenunciáveis, indivisíveis, interdependentes e de igual hierarquia⁸⁰.

Em relação aos direitos coletivos, representou a nova Carta Política um grande avanço, pois, se na Constituinte de 1988 apenas os povos indígenas, os negros e afroequatorianos eram detentores de direitos coletivos, agora o leque é ampliado para as comunidades e nacionalidades indígenas, povos afroequatorianos e montubinos. Com esta ampliação na titularidade de direitos, os povos e nacionalidades indígenas possuem em suas mãos a faculdade de demandar direitos coletivos diretamente relacionados a eles e também qualquer outro direito assegurado pela Constituição de Montecristi. Nesta lógica, é possível um indígena ingressar em juízo contra a violação dos direitos do “Buen vivir”, ou até mesmo pela violação de direito de uma criança etc. Esta modificação inibe totalmente qualquer argumento por parte do Judiciário de ilegitimidade ativa por parte dos povos indígenas⁸¹.

Em virtude de o Equador ter passado por diversos momentos de instabilidade política ao longo de sua história, foi possível a promulgação de tantas Constituições no país, entretanto, nenhuma foi tão marcante e especial como a de Montecristi. É nesta que o povo (índios, negros, mulheres, grupos estudantis etc) realmente teve voz e pôde opinar sobre

⁷⁸ UNNEBERG, op. cit., p. 134-135

⁷⁹ UNNEBERG, op. cit., p. 134-135.

⁸⁰ ÁVILA SANTAMARÍA, op. cit., p.61.

⁸¹ GRIJALVA, op. cit., p. 164-165.

assuntos que lhe afetavam direta ou indiretamente. E através de referendo, pôde apreciar o texto confeccionado e votar pelo sim ou pelo não. Nos documentos políticos anteriores, a decisão ficava nas mãos dos que dominavam e detinham o poder, a população por sua vez, era colocada à parte, como espectadora na espera do resultado final de um jogo.

Contudo, mesmo com a participação popular exigindo a refundação do Estado e consequentemente uma mudança, o atrito entre os assembleístas foi gerado em relação a vários assuntos positivados, pois a divergência de ideias, entre o velho e o novo, provocou várias incógnitas para aqueles que se encontravam satisfeitos com o modelo em vigor, mesmo com todos os problemas que gerava ao país e principalmente ao povo.

Ao invés de tratar os conteúdos na mesma linha dos textos políticos anteriores, a Constituição equatoriana de 2008 realizou transformações e inovações incríveis. Enquanto todos os países no mundo deferem direitos aos seres humanos, ela amplia o leque e inclui a “Naturaleza”, isto em pleno nível constitucional. Esta, passa a ter proteção não mais por direito alheio, mas por direito próprio. Ultrapassa uma visão calcada no antropocentrismo e no utilitarismo, para chegar ao biocêntrismo. Contudo, de nada adiantaria apenas atribuir um novo direito se outras modificações não fossem realizadas ao longo de todo o documento político.

Então, inclui uma nova forma de vida harmônica entre o homem e a “Pachamama”, ou seja, a busca pelo “buen vivir”. E este, passa a guiar o modelo econômico que não mais deverá ter por meta a extração sem limites de recursos naturais e a acumulação das riquezas em poucas mãos, mas o combate à miserabilidade que se propagou sem limites com o modelo econômico anterior. O desenvolvimento a ser almejado será um desenvolvimento sustentável, que supra as necessidades humanas das presentes e futuras gerações e que não acabe com a “Pachamama”.

É uma Carta Política que demonstra uma grande preocupação não apenas com a “Naturaleza”, mas também com o povo. É possível verificar isso, quando busca distanciar o país da escassez de alimentos, almejando uma autossuficiência na produção dos mesmos. Para atingir este objetivo, atribui responsabilidades ao Estado e a produção dos mesmos fica ao encargo dos cidadãos.

Todo e qualquer conteúdo presente na Constituição de Montecristi é de suma importância. Contudo, para o trabalho acadêmico que aqui se desenvolve e para o objetivo que com ele se almeja, torna-se fundamental destacar dois direitos positivados pela Constituição andina que marcaram verdadeiramente o país equatoriano e causam reflexões no

mundo todo. Assim, para o prosseguimento do estudo proposto, no próximo capítulo se abordarão os direitos da natureza e o “buen vivir”.

2. O resgate da Pachamama pelo Novo Constitucionalismo transformador

Este capítulo é composto por dois sub-capítulos. O primeiro trata da atribuição de direitos à “Pachamama” e o segundo aborda a consagração do “buen vivir” ou “vivir bien” nos textos constitucionais boliviano e equatoriano.

O trato dispensado à natureza pelos ameríndios originários é totalmente diferente do realizado pelo homem ocidental do hemisfério norte. Este vê na “Naturaleza”, uma mercadoria, uma fonte de renda infindável ao seu eterno dispor. Aquele visualiza na “Madre Tierra” uma mãe e, nesta condição, interage com ela de forma harmônica e não destrutiva. Foi através da colonização que se institui nas terras ameríndias a cultura da destruição, da mercantilização, da extração sem limites de recursos naturais.

Insurge a isto o Novo Constitucionalismo latino-americano positivando os direitos da natureza, como uma forma de rompimento a colonização europeia que aniquilou toda e qualquer cultura ameríndia e impôs ao povo originário a cultura vigente do outro lado do oceano, ou seja, a eurocêntrica. A “Madre Tierra” é um ente vivo não apenas na ótica andina, mas também na visão científica. Os pensadores da ecologia profunda buscam a atribuição de direitos à natureza desde tempos mais remotos, contudo quem realiza este giro é o Novo Constitucionalismo Transformador.

O “buen vivir” ou “vivir bien” é o tema central do segundo sub-capítulo e é o marco teórico filosófico do Novo Constitucionalismo latino-americano. Neste espaço se busca decifrar o seu significado. Para isso, verifica-se as inúmeras expressões utilizadas pelos povos indígenas para se referirem ao “sumak kawsay”, busca-se na filosofia andina os princípios embaixadores, trabalha-se com os conceitos de renomados estudiosos sobre o assunto. Também analisa-se esta forma de vida em plenitude e harmonia com a natureza desde as Cartas Políticas do Equador (2008) e da Bolívia (2009) e as transformações que esta incorporação causou no restante de cada texto constitucional.

2.1 A natureza como sujeito de direitos.

A ciência reconhece: a Terra é viva e se autorregula. O cientista James Lovelock provou ao mundo a sua tese “Teoria de Gaia”, através de um de seus experimentos denominado “O Mundo das Margaridas”. Para ele, a Terra como um todo, é repleta de vida e inclui: o ar, os oceanos, as rochas e os organismos. Entende que a sua autorregulação tem por finalidade a habitabilidade. Realizou um experimento com dois tipos de margaridas, claras e escuras, sob iluminação solar e constatou que abaixo de 5° C e acima de 40° C não se

desenvolviam, todavia aos 22,5° C a evolução era excelente. Aos 5° C as flores escuras começavam a crescer, visto que sua tonalidade absorvia facilmente o calor e como consequência aumentavam seu crescimento e a temperatura da superfície. A sua expansão seguia até o ponto em que o calor tornava-se excessivo e não mais resistiam. As margaridas brancas, conforme aumentava o calor, mais se expandiam, até que dominaram o espaço terrestre. Por sua vez, o calor não se estabilizou e elas também não resistiram. A estrela solar continuou aquecendo o Planeta e tornou-o inabitável. O cientista, hoje reconhecido internacionalmente, finaliza sua experiência concluindo que a temperatura era regulada pelo sistema vital e pelo ambiente em condições necessárias para o desenvolvimento das margaridas⁸².

Após muitos anos de controvérsias e conflitos entre estudiosos da física, química e biologia, a “Teoria de Gaia” ganha o mundo. Em síntese⁸³:

Uma visão da Terra apresentada nos anos 1980 que a considera um sistema autorregulador constituído pela totalidade de organismos, rochas de superfície, o oceano e a atmosfera, firmemente acoplados como um sistema em evolução. A teoria considera que tal sistema tem um objetivo - a regulação das condições de superfície de maneira a ser sempre o máximo possível favorável à vida contemporânea.

Afirma James Lovelock que os conceitos da ciência da Terra e da vida não podem ser usados separadamente, mas sim de forma holística. Retirando-se a física, fisiologia e parte da engenharia o restante é reducionista, ou seja, opta por decompor, separar tudo em pedaços para observar suas últimas instâncias, exemplos práticos são: átomos e DNA. No caminho inverso segue a ciência do sistema holístico⁸⁴.

Gaia difere de Biosfera. Esta corresponde à parte da Terra onde existe vida. Aquela tem o seu início próximo ao magna da Terra, o que corresponde a 160 km abaixo da superfície e a mesma distância em relação à divisa com o espaço. A biosfera é parte integrante de Gaia e possui um sistema fisiológico eficaz que permite a vida no planeta⁸⁵.

Ressalta ainda o cientista⁸⁶:

Meu motivo para insistir em chamar a Terra de Gaia e dizer que ela está viva não é uma vaidade pessoal; o motivo é que vejo isso como um passo essencial no processo de entendimento público e também científico. Enquanto não sentirmos

⁸² LOVELOCK, James. *Gaia: alerta final*. Tradução de Jesus de Paula Assis e Vera de Paula Assis. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010, p. 167-168.

⁸³ Idem, p. 244.

⁸⁴ Idem, p. 190.

⁸⁵ LOVELOCK, James. *A vingança de gaia*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006, p. 27.

⁸⁶ LOVELOCK, James. *Gaia: alerta final*. Tradução de Jesus de Paula Assis e Vera de Paula Assis. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010, p. 188.

intuitivamente que a Terra é um sistema vivo e não soubermos que fazemos parte dela, não poderemos reagir de forma automática para a proteção dela própria e, no final das contas, a nossa própria proteção.

Verificada a visão científica, segue-se à ecológica. É Eugenio Raúl Zaffaroni quem destaca a diferença existente entre a ecologia ambientalista e a “deep ecology”. A primeira considera apenas os seres humanos como detentores de direitos e obrigações. Por sua vez, a “deep ecology” defende a atribuição de titularidade de direitos à natureza, independentemente dos seres humanos. Apesar de ambas pregarem a ecologia, seguem em sentidos opostos⁸⁷.

No âmbito do pensamento ecológico profundo, encontra-se Aldo Leopold (1887-1948). Para ele, existe uma base ética em relação a todos os seres que integram o planeta. É possível ao homem alterar o meio ambiente, mas o mesmo não deve deixar no fundo do baú, um instinto comunitário que deriva da cooperação, convivência e interdependência com árvores, plantas, solo e animais. Estes seres possuem um direito de continuar existindo sem sofrerem alterações⁸⁸.

A “deep ecology”, a partir do século XVIII, segue uma linha utilitarista e tem em Peter Singer um de seus principais expoentes. No ano de 1975 publica a obra “Liberación animal”, na qual não tem a audácia de que os animais tenham os mesmos direitos que os homens, contudo não se conforma com o fato de serem negados todos os direitos. Compara esta negação ao racismo, pois negar direitos porque os animais pertencem a uma espécie diferente da humana ou porque os mesmos possuem asas, iguala-se à discriminação em razão da cor da pele. Dizer que o animal é menos inteligente que o homem, também encontra brechas, uma vez que há humanos que não possuem inteligência, ou ainda detêm inteligência inferior aos seres animais. Mesmo nesta situação, nenhum ser humano passará por crueldade ou por experiências. Para ele isso configura especismo⁸⁹.

Também segue nesta linha de pensamento Tom Regan, entre suas obras: “The Case for Animal Rights” de 1983. Ele contraria os ensinamentos de Immanuel Kant e afirma que todo o ser vivo deve ser considerado com um fim em si mesmo, pois há seres que não dispõem de consciência moral como crianças e incapacitados. Para Immanuel Kant, apenas os que possuem consciência moral devem ser considerados com um fim em si mesmos. Na ótica de Tom Regan, cada ser vivo é o sujeito de sua vida, o que significa que cada um detém o interesse em conservá-la, sem que isso ocasione interesse ou interfira em outros, ao não ser

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Pachamama y el humano. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 67.

⁸⁸ ZAFFARONI, op. cit., p. 69.

⁸⁹ Idem, p. 69-70.

que também detenham vida e detenham o mesmo interesse. Assim, constrói sua tese de que ninguém deve ser tratado como um meio para fins alheios, ou nenhum ser vivo deve ser tratado como uma coisa⁹⁰.

Outro adepto da ecologia profunda é o filósofo Hans Jonas (1903-1993). Para ele, apenas os seres humanos detêm responsabilidade, uma vez que se encontra em suas mãos a opção em agir ou não. A natureza se mantém em uma situação de vulnerabilidade frente ao homem e pode ser facilmente destruída. Segundo seu entendimento, o ser humano não é dominador de seu domínio, cabendo então ingressar a figura da prudência em relação a tudo que possa prejudicar a natureza. Em sua ética demonstra uma preocupação pelo desaparecimento da espécie⁹¹. Transcreve-se abaixo, trecho de sua obra: “O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica”, que demonstra a sua preocupação em relação ao agir humano com a natureza.

Um patrimônio degradado degradaria igualmente os seus herdeiros. A proteção do patrimônio em sua exigência de permanecer semelhante ao que ele é, ou seja, protegê-lo da degradação, é tarefa de cada minuto; não permitir nenhuma interrupção nessa tarefa é a melhor garantia de sua duração; se ela não é uma garantia, pelo menos é o pressuposto da integridade futura da “imagem e semelhança”. Mas sua integridade não é nada mais do que a manifestação do seu apelo à humildade, cada vez maior e mais afinada por parte dos seus representantes, sempre bastante deficientes. Guardar intacto tal patrimônio contra os perigos do tempo e contra a própria ação dos homens não é um fim utópico, mas tampouco se trata de um fim tão humilde. Trata-se de assumir responsabilidade pelo futuro do homem.⁹²

Na leitura desta mesma obra, é possível, ainda, visualizar a posição por ele adotada de defensor da “deep ecology” quando assim escreve⁹³:

E se o novo modo do agir humano significasse que devêssemos levar em consideração mais do que somente o interesse “do homem”, pois nossa obrigação se estenderia para mais além, e que a limitação antropocêntrica de toda a ética antiga não seria mais válida? Ao menos deixou de ser absurdo indagar se a condição da natureza extrahumana, a biosfera no todo e em suas partes, hoje subjugadas ao nosso poder, exatamente por isso não se tornaram um bem a nós confiados, capaz de nos impor algo como uma exigência moral - não somente por nossa própria causa, mas também em causa própria e por seu próprio direito.

Aldo Leopold, Peter Singer, Tom Regan, Hans Jonas e outros pensadores que aqui não foram especificamente abordados, possuem em comum uma visão diferenciada em

⁹⁰ Idem, p. 70-71.

⁹¹ Idem, p. 71-72.

⁹² JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2006, p.353

⁹³ Idem, p. 41.

relação à natureza, onde ela deixa de ser apenas algo à disposição dos seres humanos e passa a ter direitos por si mesma.

A chegada de Cristóvão Colombo (1492) à América, em busca de recursos naturais, ouro, pedras preciosas, seda e especiarias, marca o início de uma incansável exploração de recursos da “Pachamama”⁹⁴. A presença dos colonizadores impõe uma ruptura na forma do tratamento dispensado à “Madre Tierra”. Antes da chegada dos visitantes, era reverenciada e adorada, após passa a ser fonte ilimitada de riquezas. É o que pontua Eduardo Galeano:

Desde que la espada y la cruz desembarcaron en tierras americanas, la conquista europea castigó la adoración de la Naturaleza, que era pecado de idolatría, con penas de azote, horca o fuego. La comunión entre la Naturaleza y la gente, costumbre pagana, fue abolida en nombre de Dios y después en nombre de la civilización. En toda América, y en el mundo, seguimos pagando las consecuencias de ese divorcio obligatorio⁹⁵.

O nível da retirada de matérias primas da “Naturaleza” atualmente é muito superior à época das colônias. A água, os minerais, a biodiversidade etc. passaram a ser matéria-prima ou fonte de energia de uma indústria que não busca apenas suprir as necessidades humanas, mas aumentar o consumo. Como consequência, se verifica a desvalorização dos bens naturais, bem como agrupamento de lixo e desperdício de energia⁹⁶.

Explica Esperanza Martínez⁹⁷ que o surgimento dos direitos da natureza derivam em grande escala da destruição dos ecossistemas no mundo todo. A “Pachamama” é visualizada pelos humanos como fonte infindável de riqueza e um depósito de objetos inservíveis. Entende que a “Madre Tierra” é colocada a serviço do capital, uma vez que o homem chegou a lugares antes intocáveis como a profundidade dos mares e o genoma humano etc. Os átomos, por exemplo, estão à serviço da indústria da nanotecnologia. A ideia emitida de conservação é apenas uma artimanha para a ocupação e o despojo, o que realmente ocorre é apropriação de funções da Naturaleza (fotossíntese, metabolismos metabólicos) para algum mercado. O reconhecimento de direitos não surgiu do pó, possui uma história⁹⁸:

Ni estos derechos, ni nada surge de la nada; los Derechos de la Naturaleza tienen historia. El antecedente al reconocimiento de la Naturaleza con derechos está en las

⁹⁴ ACOSTA, Alberto. Los derechos de la naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existencia. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 323.

⁹⁵ GALEANO, Eduardo. La Naturaleza no es muda. Apud: ACOSTA, Alberto. Los Derechos de la Naturaleza: Una lectura sobre el derecho a la existencia. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 323 – 324.

⁹⁶ MARTÍNEZ, Esperanza. Prólogo. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 8.

⁹⁷ Idem, p. 7.

⁹⁸ Idem, p. 13.

luchas en torno al territorio, al agua, a la soberanía alimentaria. Igualmente en las luchas contra el extractivismo o contra los megaproyectos, o en aquellas denuncias contra la manipulación de la vida, ya sea por identificar vulnerabilidades o efectos masivos a los ecosistemas, o por describir efectos masivos, transfronterizos o transgeneracionales.

Frente a tudo isso, as vanguardistas Constituições equatoriana (2008) e bolivariana (2009) com base na respeitosa forma de convívio dos originários andinos com a Madre Tierra, apresentam ao mundo um Mandato Ecológico como alternativa ao regime de exploração que transforma a “Naturaleza” em mercadoria e a trata simplesmente como um objeto, ao invés de conceder-lhe tratamento digno de sujeito de direitos.

Apesar da “deep ecology” lutar pela atribuição de direitos aos seres não humanos desde tempos mais remotos, é com o Novo Constitucionalismo Andino e com tudo o que ele significa aos Bolivianos e Equatorianos que os direitos da “Pachamama” ganham relevo e passam a ter efetividade no mundo dos fatos. A classificação da “Madre Tierra” como um ser vivo não é apenas uma criação vinda dos Andes, é um ser vivo por comprovação científica.

Segundo concepções ameríndias, a “Pachamama” é uma divindade protetora. O homem não é algo que se encontra separado da natureza, mas nela inserido, bem como possui dependência para a sua sobrevivência, devendo agir com reciprocidade. É o que ensina Eugenio Raúl Zaffaroni⁹⁹:

La Pachamama es una deidad protectora – no propiamente creadora, interesante diferencia – cuyo nombre proviene de las lenguas originarias y significa Tierra, en el sentido de mundo. Es la que todo lo da, pero como permanecemos en su interior como parte de ella, también exige reciprocidad, lo que se pone de manifiesto en todas las expresiones rituales de su culto¹⁰⁰. Con ella se dialoga permanentemente, no tiene ubicación espacial, está en todos lados, no hay un templo en el que vive porque es la vida misma. Si no se la atiende cuando tiene hambre o sed, produce enfermedades. Sus rituales, justamente, consisten en proporcionarle bebida y comida (challaco).

Nas palavras de Leonardo Boff¹⁰¹:

A Terra é um organismo vivo, é a Pacha Mama de nossos indígenas, a Gaia dos cosmólogos contemporâneos. Numa perspectiva evolucionária nós seres humanos, nascidos do humus, somos a própria Terra que chegou a sentir, a pensar, a amar, a

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: Pachamama e Gaia. In: *Bolivia – Nueva Constitución Política del Estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vice-presidencia del Estado Plurinacional, 2010, p. 122.

¹⁰⁰ MERLINO, Rodolfo; RABEY, Mario. Pastores del Altiplano andino meridional: religiosidad, territorio y equilibrio ecológico. Apud: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: Pachamama e Gaia. In: *Bolivia – Nueva Constitución Política del Estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vice-presidencia del Estado Plurinacional, 2010, p. 122.

¹⁰¹ BOFF, Leonardo. *Socialismo e moderna cosmología*. Disponível em: < <http://www.leonardoboff.com/site/vista/outros/socialismo.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

venerar e hoje a se alarmar. Terra e ser humano somos uma única realidade complexa, como bem o viram os astronautas lá da lua ou das suas naves espaciais

A Carta Política Equatoriana coloca em um mesmo nível a “Naturaleza” e a “Pachamama”. Aquela possui uma bagagem ocidental e esta carrega consigo a compreensão andina. A Constituição de Montecristi realiza a junção destes conceitos e oferece ao mundo uma nova concepção muito mais ampla e diversificada de meio ambiente¹⁰².

Conforme ressalta Eduardo Gudynas, ocorre uma abertura multicultural entre povos quando o assunto é “direitos da natureza”, pois não é possível apenas uma visão europeia. Esta foca no antropocentrismo, na dominação do homem sobre o bem ambiental. Todavia, a ótica andina parte do holístico, da relacionalidade entre tudo o que existe no mundo, dos seres humanos com os demais seres e com a “Madre Tierra”¹⁰³.

Enquanto a maioria das Constituições na América do Sul positivam os direitos relacionados ao meio ambiente como direitos de terceira geração, enquadrando-os como direitos sociais, econômicos e culturais, o Equador se manifesta mundialmente com uma nova forma de convivência cidadã entre os seres humanos e a “Pachamama”¹⁰⁴.

Os direitos ambientais como integrantes da terceira geração, pertencem aos denominados direitos sociais e econômicos e são antecedidos pelos direitos políticos e civis. Esta dimensão de direitos não deixa de estar presente também na Constituição de Montecristi e limita-se, como nos países vizinhos, a assegurar tão somente a qualidade do meio ambiente para a vida dos seres humanos; não leva em consideração os ecossistemas, mas apenas a pessoa humana¹⁰⁵.

O art. 14 da Carta Equatoriana reconhece o direito da população de viver em ambiente sadio e ecologicamente equilibrado garantindo a sustentabilidade e o “buen vivir”. Contudo, o Equador avança muito mais, atribuindo direitos próprios à natureza e independentes de qualquer valoração humana. Assim a “Pachamama” ultrapassa a posição de um simples objeto para sujeito de direitos, detentora de valores próprios e intrínsecos¹⁰⁶. O Título II Capítulo sétimo art. 71 a 74 tratam sobre os direitos da natureza.

¹⁰² GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la Naturaleza en serio: Respuestas y aportes desde la ecología política. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 241.

¹⁰³ Idem, p. 264.

¹⁰⁴ GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*, Bogotá, n. 32, abril 2009, p. 37-38

¹⁰⁵ Idem, p. 37-38.

¹⁰⁶ Idem, p. 37-38.

Art. 71 - La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

Apesar da Carta Política Boliviana não apresentar com tanta especificidade e clareza os direitos da “Madre Tierra”, não deixa de abordá-los no Título II, Capítulo V, artigos 33 e 34.

Art. 33 - Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

Art. 34 - Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

Na visão de Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁰⁷, em um primeiro momento acredita-se que a Constituinte Bolivariana vai inclinar-se para uma proteção apenas dos direitos humanos esquecendo-se dos direitos ecológicos, visto que enquadra os artigos em epígrafe em capítulo relacionado a direitos sociais e econômicos. Contudo, a mesma deixa evidente no art. 33 da

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: Pachamama e Gaia. In: *Bolivia – Nueva Constitución Política del Estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vice-presidencia del Estado Plurinacional, 2010, p. 120.

Carta Constitucional, a preocupação não apenas com os direitos dos seres humanos, mas com todos os seres vivos ao mencionar: “El ejercicio de este derecho [...] además de otros seres vivos”. Destaca, ainda, que em função da atribuição de direitos à “Madre Tierra”, qualquer pessoa poderá buscar a proteção da “naturaleza” através da intervenção judicial. Ambos os países latino-americanos asseguram os direitos da natureza, de forma expressa o Equador e tácita, a Bolívia. As consequências jurídicas são idênticas: a “Pachamama” passa a ser detentora de personalidade jurídica e qualquer indivíduo poderá defender seus direitos.

A cidade de Cochabamba na Bolívia sediou, em 2010, a Conferência Mundial dos Povos sobre Mudanças Climáticas e Direitos da Madre Tierra. Na oportunidade firmou-se uma Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra. No mesmo ano, foi promulgada a “Ley de Derechos de la Madre Tierra n. 71” e, em 2012, aprovada a “Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien n. 300”.

O documento conferencista influenciou a criação e promulgação destas leis e deixa evidente a titularidade de direitos a todos os entes integrantes da “Pachamama”, sem distinção de classe ou qualquer outro tipo de *status*. Não há hierarquia entre humanos e os demais seres, todos estão em nível de igualdade. Seja um rio, uma montanha, uma árvore, um inseto, um animal ou um ser humano, todos são titulares de direitos específicos a sua condição. Destaca-se trecho do artigo primeiro da Declaração de Cochabamba¹⁰⁸:

5. La Madre Tierra y todos los seres que la componen son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en esta Declaración sin distinción de ningún tipo, como puede ser entre seres orgánicos e inorgánicos, especies, origen, uso para los seres humanos, o cualquier otro estatus.
6. Así como los seres humanos tienen derechos humanos, todos los demás seres de la Madre Tierra también tienen derechos que son específicos a su condición y apropiados para su rol y función dentro de las comunidades en los cuales existen.
7. Los derechos de cada ser están limitados por los derechos de otros seres, y cualquier conflicto entre sus derechos debe resolverse de manera que mantenga la integridad, equilibrio y salud de la Madre Tierra.

O modelo antropocêntrico concentra nas mãos dos seres humanos o poder da valoração dos demais seres e objetos, bem como estes são meios para os fins a serem atingidos pelos humanos; uma visão cartesiana que opta pela separação entre a natureza e a

¹⁰⁸ Grupo de trabajo 3. Conclusiones finales de la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, Cochabamba, 22 abril de 2010. In: *América Latina en movimiento*, n. 479, oct. 2012, p. 31.

sociedade. A “Pachamama” é vista como objeto e não sujeito, além de não serem considerados seus valores próprios¹⁰⁹.

Atribuir à qualidade de sujeito de direitos representa a tentativa de rompimento deste paradigma antropocêntrico, posição de dominação e exploração ocupada pelo homem frente à natureza. Nesta alteração o ser humano deixa de ser o círculo onde o bem ambiental se insere, há inversão de papéis. De objeto de mercantilização a detentora de personalidade jurídica, é um tratamento digno e ousado que lhe atribui a Carta equatoriana. Conforme Eduardo Gudynas¹¹⁰:

El reconocimiento de esos derechos inevitablemente obliga a recordar las perspectivas llamadas “biocéntricas” ya que ellas ofrecen una fundamentación sustancial a los valores intrínsecos de la Naturaleza. [...] El reconocimiento de valores intrínsecos en el ambiente es uno de sus puntos centrales, y con ello se busca romper con la postura antropocéntrica propia de la modernidad, la que se maneja en el campo de los valores instrumentales de uso, beneficio y provecho. Por lo tanto, la relevancia de esta formulación en la Constitución justifica que se puede hablar de un “giro biocéntrico” en Ecuador.

Para Alberto Acosta, os direitos da natureza colocam no centro a “Pachamama”, mas não deixam de incluir os seres humanos. A “Madre Tierra” possui um valor próprio, independente da valoração atribuída pelo homem. Esta é uma visão biocêntrica. Os direitos da natureza não têm por intuito que os seres humanos não mais intervenham junto à “Naturaleza” seja através do cultivo, pesca ou pecuária; o que se objetiva é que os ecossistemas possam cumprir seus ciclos vitais¹¹¹. Salienta, por fim, a importância da diferenciação entre os direitos ecológicos originários da Constituição equatoriana de 2008 que se voltam aos ciclos vitais e processos evolutivos dos direitos ambientais já previstos na Constituição anterior¹¹².

Os direitos ecológicos surgem para o mundo de regiões não consideradas como centro do saber ou do poder, mas muito pelo contrário, terras que foram colonizadas e tiveram a sua cultura sacrificada em prol de outra considerada melhor e dominante. Contudo, nem tempo, o poder, o dinheiro e o capitalismo, foram capazes de apagar o tratamento harmonioso dos seres humanos com a “Pachamama”, deixada pelos andinos originários a seus descendentes. Este convívio harmônico com a “Madre Tierra” na Bolívia e com a

¹⁰⁹ GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la Naturaleza en serio: Respuestas y aportes desde la ecología política. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 259.

¹¹⁰ GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 39-41.

¹¹¹ ACOSTA, Alberto. Los derechos de la naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existencia. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 353-354.

¹¹² Idem, p. 354- 355.

“Pachamama” no Equador positivou-se nas Cartas Constitucionais e resplandece ao mundo como uma alternativa à crise vivida pela humanidade, que vê na natureza apenas um objeto de mercantilização ou uma fonte ilimitada de riqueza a inteiro dispor dos seres humanos.

2.2 O “Buen Vivir” e/ou “Vivir Bien”

A Constituição equatoriana de 2008 positiva as expressões “buen vivir” e “sumak kawsay” (expressão quechua), já a Constituinte bolivariana de 2009 adota as nomenclaturas “vivir bien” e “suma qamaña” (expressão aymara). Apesar de termos linguísticos diversos, apresentam um mesmo significado, ou seja, uma vida em plenitude¹¹³. Sua presença nas Cartas Políticas não representa uma criação própria em nível constitucional, pois o “sumak kawsay” e/ou “suma qamaña” são ancestrais e emanam da cosmovisão dos povos originários andinos¹¹⁴.

Ensina Esperanza Martínez que¹¹⁵:

A proposta do bem viver provém de um sujeito histórico, cujos vínculos com a terra e a natureza não estão quebrados, mesmo apesar de todo o sofrimento histórico, do despojo e da destruição da natureza: os índios. O bem viver, para eles, é mais do que viver melhor, ou viver bem: o bem viver é viver em plenitude. De fato, o termo utilizado não é “*alli kawsay*” (*alli* = bem; *Kawsani* = viver), mas sim “*sumak Kawsay*” (*sumak* = plenitude; *kawsani*= viver).

O conceito de “buen vivir” marca presença em todos os povos originários no contexto latino-americano, contudo as expressões variam dependendo o grupo. Os Aymaras - Quechua da Bolívia utilizam o “*Suma Qamaña*”, os Mapuche do Chile “*Kyme Mogen*”, os Kolla da Argentina “*El hombre es tierra que anda*”, os indígenas da Amazônia “*Volver a la Maloca*” etc. Em todos são salientes as seguintes características: a realização do “buen vivir” ocorre em comunidade, o equilíbrio e harmonia entre todos os seres que habitam a “Pachamama”, o intenso respeito com a Madre Tierra¹¹⁶.

¹¹³ MAMANI, Fernando Huanacuni. *Buen Vivir/ Vivir Bien: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. 3.ed. Lima (Peru): Coordinadora Andina de Organizacoes Indígenas – CAOI, 2010. Disponível em: <<http://www.coordinadoracaoi.org/portal/sites/default/files/Libro%20%20Buen%20Vivir%20y%20Vivir%20Bien.pdf>>. Acesso em 01 de maio de 2013, p. 13.

¹¹⁴ MURCIA, Diana. El sujeto Naturaleza: elementos para su comprensión. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya- Yala, 2011, p. 293.

¹¹⁵ MARTÍNEZ, Esperanza. Sumak kawsay. Nem melhor, nem bem: viver em plenitude. Entrevista especial com Esperanza Martinez. *Revista do Instituto Humanista Unisinos*. [on line] Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/34622>>. Acesso em 12 de novembro de 2013.

¹¹⁶ MAMANI, op. cit., p. 33-49.

Segundo Fernando Huanacuni Mamani¹¹⁷: “Vivir bien es la vida en plenitud. Saber vivir en armonía y equilibrio; en armonía con los ciclos de la Madre Tierra, del cosmos, de la vida e de la historia, y en equilibrio con toda forma de existencia en permanente respeto”.

Descendente do povo Aymara, David Choquehuanca Céspedes afirma que “vivir bien” é viver em harmonia com as pessoas e com a “Pachamama”, é viver em comunidade, lugar em que um ser complementa o outro. “Vivir bien” e “vivir mejor” não são sinônimos, pois este último representa exploração, riqueza concentrada em poucas mãos, além de exclusão social e marginalização. Na literalidade¹¹⁸:

Bolivia plantea el Vivir Bien, no un vivir mejor a costo del otro, sino un Vivir Bien basado en la vivencia de nuestros pueblos. Vivir Bien es vivir en comunidad, en hermandad, y especialmente en complementariedad. Donde no haya explotados ni explotadores, donde no haya excluidos ni quienes excluyan, donde no haya marginados ni marginadores.

Mentir, robar, atentar contra la naturaleza posiblemente nos permita vivir mejor, pero eso no es Vivir Bien. Al contrario, Vivir Bien significa complementarnos y no competir, compartir y no aprovecharnos del vencido, vivir en armonia con la naturaleza. El Vivir Bien no es lo mismo que el vivir mejor, el vivir mejor que el otro. Porque para el vivir mejor, frente al prójimo, se hace necesario explotar, se produce una profunda competencia, se concentra la riqueza en pocas manos. Vivir mejor es egoísmo, desinterés por los demás, individualismo.

El Vivir Bien está reñido con el lujo, la opulencia y el derroche, está reñido con el consumismo.

Também Leonardo Boff, difere as expressões “viver melhor” e “bem viver”. O primeiro instiga os seres humanos a uma busca cada vez maior de ultrapassar o nível de bem estar em que vivem e atingir um patamar superior, sem considerar que, ao mesmo tempo, muitos não possuem nem ao menos um pedaço de pão para a alimentação. Vincula o “viver melhor” ao progresso ilimitado e ao capitalismo. Segundo ele, o “bem viver” é um objetivo positivado nas Constituições Andinas e significa: a harmonia entre todos os seres da “Pachamama”; a celebração dos ritos sagrados que ligam à conexão cósmica e a Deus; a existência do necessário para que todos possam viver dignamente; a harmonia com todos os seres do Planeta; não consumir mais que o meio ambiente possa tolerar; reciclar ao invés de descartar tudo como lixo; evitar a produção de resíduos não removíveis com segurança¹¹⁹.

¹¹⁷ Idem, p. 49.

¹¹⁸ CÉSPEDES, David Choquehuanca. Hacia la reconstrucción del Vivir Bien. *América Latina em movimento*. Quito, 452, año XXXIV, II época, p. 8, 2010.

¹¹⁹ BOFF, Leonardo. O viver melhor ou o bem viver? Disponível em: <<http://www.terrazul.m2014.net/spip.php?breve239>>. Acesso em: 20 jan 2014.

Através de Javier Medina¹²⁰ é possível um aprofundamento em relação às diferenças existentes entre “buena vida” ocidental e “la vida dulce” ameríndia. Segundo ele, a “buena vida” possui liames com a passagem bíblica do Jardim do Éden e também com a visão aristotélica de que é no meio urbano, ou seja, na cidade, que a mesma será conquistada. Nestes casos, ocorre o distanciamento da “Pachamama” e o respeito a ela fica prejudicado. Contudo, nos Andes a construção se dá pelo inverso, ao invés da cidade, o local apropriado para a construção de uma “vida dulce” é a chácara, espaço em que ocorre o encontro com a natureza e não o distanciamento. Para os campesinos “*muchik*”, este modelo de vida ocorre quando há nas chácaras animais para a criação, pastagem, plantações, água, tempo para festejar, quando há os bens necessários para a troca com os demais povos etc. É possuir o necessário e o suficiente para viver e também poder interagir com os demais.

Afirma ainda que, pela ótica grega, uma “buena vida” estaria voltada a atividades contemplativas, ao desenvolvimento intelectual, ao corpo, às artes, à política etc. Todavia, por ser entendido como algo que inferioriza o ser humano, o trabalho agrícola, manual e doméstico não manteria vinculação alguma a esta forma de vida ocidental. Em posição contrária, para os aymaras, a agricultura não é nenhum desprestígio e não representa um negócio, mesmo que isso signifique retornos pecuniários. O que realmente expressa é o contato diário e a interação com a “Naturaleza” e isso é compartilhado nas festas, mas também com as divindades e os demais seres da “Pachamama”¹²¹. Enfatiza que¹²²:

La Vida Dulce no es el mundo del saber, pues los amerindios no pretenden ni quieren transformar el mundo (como los revolucionarios) sino amarlo tal como es (como los místicos). La Vida Dulce tampoco aspira a la perfección sino a la crianza mutua entre todas las formas de vida, de los astros a las plantas y animales. Se desea que todo ser viva, incluso aquellos que se presentan como maleza o plagas, pues todas son personas, es decir, seres con los que se dialoga y conversa y todas tienen derecho a vivir.

Para Pablo Dávalos¹²³, o “sumak kawsay” representa um modelo de vida que se distancia do padrão enraizado na modernidade e no crescimento econômico. Afasta-se do individualismo, do lucro, do consumismo, da utilização da natureza como objeto de

¹²⁰ MEDINA, Javier. *Suma Qamaña: La comprensión indígena de la Buena Vida*. La Paz: Editorial “Garza Azul”, 2001. Disponível em: <<http://www2.gtz.de/dokumente/bib/04-5208.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2013. p. 19.

¹²¹ Idem, p. 19-21.

¹²² Idem, p. 21.

¹²³ DÁVALOS, Pablo. *Reflexiones sobre el sumak kawsay (el buen vivir) y las teorías del desarrollo*. Disponível em: <<http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/100602.pdf>> Acesso em: 05 de novembro de 2013.

mercantilização, etc. É uma nova forma de relacionamento entre seres humanos e estes com tudo o que o cerca.

Sumak kawsay es la voz de los pueblos kechwas para el buen vivir. El buen vivir es una concepción de la vida alejada de los parámetros más caros de la modernidad y el crecimiento económico: el individualismo, la búsqueda del lucro, la relación costo-beneficio como axiomática social, la utilización de la naturaleza, la relación estratégica entre seres humanos, la mercantilización total de todas las esferas de la vida humana, la violencia inherente al egoísmo del consumidor, etc. El buen vivir expresa una relación diferente entre los seres humanos y con su entorno social y natural. El buen vivir incorpora una dimensión humana, ética y holística al relacionamiento de los seres humanos tanto con su propia historia cuanto con su naturaleza¹²⁴.

Explica René Ramirez Gallegos¹²⁵ que a Constituição equatoriana de 2008 emprega o “buen vivir” que não se embasa apenas em ter ou possuir, mas em ser, estar, fazer, sentir, em viver bem, em viver a plenitude. Afirma que o seu conceito é algo complexo, vivo, não linear, que vai se construindo historicamente e assim seu significado vai passando por reformulações. Compreende que o “sumak kawsay” significa: suprir as necessidades, ter uma vida digna com qualidade, bem como uma morte, poder amar e ser amado, um florescimento de todos em harmonia e paz com a “naturaleza”, possuir tempo livre para contemplar e se emancipar.

Leciona Alberto Acosta¹²⁶ que o “buen vivir” é uma chance para a edificação de novas formas de vida pela coletividade. Não é uma novidade nos processos políticos deste século na América Latina e também não é algo mágico para os problemas do mundo. “O “vivir buen” é parte de uma grande busca de alternativas de vida forjadas no calor das lutas da humanidade pela emancipação e pela vida”. Afirma que é descolonizador, visto apresentar uma cosmovisão oposta à ocidental, que não se embasa no capitalismo, além de deixar para trás o antropocentrismo. Não possui uma proposta monocultural e sim plural, pois tem seu surgimento junto ao povo indígena, contudo não descarta as inovações tecnológicas, bem como contribuições de culturas diversas que também questionam a modernidade, assim o denomina de “bons viveres” ou “bons conviveres”.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ GALLEGOS, René Ramirez. Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano. Rebelión. [on line]. Disponível em: <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=116667>>. Acesso em: 05 de novembro de 2013, p. 8.

¹²⁶ ACOSTA, Alberto. *O Buen Vivir: uma oportunidade de imaginar outro mundo*. [on line]. Disponível em: <http://br.boell.org/downloads/alberto_acosta.pdf>. Acesso em 08 de outubro de 2013, p. 201.

Conforme Eduardo Gudynas¹²⁷ o “buen vivir” é algo em construção e nesta condição muitos pontos ainda necessitam de um consenso. Contudo, já há algo pacificado: não representa uma “vida doce” propiciada pelo Estado com desperdícios e demonstra uma inconformidade com o desenvolvimento que se manifesta no mundo, clamando por uma mudança de paradigma. Questiona o desenvolvimento contemporâneo baseado no crescimento econômico. Também rebate o antropocentrismo, um modelo em que a valoração depende da utilidade atribuída pelos seres humanos. A atribuição de valores próprios à “Naturaleza” se afasta da visão europeia o que causa ainda maiores atritos. O “buen vivir” é uma imposição à evolução do desenvolvimento convencional, uma vez que na América Latina a “Naturaleza” sempre foi vista sob o ângulo de um recurso infindável e propício ao crescimento econômico.

Conforme o líder indígena “quichua cañari” Carlos Pérez Guartambel, o presidente do Equador Rafael Correa faz um uso folclórico do “sumak kawsay”. Pois ao mesmo tempo em que prega no seu país o “sumak kawsay”, apoia a degradação da natureza através do extrativismo sem limites, o que contraria totalmente a cosmologia andina positivada constitucionalmente de respeito e harmonia entre o homem e a “Pachamama”. Importante é manifestação deste indígena em relação ao “buen vivir”¹²⁸:

El sumak Kawsay no es vestirse atuendos indígenas o vestimentas. No es solamente hablar unas cuantas palabras, no sólo es repetir como lora las palabras Sumak Kawsay o permitir que vengan indígenas a ocupar cargos públicos de tercer o cuarto nivel. El Sumak Kawsay es difícil explicar cuando no se vive, cuando no se siente... pero podríamos resumir que es la convivencia, el respeto profundo que se tiene a los hermanos y hermanas porque en el género hay que tenerlo muy presente. Si respetamos a la madre, la mujer, a la hija, hay que respetar más todavía a la madre naturaleza. Y digo que Correa no quiere entender porque: cómo es que él predica el Sumak Kawsay y practica el extractivismo ... Si hay algo tan lesivo, grosero, tan duro contra el Sumak Kawsay es la explotación de la naturaleza, la explotación de las fuentes de vida que son el agua, la tierra, los territorios, todas estas fuentes de vida, porque ahí estamos prácticamente haciendo tabla rasa de lo que tenemos y lo que tenemos no es herencia de nuestros padres sino es prestado de nuestros hijos. Y no entender esos es un suicidio, significa mirar hasta nuestras narices, pensar solamente en el voto, en el apoyo coyuntural, pensar en el poder y no mirar en perspectiva.

Como exposto pelo líder autóctone, à compreensão do que é o “sumak kawsay”, deve afastar-se do uso de trajes ou roupas típicas e também da destinação de cargos políticos a

¹²⁷ GUDYNAS, Eduardo. *Tensiones, contradicciones y oportunidades de la dimensión ambiental del Buen Vivir* [on line]. Disponível em: < <http://www.gudynas.com/publicaciones/capitulos/GudynasTensionesAmbienteBVivirCides11.pdf> >. Acesso em 08 de outubro de 2013, p. 232-236.

¹²⁸ GUARTAMBEL, Carlos Pérez. *Correa responde a un modelo capitalista, racista, machista y sexista*. Disponível em: < <http://www.planv.com.ec/historias/entrevistas/correa-responde-un-modelo-capitalista-racista-machista-y-sexista> >. Acesso em: 15 jan 2014.

representantes ameríndios. Lembra que o “sumak kawsay” não é apenas uma bela palavra a ser livremente repetida. A sua compreensão passa pela ideia de respeito, de convívio, de harmonia entre todos os seres humanos e estes com os demais seres que compõem a “Pachamama”. A atividade extrativista afronta o “sumak kawsay”, não se podendo falar em uma real harmonia entre todos os seres integrantes da natureza quando verificada no mundo dos fatos esta conduta humana.

É na filosofia andina que são encontrados os princípios basilares do “sumak kawsay” que são: holístico, correspondência, complementaridade e reciprocidade¹²⁹.

A partir do princípio holístico, existe uma conexão, uma relação entre tudo o que existe no mundo. Esta relacionalidade inclui além dos seres humanos, Deus. Para melhor compreensão utiliza-se o corpo humano. Este é composto pelo corpo físico, psíquico e astral. Cada um mantém uma função com o outro e não se mantêm de forma individual. O corpo físico possui relação com as células e os órgãos etc. Um braço só cumpre sua função se estiver junto ao corpo, no momento em que é separado tudo se afeta. Para este princípio, tudo possui vida e cada um tem uma função com o todo¹³⁰. De suma importância é a colocação de Ramiro Ávila Santamaría¹³¹:

La consecuencia de este principio es que la naturaleza requiere de los seres que la habitan, y los seres no podrían vivir sin la naturaleza. Además, el ser humano no está en la naturaleza – o la naturaleza alberga al ser humano - , sino que el ser humano es la naturaleza. No se puede desintegrar el concepto de ser humano con la naturaleza, ambos son uno, de ahí que hacer daño a la naturaleza es hacerse daño a sí mismo.

Pelo princípio da correspondência se deve compreender uma ligação entre os mais diversos aspectos da vida. Partindo do exemplo da medicina indígena e homeopática, entre a doença e a cura há uma profunda ligação. Acredita-se que a doença é causada por elementos similares a ela mesma e que o debilitado poderá obter a recuperação através de seu próprio organismo. A presença da correspondência ocorre realmente em todos os âmbitos, é o que bem pontua Josef Estermann¹³²:

¹²⁹ FERNÁNDEZ, Raúl Llasag. El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales. *Foro Revista de Derecho*. Quito, n.12, p. 114, 2009.

¹³⁰ FERNÁNDEZ, op. cit., 114-115.

¹³¹ SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. El derecho de la naturaleza: fundamentos. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 211.

¹³² ESTERMANN, Josef. Filosofía Andina: Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina. Apud: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. El derecho de la naturaleza: fundamentos. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 211-213.

[...] hay correspondencia entre lo cósmico y humano, lo humano y extra – humano, lo orgánico e inorgánico, la vida y muerte, lo bueno y malo, lo divino y humano, etc. El principio de correspondencia es de validez universal, tanto en la gnoseología, la cosmología, la antropología, como en la política y ética.

Segundo o princípio da complementaridade nada existirá ou permanecerá por si só, sempre haverá o seu complemento peculiar. Os opostos se completam, como: sol e lua, céu e terra, claro e escuro, dia e noite, masculino e feminino etc. O ser humano não é um ser autônomo e individual, pois se assim fosse seria incompleto. A sua plenitude e o seu complemento floresce na família e na comunidade ¹³³.

O princípio da reciprocidade fortifica a vida em grupo e significa que todo o ato receberá em troca um ato recíproco, que pode corresponder a intercâmbio de coisas, sentimentos, valores etc. A economia que vigora nas comunidades andinas é a de subsistência, a troca. Aqueles que vivem no alto dos Andes, permutam produtos com os que moram na parte baixa, o milho e a cevada são objetos de circulação. A reciprocidade é uma norma de relacionamento, não deve ser vista apenas como um negócio, pois pertence a um nível cósmico. O número de produtos permutados nem sempre é fundamental para o ato inverso, outros fatores mais importantes podem ser considerados como: parentesco, necessidade para a sobrevivência, escassez do objeto, características pessoais etc. Isto demonstra que ela orbita no nível cósmico e é desta forma que o povo andino vive e se desenvolve ¹³⁴.

Diferentemente da Constituição equatoriana de 2008, que consagra o “buen vivir” como um princípio, um direito e ainda um regime, a Constituição bolivariana de 2009 apresenta o “vivir bien” no artigo 8º inciso I como um princípio ético – moral. Dispõe o referido dispositivo constitucional ¹³⁵:

El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

A Constituição boliviana consagra o “vivir bien” de forma pluricultural, uma vez que traz ao seu texto a noção de uma vida em plenitude, conforme cada povo indígena que o compõem. Assim, positiva *suma qamaña* (“vivir bien”), *ñandereko* (“vida armoniosa”), *teko kavi* (“vida buena”), *ivi maraei* (“tierra sin mal”), *qhapaj ñan* (“camino o vida noble”), todos em um mesmo nível sem qualquer hierarquia. Não estipula qualquer diferenciação com os

¹³³ FERNÁNDEZ, op. cit., 116.

¹³⁴ Idem, p.116 -117.

¹³⁵ Constituição Boliviana de 2009, art. 8º inciso I.

demais princípios que arrola no inciso II do art. 8º que são: unidade, igualdade, inclusão, dignidade, liberdade, respeito, complementariedade, harmonia, equilíbrio, etc¹³⁶.

É da Bolívia que provêm os 25 postulados para o “vivir bien”, neles verificam-se a presença e a reprodução de princípios andinos, vejamos:

Priorizar a vida; Obter acordos consensuados; Respeitar as diferenças; Viver em complementariedade; Equilíbrio com a natureza; Defender a identidade; Aceitar as diferenças; Priorizar direitos cósmicos; Saber comer; Saber beber; Saber dançar; Saber trabalhar; Retomar o Abya Yala; Reincorporar a agricultura; Saber se comunicar; O Viver bem não é viver melhor como propugna o capitalismo; Controle social; Trabalhar em reciprocidade; Não roubar e não mentir; Proteger as sementes; Respeitar a mulher; Recuperar os recursos; Exercer a soberania; Aproveitar a água; Escutar os anciãos¹³⁷.

Ao postularem por priorizar a vida, esta é colocada no topo da pirâmide, acima do capitalismo (dinheiro) e do socialismo (ser humano). Considera-se não apenas a vida humana, mas a de todos os seres que integram o planeta. A preocupação pela vida tem um local indiscutível para ocorrer, na comunidade, ou seja, ambiente em que acontece a união de todos e conseqüentemente o envolvimento de uns com os outros¹³⁸.

Os andinos reprimem o conflito; para eles, havendo a discordância, é no diálogo que deverá proceder-se a uma igualdade de ideias e, como consequência, um mútuo acordo. Prezam e defendem a consideração pelas diferenças, visto que o pensamento pode diferir conforme a cultura, não havendo discriminação, mas respeito¹³⁹.

A complementariedade é apresentada como um atributo para “vivir bien” e significa que todos os seres do planeta se completam uns aos outros. A criança se completa ao avô, as plantas completam os homens e lhe são indispensáveis para sobrevivência¹⁴⁰.

O equilíbrio e a harmonia com a “Naturaleza” são elementos indispensáveis. Os bolivianos buscam, segundo seus postulados, um equilíbrio do homem em comunidade com todos os demais seres que compõem a “Madre Tierra”. Os valores que uma sociedade deve aspirar são: equidade e inclusão. Entendem que estes atributos prevalecem sobre outros como

¹³⁶ GUDYNAS, Eduardo. Buen vivir: Germinando alternativas al desarrollo. *Alai – América Latina em Movimento*. Quito, n. 462, fevereiro, p. 04, 2011. Disponível em: <<http://www.gudynas.com/publicaciones/articulos/GudynasBuenVivirGerminandoALAI11.pdf>> Acesso em: 08 de outubro de 2013.

¹³⁷ CHOQUEHUANCA, David. Bolívia. 25 postulados para entender o “Viver Bem”. *Revista do Instituto Humanista Unisinos*. [on line] Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/29688-bolivia-25-postulados-para-entender-o-viver-bem>> Acesso em: 12 de novembro de 2013.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Idem.

democracia e justiça, uma vez que estes últimos levam em consideração apenas os seres humanos¹⁴¹.

Após 500 anos da colonização espanhola, a América busca proteger e desfrutar dos conhecimentos e valores dos milenares andinos, isso significa a defesa pela identidade do povo andino¹⁴².

A compreensão da diferença entre os seres que compõem a “Pachamama” é fundamental, uma vez que incontestável é esta diversidade existente entre seres humanos e demais seres vivos. O alcance do bem viver passa pela compreensão das semelhanças e diversidades de todos os seres¹⁴³.

Saber se comunicar, é utilizar o diálogo para resolver os pontos conflitantes. Saber comer, é combinar os alimentos conforme a época em que são produzidos pela “Naturaleza”, tomando-se como base os ancestrais que se alimentavam com um único tipo de alimento fornecido pela “Pachamama” na estação. Saber beber, é beber com moderação, uma vez que o álcool sempre esteve presente junto às comemorações indígenas, contudo sem excessos. Saber dançar; o verdadeiro significado da dança e da música é honrar a natureza, as colheitas agrícolas ou plantações. Saber trabalhar; o trabalho nas comunidades indígenas é sinônimo de crescimento pessoal, todos trabalham desde muito cedo. Para os andinos originários, o trabalho é uma festa. Trabalhar em reciprocidade significa que o auxílio recebido em uma colheita ou plantio deve ser retribuído com trabalho¹⁴⁴.

A retomada da Abya Yala significa voltar a ter a união que existia no passado, reunindo os povos em uma grande comunidade, em uma grande família. O “vivir bien” exige que a agricultura seja retomada junto às comunidades indígenas, o cultivo à terra, a colheita de produtos para a subsistência. A proteção das sementes contra organismos transgênicos se torna indispensável para que não se perca sementes milenares. É através de bancos de sementes que é possível afastar a utilização de alimentos transgênicos¹⁴⁵.

A “Pachamama” é representada na figura da mulher, que gera a vida e cuida de seus filhos. Nas comunidades indígenas a mulher tem a responsabilidade de repassar às crianças os ensinamentos para a vida¹⁴⁶.

É com base nas comunidades que se busca construir a soberania na Bolívia. É através do consenso comum que se alcançará a soberania, levando-se em consideração a unidade e

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Idem.

responsabilidade em prol do bem comum. A administração de uma sociedade que seja soberana se dará através do equilíbrio e a harmonia entre todos os seres que compõem a “Naturaleza”¹⁴⁷.

O “vivir bien” também passa pela recuperação dos recursos naturais em oposição à exploração ilimitada dos bens ambientais¹⁴⁸. Em relação à água, esta é indispensável ao bem viver, devendo-se atentar que chegue a todos e que não haja desperdício.

Escutar os anciãos é buscar os costumes, os conhecimentos dos mais antigos sobre a vida, em equilíbrio e harmonia com a “Naturaleza”. Nas palavras de David Choquehuanca Céspedes: “Viver bem é ler as rugas dos avós para poder retomar o caminho”¹⁴⁹.

O “buen vivir” na Assembleia Constituinte de Montecristi foi por muitos interpretado indevidamente. Entendido por alguns como uma doce vida, desvinculada de preocupações, foi ferozmente condenado. Ao mesmo tempo, compreendido por outros, como uma ferramenta para ter seus privilégios extintos, foi intitulado de retorno ao passado e também reprovado¹⁵⁰. O presidente da CONAIE (Confederação de Nacionalidades Indígenas do Equador), Marlos Santi, ao definir “sumak kawsay” ressalta a repressão à aderência deste novo estilo de vida em harmonia com a “Pachamama” por parte de representantes políticos.

La lógica del Sumak Kawsay es la del “buen vivir”, la de vivir en un ambiente sano, comer bien, tener un espacio de vida, una educación acorde a nuestra realidad, salud... todo un conjunto de esquemas que el ser humano necesita para mantenerse y que genere la vida de las futuras generaciones. Del “buen vivir” han incluido el tema de la economía social, pero era muy difícil hacérselo entender a los asambleístas, para quienes vivir bien es tener un edificio de 50 pisos, 5 carros, viajes a Europa y Nueva York... es decir, el esquema occidental de “buen vivir”; al que no le importa el medio y el entorno, ni si la Naturaleza sigue existiendo o no. Por ello más o menos lo acoplaron en el modelo económico: compartir equitativamente, respetar a la Madre Tierra... De ahí nace la inclusión de la Madre Tierra como sujeto de derecho y un capítulo dedicado a los Derechos de la Naturaleza¹⁵¹.

Promulgada a Constituição equatoriana de 2008, o preâmbulo deixa evidente o fim almejado, “buen vivir”. Sendo este o objetivo, necessitou-se substituir o modelo até então vigente de convivência, para incluir um novo padrão que considera-se a diversidade existente,

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ ACOSTA, Alberto. El Buen Vivir , una oportunidad por construir. *Ecuador Debate*. Quito, n. 75, p. 33, dezembro de 2008. [on line]. Disponível em: <<http://www.ecuadordebate.com/wp-content/uploads/2010/06/Ecuador-debate-75.pdf>>. Acesso em: 08 de outubro de 2013.

¹⁵¹ Buen vivir o vida plena, cosmovisión indígena como alternativa al neoliberalismo. Disponível em: <http://www.pachakuti.org/textos/hemeroteca/2008_2/vida-plena.html>. Acesso em 19 de novembro de 2013.

bem como o indispensável, à harmonia com a “Naturaleza”. A transcrição do texto literal é esclarecedor¹⁵²:

Decidimos construir

Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay;

Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;

Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

A Carta Política reserva 43 artigos para tratar especialmente dos “Derechos del buen vivir”, que são: água, alimentação, ambiente sadio, comunicação, informação, cultura, ciência, educação, habitação, moradia, saúde, trabalho e seguridade social.

O direito à água é tratado como um direito fundamental e lhe são atribuídos os seguintes caracteres: irrenunciabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade (art. 12). Em relação à alimentação, o povo equatoriano tem o direito de consumir alimentos saudáveis, em especial os produzidos em âmbito local (art.13).

O meio ambiente sadio é um passo para o alcance do “sumak kawsay”. É reconhecido a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, é de interesse público: a preservação e conservação do bem ambiental, a integridade do patrimônio genético, a prevenção de danos ambientais e a recuperação de áreas afetadas (art. 14-15).

Seja a um só individuo ou a toda coletividade, o direito à comunicação e à informação estão garantidos constitucionalmente. A comunicação se dará interculturalmente, na forma livre, com participação, na língua do cotidiano e com seus próprios símbolos. Em relação à informação esta deve ser verdadeira, garantindo-se assim o seu intercambio sem a imposição de qualquer tipo de censura (art. 16 a 20).

O direito à identidade cultural também é garantido, permitindo às pessoas uma escolha. Cabe a cada um eleger com qual cultura ou com quais se identifica. Nas áreas científica, literária ou artística o Estado assegura a proteção aos direitos morais e patrimoniais referentes às criações. Determina, ainda, o direito ao esporte, tempo livre e recreação etc. Bem como o direito a gozar dos benefícios trazidos pelas descobertas científicas e dos saberes milenares (art. 21 a 25).

Positiva a Constituinte que a educação é um direito de cada cidadão e um dever do Estado. Está nas mãos da sociedade o direito e a responsabilidade de participar do processo educativo. A educação é uma área prioritária de políticas públicas e indispensável ao alcance

¹⁵² Constituição Equatoriana de 2008, preâmbulo.

do “buen vivir”. É através dela que o povo obterá o conhecimento, usufruirá de seus direitos e poderá construir um país com soberania (art. 26 a 29).

É assegurado o direito ao gozo da cidade, bem como de seus espaços públicos; os princípios que norteiam este direito são: sustentabilidade, justiça social, respeito às diferentes culturas urbanas e ao equilíbrio entre urbano e rural (art. 31).

O direito à saúde efetiva-se através de outros direitos como: água, alimentação, educação, cultura física, trabalho, seguridade social, ambiente saudável etc. Entre os princípios que regem a prestação dos serviços de saúde estão: equidade, universalidade, solidariedade, interculturalidade, qualidade, eficiência, eficácia e precaução etc (art. 32).

O trabalho, além de um direito constitucional e econômico, é um dever social, uma ferramenta para a realização de cada ser humano e é o alicerce da economia. Ao Estado fica o dever da proteção aos trabalhadores, garantindo: dignidade, remuneração justa e um trabalho salubre etc. O direito à seguridade social é irrenunciável (art. 33 – 34).

O “Régimen del buen vivir” está previsto na Carta Política equatoriana no Título VII, capítulo primeiro e segundo, dos artigos 340 ao 415. O capítulo primeiro é voltado à inclusão e equidade, englobando: educação, saúde, seguridade social, habitação e moradia, cultura, cultura física e tempo livre, comunicação social, ciência, tecnologia, inovação, saberes ancestrais, gestão de risco, população e mobilidade humana, seguridade humana e transporte. O segundo capítulo é dividido em sete seções e refere-se à biodiversidade e aos recursos naturais.

Através do art. 275 verifica-se o nexo existente entre o “buen vivir” e o “Regime de desarrollo”, uma vez que o desenvolvimento deverá garantir a realização do “buen vivir”. Entre os objetivos do regime de desenvolvimento, encontra-se a busca pela melhoria da qualidade de vida do povo, construção de um sistema econômico justo, democrático e solidário, a recuperação e conservação da natureza¹⁵³.

Explica Norman Wray que o “buen vivir” não tem por intuito reter as atividades econômicas, mas priorizar aquelas que demonstram proteção à “Pachamama” e seu ciclo natural de recomposição. Um sistema econômico deve atentar que uma vida saudável depende da indispensabilidade dos ecossistemas, bem como da não interferência negativa junto a eles. O horizonte do desenvolvimento é o crescimento econômico, a partir do “buen vivir” este deve ser o seu objetivo¹⁵⁴.

¹⁵³ GUDYNAS, op. cit., p. 04.

¹⁵⁴ WRAY, Norman. Los retos del régimen de desarrollo : El Buen Vivir en la Constitución. In: El Buen Vivir Una vía para el desarrollo. Ediciones Abya –Yala: Quito, 2009, p. 56-57.

El Buen Vivir, entonces, desde esa perspectiva, no intenta frenar las actividades económicas, sino viabilizar aquellas que no alteren las capacidades de los ecosistemas para regenerarse y florecer en el tiempo (lo que significa no acabar en el corto plazo con recursos que necesitamos en el mediano y largo plazo). De manera que en un sistema económico y productivo que considere los conceptos señalados, la protección de los ecosistemas y de su capacidad de mantenerse vivos es una prioridad.

Los principios constitucionales dan forma a un régimen de desarrollo que no ignora la importancia para la vida de un ecosistema saludable, y que promueve un desarrollo que no interfiera de manera fatal con el funcionamiento de los sistemas naturales. De esa forma también se intenta modificar el punto de vista tradicional que pone al crecimiento económico como fin último del desarrollo¹⁵⁵.

Para o mundo ocidental, o desenvolvimento está ligado ao rompimento de um estágio e ao prosseguimento a outro posterior. Isso não faz parte da compreensão, nem mesmo da realidade das sociedades indígenas. Para estas, ao contrário das ocidentais, não há a direta e imediata associação de riqueza e pobreza, a abundância ou escassez de bens materiais. O desenvolvimento ou o melhoramento social visto sob o ângulo da cosmovisão indígena, está sempre em processo de construção e reconstrução e mantêm vínculo com a própria vida. São diversos os elementos que desencadeiam o “buen vivir”, deixando à parte os bens materiais. Consideram-se valores como: conhecimento, reconhecimento cultural e social, código de condutas éticas e espirituais, valores humanos etc ¹⁵⁶.

A concepção de que o futuro sempre guarda o melhor, não encontra guarida junto aos indígenas; segundo suas compreensões, o passado pode ter armazenado este melhor, e assim se caminha em busca dele. Desta forma, afirma-se que vigora uma concepção cíclica e não linear nos Andes, o objetivo do desenvolvimento que é o “buen vivir”, pode ser encontrado no passado e não necessariamente no futuro¹⁵⁷.

Destaca Eduardo Gudynas que o “buen vivir” se opõe ao desenvolvimento convencional, bem como aos seus efeitos maléficos. Então é visto não mais como algo histórico que deve linearmente ser repetido. O “sumak kawsay” não carrega consigo as características de ser único e linear historicamente. É estabelecida uma relação diferenciada com a natureza, não mais um objeto, mas sim um sujeito de direitos. Também não se reduz tudo a bens ou serviços de consumo. O “buen vivir” demonstra que o nível econômico ou a

¹⁵⁵ WRAY, op. cit., p. 56-57.

¹⁵⁶ ACOSTA, Alberto. El Buen Vivir , una oportunidad por construir. *Ecuador Debate*. Quito, n. 75, p. 34, dezembro de 2008. [on line]. Disponível em: <<http://www.ecuadordebate.com/wp-content/uploads/2010/06/Ecuador-debate-75.pdf>>. Acesso em: 08 de outubro de 2013.

¹⁵⁷ ESTERMANN, Josef. Crisis civilizatoria y Vivir Bien. *Polis- Revista de La Universidad Bolivariana*, Santiago, v. 11, n.33, p. 08, 2012. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30525012010> >. Acesso em: 08 de outubro de 2013.

quantidade de bens que cada um possui, não são o suficiente para a qualidade de vida, deve-se abrir os olhos ao lado espiritual, para se alcançar a felicidade¹⁵⁸.

Para Josef Esterman¹⁵⁹, o objetivo final de qualquer tipo de desenvolvimento deve ser o “buen vivir”. Neste, estão incluídos todos: animais, plantas, minerais, astros, espíritos e divindades. O desenvolvimento não significa acumular capitais ou dinheiro; não existe desenvolvimento de alguns enquanto muitos morrem de fome, deve voltar-se à coletividade e não ao individualismo. Conforme a cosmologia andina “pachasofía”, que observa o princípio da universalidade, deve-se atentar à medida exata que cumpre econômica, social e politicamente a sua função, melhorando a qualidade de vida de todos os seres humanos e que leva em consideração as gerações futuras.

Na visão andina, a economia e o desenvolvimento representam a maneira cuidadosa e com prudência que se deve tratar o planeta. Os modelos de desenvolvimento ocidental e andino seguem totalmente em posições opostas. O primeiro ligado ao crescimento econômico, capital, bens, dinheiro. O segundo ao que provém dos Andes, leva em consideração aspectos espirituais, religiosos, culturais, sociais, políticos. A economia se submete à política e à ética e estas por sua vez à cosmovisão indígena¹⁶⁰.

Leciona Vandana Shiva¹⁶¹ que o que a Bolívia e o Equador denominam “sumak kawsay” e “suma qamaña”, a Índia, seu país de origem, apresenta como “la familia de la tierra”, que é um conceito ancestral e muito antigo naquela região. A família seja indiana, boliviana ou equatoriana não pode ser considerada como a única que vive na “Pachamama”, uma vez que outros seres não humanos também são seus componentes. Deve-se ocupar o meio ambiente de modo a não degradá-lo ou inviabilizar aos demais seres que o compõem. Ao contrário do que prega o crescimento econômico que determina a exploração com rapidez transformando natureza em dinheiro e capital, é segundo ela nos dizeres dos nativos que estão os verdadeiros ensinamentos: “só quando tiveres matado o último peixe e cortado a última árvore te dará conta de que não podes comer o dinheiro”.

O “buen vivir”, “vivir bien”, “sumak kawsay”, “suma qamaña”, e tantas outras expressões utilizadas pelos povos andinos para referir-se a uma vida em plenitude, ganham *status* de texto constitucional e florescem ao mundo a partir da posituação destas Cartas

¹⁵⁸ GUDYNAS, Eduardo. Buen vivir: Germinando alternativas al desarrollo. *Alai – América Latina em Movimento*. Quito, n. 462, fevereiro, p. 18-19, 2011. Disponível em: <<http://www.gudynas.com/publicaciones/articulos/GudynasBuenVivirGerminandoALAI11.pdf>> Acesso em: 08 de outubro de 2013.

¹⁵⁹ ESTERMANN, op. cit., p. 7-8.

¹⁶⁰ Idem, p. 7-8.

¹⁶¹ SHIVA, Vandana. Democracia de la Tierra y los Derechos de la Naturaleza. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya- Yala, 2011, p. 165.

Políticas latino-americanas. Um modelo de vida em total conformidade com a “Pachamama” e todos seus ciclos vitais, que visualiza o valor intrínseco da “Madre Tierra” independentemente de qualquer valoração humana, um estilo que repudia o capitalismo e um desenvolvimento que tenha por base o crescimento econômico, verificando na “Naturaleza” uma grande fornecedora de produtos e mercadorias, que rejeita a riqueza concentrada apenas nas mãos de alguns, enquanto muitos morrem de fome e, por fim, que abandona o antropocentrismo e luta pelo biocentrismo.

3 A restauração do dano ambiental no Brasil e no Equador

Este capítulo é composto por dois sub-capítulos. O primeiro é dedicado a tratar da restauração e reparação do dano ambiental no Brasil e o segundo à restauração do dano ambiental no Equador.

A reparação de um dano enseja o conhecimento das características desta lesão que poderá ser individual, coletivo, patrimonial ou extrapatrimonial. Assim, optou-se por iniciar o primeiro sub-capítulo tratando com maior especificidade do dano ambiental através de suas principais características e da forma como ele se revela no mundo dos fatos, para após se abordar a questão reparabilidade. Em relação a esta, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a restauração “in natura”, a compensação ecológica e a indenização.

A primeira é uma medida a ser realizada no próprio bem natural vítima da agressão. A segunda forma deverá ser desempenhada em lugar diverso ao do dano, uma vez que o bem lesado não comporta nenhuma conduta reparatória. E, por fim, a indenização, ou seja, a conversão em dinheiro que deverá sempre ser a última medida a ser adotada, pois não é possível atribuir ao meio ambiente um valor econômico, independentemente de qual seja o valor a ele atribuído. Muitas vezes a reparabilidade ambiental depende da movimentação da máquina judicial que se dá através de ações específicas. Serão analisados alguns casos judiciais com o objetivo de se aproximar a perspectiva doutrinária com o mundo real.

No segundo sub-capítulo aborda-se a restauração do dano ambiental no Equador. Ao contrário do Brasil, a reparação através de indenizações e compensações apenas é enquadrada às pessoas vítimas de danos ambientais, mas não ao meio ambiente em si. Para a “Pachamama” a única medida a ser adotada é a restauração. E isto o direito à restauração é consequência dos direitos atribuídos à natureza pelo constitucionalismo transformador. Analisa-se também neste espaço dois casos judiciais que chegam ao Judiciário equatoriano e fazem valer no mundo real os direitos da natureza.

3.1 Formas de reparação do dano ambiental no ordenamento jurídico brasileiro

As definições de degradação da qualidade ambiental e de poluição são encontradas junto à Lei 6938/81 - Política Nacional do Meio Ambiente - no art. 3º inc. II e III¹⁶². Já o dano

¹⁶² Lei 6938/81 - Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-

ambiental não possui um conceito expresso na legislação, ficando sob o encargo dos doutrinadores e estudiosos do direito, bem como dos tribunais, a interpretação para a elaboração de uma acepção.

Assim são empregados os termos dano ecológico e dano ambiental. O primeiro mais limitado faz referência ao dano ao meio ambiente natural. O segundo, dotado de uma maior amplitude, abrange não apenas o espaço natural, mas o cultural e o artificial. Em relação à terminologia, Álvaro Luiz Valery Mirra opta pelo dano ambiental, escolha que aqui se acompanha, uma vez que condiz com o conceito de meio ambiente estipulado na legislação pátria¹⁶³. Em sua ótica¹⁶⁴:

[...] o dano ambiental pode ser definido como toda degradação do meio ambiente, incluindo os aspectos naturais, culturais e artificiais que permitem e condicionam a vida, visto como bem unitário imaterial coletivo e indivisível, e dos bens ambientais e seus elementos corpóreos e incorpóreos específicos que o compõem, caracterizadora da violação do direito difuso e fundamental de todos à sadia qualidade de vida em um ambiente são e ecologicamente equilibrado.

O art. 14 §1º da Lei 6938/81¹⁶⁵, bem como o art. 20 da Lei 11.105/05¹⁶⁶, elencam como destinatários da proteção ambiental o meio ambiente e terceiros. Esta positivação deriva do fato de uma lesão ambiental afetar o meio ambiente em si, e nesta condição toda a coletividade, mas também poder atingir a esfera individual do ser humano, seja em sua saúde ou patrimônio¹⁶⁷. A definição de dano ambiental para José Rubens Morato Leite e Patrick de Araujo Ayala passa por uma questão de ambivalência¹⁶⁸:

O dano ambiental, por sua vez, constitui uma expressão ambivalente, que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses. Dano ambiental, significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica;

estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

¹⁶³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 89

¹⁶⁴ MIRRA, op. cit., p. 94.

¹⁶⁵ Lei 6938/81 - Art. 14 § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

¹⁶⁶ Lei 11105/05 - Art. 20 Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa.

¹⁶⁷ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1119- 1120.

¹⁶⁸ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 94.

seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses.

Algumas características desta lesão merecem destaque: a sua certeza, o seu caráter direto e não pessoal.

Presente ou futura, a sua ocorrência deve ser algo certo e não passível de imaginação ou fantasia. A certeza do dano mantém relação com o limite de tolerabilidade, uma vez que este é o marco que determina até que ponto o bem ambiental sofreu ou não agressão¹⁶⁹.

O meio ambiente é um bem protegido juridicamente, a legislação prevê a reparação dos danos que lhe atingem de forma imediata e direta. Destaca-se ainda que a lesão a um bem ambiental, não paralisa ali, gera um “efeito cascata” sobre outros bens, pois há uma interdependência entre os elementos da natureza¹⁷⁰.

Este dano não preenche a particularidade de ser pessoal, não são consideradas vítimas pessoas físicas ou jurídicas de forma individualizada, leva-se em consideração que o entorno é um bem de toda a coletividade, é um dano coletivo e difuso¹⁷¹.

A importância e a essencialidade do meio ambiente não apenas para os homens, mas para todos os seres que o compõem, não poderia permitir que condutas humanas embasadas em objetivos extrativistas, econômicos e degradadores, pudesse deixar os responsáveis por tais ações impunes em razão do decurso do tempo. Estes danos são imprescritíveis, podendo o seu causador ser responsabilizado a qualquer tempo. Contudo, mesmo com este atributo, algumas lesões se perdem ou são de difícil constatação com o passar do tempo, deixando seus agressores sem a devida sanção.

Classifica-se o dano ambiental em: coletivo, individual, patrimonial e extrapatrimonial.

O dano ambiental coletivo ou dano ambiental propriamente dito é a lesão ao bem ambiental como patrimônio de todos¹⁷². E como bem da coletividade, o dano atingirá interesses difusos e coletivos. Importante frisar que é propriedade deste tipo de lesão a inexistência de relação jurídica base e a indivisibilidade do bem ambiental¹⁷³.

Conforme conceito de Délton Winter de Carvalho¹⁷⁴:

¹⁶⁹ MIRRA, op. cit., p.101-102.

¹⁷⁰ MIRRA, op. cit., p. 102.

¹⁷¹ Ibid. p. 104-105.

¹⁷² MILARÉ, op. cit., p. 1120.

¹⁷³ CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 83.

¹⁷⁴ CARVALHO, op. cit., p. 82.

Danos ambientais coletivos são aqueles que dizem respeito aos sinistros causados ao meio ambiente em si, sem a necessidade de qualquer comprovação de repercussão lesiva à esfera de interesses humanos. Esse preceito parte do pressuposto de que a lesão ao ambiente, em si, já viola as condições e a qualidade de vida humana atingindo negativamente os interesses transindividuais (difusos e coletivos) que envolve o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O requisito para o enquadramento de um dano como coletivo é bastante simples, ou seja, necessita apenas ter ocorrido. Não há exigência como visto, de nenhuma relação de transtorno ou prejuízo na órbita da individualidade de um ser humano. Leva-se em consideração o prejuízo que este dano ocasiona ao todo, ou seja, a qualidade e o equilíbrio ambiental.

Já os danos ambientais individuais, também denominados de danos ambientais reflexos ou por intermédio, são aqueles em que, ferido o bem ambiental, estende-se por ricochete a lesão a determinado ser humano. Os prejuízos são suportados de forma imediata pelo meio ambiente e mediata pelo indivíduo, seja na saúde, patrimônio ou bem-estar. O Estado, por sua vez, também suporta esta perda de forma mediata através de danos aos bens públicos¹⁷⁵.

Na perspectiva de Álvaro Luiz Valery Mirra¹⁷⁶, o dano “por intermédio” do meio ambiente é o prejuízo causado às pessoas e aos seus bens que tem em alguns dos componentes da natureza (a água, o ar, o solo) o elemento condutor”. É um dano reflexo, um dano por ricochete, que resulta da ocorrência em um primeiro momento de uma lesão ao bem ambiental¹⁷⁷.

Apontam José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala¹⁷⁸ que neste tipo de dano, o que está no centro das atenções é o interesse do indivíduo ao microbem ambiental. Já a proteção ao macrobem¹⁷⁹ que é o interesse de todos, ocorre somente de maneira incidental e em virtude do indivíduo prejudicado.

Diante do já exposto, é possível diferenciar com facilidade um dano coletivo de um dano individual. Para o primeiro, apenas a incidência da lesão ao meio ambiente basta para a sua caracterização, ao segundo é indispensável um liame, uma ligação desta lesão com a órbita particular de certo indivíduo, afetando-o em aspectos primordiais de sua vida, como saúde e patrimônio etc.

¹⁷⁵ Ibid. p. 82.

¹⁷⁶ MIRRA, op. cit., p. 74

¹⁷⁷ Ibid. p. 74.

¹⁷⁸ LEITE; AYALA, op. cit. p. 154.

¹⁷⁹ Lei 6938/81 Art. 3º inc. I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Realizada a caracterização do dano coletivo e do individual, torna-se oportuno passar a distinção de dano patrimonial e extrapatrimonial. O dano material ou patrimonial para Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹⁸⁰:

(...) consiste em uma lesão (prejuízo) que venha a afetar determinado interesse relativo aos bens materiais de qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no País (pessoa física ou jurídica), de forma individual ou coletiva (com reflexos no campo individual e metaindividual) representada pela deterioração ou mesmo pela perda (parcial ou integral) de aludidos bens materiais (corpóreos).

É indispensável pontuar que patrimônio e propriedade não andam conjuntamente em relação ao macrobem ambiental. A concepção clássica de propriedade apenas poderá ser aplicada quando o dano ocorrer em desfavor do microbem, pois a lesão é divisível e o bem pertence a um determinado ser humano. Todavia, quando o alvo for o macrobem, não se cogitará em propriedade, uma vez que o art. 225 da Carta Política Brasileira prevê ser um bem de uso comum do povo e conseqüentemente de interesse de todos¹⁸¹.

É ainda nas lições de Celso Antonio Pacheco Fiorillo que se encontra a definição do dano extrapatrimonial ou moral ambiental¹⁸²:

Consiste em uma lesão que venha a ofender determinado interesse que não seja corpóreo de qualquer brasileiro e estrangeiro residente no país (pessoa física), de forma individual ou coletiva (com reflexo no campo individual ou metaindividual), constituída pela ofensa de valores imateriais da pessoa humana e tutelados pela Constituição Federal, afetando fundamentalmente a denominada “paz interior” de referidas pessoas.

O dano extrapatrimonial mantém fortes vínculos com o direito da personalidade, contudo não se reduz a ele, já que compreende não apenas direitos individuais, mas coletivos. Determina a Constituição da República de 1988 que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurando-se o direito fundamental à qualidade de vida, ou seja, um valor imaterial de toda a coletividade¹⁸³.

A reparação deste dano levará em consideração a dor, o sofrimento, a perda, não apenas para um único ser humano, mas para a coletividade. O dano à ordem moral pode ser ocasionado, por exemplo, pela destruição de uma paisagem natural ou até mesmo pelo corte

¹⁸⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106.

¹⁸¹ LEITE; AYALA, op. cit. p. 96.

¹⁸² FIORILLO, op. cit., p. 107-108.

¹⁸³ LEITE; AYALA, op. cit. p. 264.

de árvores. Verifica-se que a importância e o significado do bem alvo da lesão para a sociedade é fundamental para a caracterização. É o que explica Luís Henrique Paccagnella¹⁸⁴:

O dano ao patrimônio ambiental, ou dano ecológico, é qualquer alteração adversa no equilíbrio ecológico do meio ambiente (...) Por sua vez, o dano moral ambiental não tem repercussão no mundo físico, em contraposição ao dano ao patrimônio ambiental. Este dano moral ambiental é de cunho subjetivo, à semelhança do dano moral individual. Aqui também se repara o sofrimento, a dor, o desgosto do ser humano. Só que o dano moral ambiental é o sofrimento de diversas pessoas dispersas em uma certa coletividade ou grupo social (dor difusa ou coletiva), em vista de um certo dano ao patrimônio ambiental (...) Exemplificando, se o dano a uma paisagem causar impacto no sentimento da comunidade daquela região, haverá dano moral ambiental. O mesmo se diga da supressão de certas árvores da zona urbana, ou de uma mata próxima ao perímetro urbano, quando tais áreas forem de especial apreço pela coletividade.

O art. 5º incs. V, X da Constituição Federal de 1988¹⁸⁵ e o art. 1º incs. I, IV da Lei 7347/1985¹⁸⁶ são os dispositivos legais responsáveis pela posituação da lesão extrapatrimonial individual e coletiva que poderá atingir cumulativamente a órbita subjetiva e objetiva do indivíduo. Exemplificando: uma poluição atmosférica decorrente da queima de palha de cana-de-açúcar que deriva de usina de álcool, poderá originar danos ao bem ambiental como interesse da coletividade (âmbito objetivo) e, ao mesmo tempo, um prejuízo subjetivo nos brônquios de determinado cidadão, causando-lhe problemas respiratórios. Na hipótese, se verificará um dano extrapatrimonial ambiental coletivo e também reflexo¹⁸⁷.

A lesão ambiental retira da sociedade a possibilidade de aproveitamento do bem natural. Isso reflete implicações na qualidade de vida, no bem-estar da comunidade como um todo. Também não se pode deixar de considerar o valor próprio, intrínseco, particular do meio ambiente que se perde com o dano¹⁸⁸. Nesta ótica, Annelise Monteiro Steigleder apresenta a seguinte classificação¹⁸⁹:

1. danos morais coletivos e danos sociais, consistentes na perda pública representada pela não fruição do bem de uso comum do povo;
2. dano ao valor intrínseco do ambiente, que tem conteúdo ético e diz respeito ao valor de existência do bem ambiental.

¹⁸⁴ PACCAGNELLA, Luís Henrique. Dano moral ambiental. IN: STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 164.

¹⁸⁵ CF/88 Art. 5º V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹⁸⁶ Lei 7347/85 Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

¹⁸⁷ LEITE; AYALA, op. cit. p. 266.

¹⁸⁸ Ibid. p. 258.

¹⁸⁹ Ibid. p. 258.

O dano ambiental é fonte originária do dano social. Em linhas gerais, o ressarcimento pecuniário visa a recompor o tempo em que a coletividade permanece sem a disponibilidade do bem ambiental. Considera-se a ausência deste recurso em relação ao equilíbrio do ecossistema e o prejuízo que isso resulta ao direito fundamental de todos a um meio ambiente sadio¹⁹⁰. Recorda Francisco José Marques Sampaio¹⁹¹:

O dano social refere-se ao impacto negativo causado ao bem-estar da coletividade pela degradação do meio ambiente e pela impossibilidade de fruição dos bens ambientais durante o tempo necessário para que a integral restauração ambiental se perfeça, com o retorno à situação em que se encontrava antes da ocorrência do fato danoso, de modo que possa voltar a ser fruído por todos. É preciso compreender que o dano ambiental provoca, também, esse dano social, representado pelo tempo durante o qual a coletividade fica privada da fruição do bem ou recurso ambiental afetado pela atividade danosa e do benefício que ele proporcionava ao equilíbrio ecológico.

Por fim, cabe destaque, ao dano futuro, que, segundo Délton Winter de Carvalho, é a perspectiva da probabilidade da ocorrência de um dano ao bem natural. Este mantém ligação íntima com o risco de lesão, mas é totalmente desligado do dano atual e da plena certeza científica de sua ocorrência. O que se leva em consideração no caso concreto, é a alta probabilidade de implicações nas funções ecológicas, no equilíbrio ambiental, do uso e aproveitamento dos seres vivos do meio ambiente¹⁹².

Da leitura do art. 225 § 3º da Carta Política Brasileira de 1988, constata-se o peso punitivo que se impõem ao responsável pela lesão ambiental, cumulando-se sanções nas esferas: cível, penal e administrativa. Além disto, opta-se no art. 14 § 1º da Lei 6938/81 pela responsabilidade civil objetiva, levando-se em consideração o risco da atividade e não a culpa do agente. Ambos os dispositivos positivam a reparação integral do dano ambiental.

Entre os efeitos da responsabilidade civil, encontra-se a reparação, contudo é indispensável recordar não ser o único, pois os mesmos dependem da maneira como o instituto é manejado. A reparação age sobre a lesão ou o prejuízo, com o intuito de diminuí-lo ou supri-lo¹⁹³. Salienta-se que esta ação não possui o poder de fazer com que as coisas voltem a ser como eram antes, mas tão somente uma aproximação do estado anterior¹⁹⁴. No entendimento de José de Aguiar Dias¹⁹⁵:

¹⁹⁰ SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998, p. 106.

¹⁹¹ SAMPAIO, op. cit., p.106.

¹⁹² CARVALHO, op. cit., p. 127.

¹⁹³ MIRRA, op. cit., p. 304.

¹⁹⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Apud: MIRRA, op. cit., p. 306-307.

¹⁹⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Apud: MIRRA, op. cit., p. 306-307.

[...] a reparação apresenta invariavelmente a característica de um *sucedâneo*. Seu papel é o de propiciar um novo estado de coisas que seja, na medida do possível, assimilável à situação frustrada. O problema posto pela reparação do dano é solucionado de maneira satisfatória quando se consegue adaptar a nova realidade àquela situação anterior tida por ideal. E uma tal adaptação pela *aproximação* ao *status quo ante nada* mais é do que uma *compensação*. Atribuí-se a vítima uma vantagem pecuniária ou *in natura* a fim de contrabalancear um prejuízo sofrido.

A reparação ambiental mantém ligação com a compensação do prejuízo em cada caso concreto. Neste prisma, ocasionado o dano se agirá sobre ele com o objetivo de que o bem ambiental volte a ter as características mais próximas possíveis da sua originalidade, contudo é preciso ter em mente que uma vez degradado o meio ambiente, este perderá a característica do seu estado inicial, pois por mais que aja a reparação, o que se atingirá é uma semelhança, nunca a originalidade, esta apenas seria possível se o ser humano pudesse retornar no tempo evitando a agressão ambiental. Sob o enfoque jurídico sempre é possível a reparação, mesmo que no campo ecológico isso seja irreversível¹⁹⁶.

Não há nada em nível constitucional ou infraconstitucional que estabeleça alguma limitação a reparação, a mesma é integral, isto é o que bem pontua Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin¹⁹⁷: “[...] são vedadas todas as formas e fórmulas, legais ou constitucionais, de exclusão, modificação ou limitação da reparação ambiental, que deve ser sempre integral, assegurando proteção efetiva ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Os conhecimentos científicos encontram-se em constante aprimoramento nas diversas áreas do saber e são os parâmetros utilizados para a medição da reparação do dano. Neste ângulo, o que hoje é visto por reparado na sua totalidade, pode ser considerado no futuro como uma reparação parcial. Assim com o decurso do tempo e com os avanços científicos é bem provável que se altere o nível de reparação ambiental tida por ideal.

Importante ainda é a colocação de Francisco José Marques Sampaio¹⁹⁸:

O princípio fundamental das ações de responsabilidade civil, inteiramente aplicável quando se pretende a reconstituição do meio ambiente, é o de que a reparação deve ser integral, ou a mais completa possível, de acordo com o grau de desenvolvimento da ciência e da técnica. O referido princípio deve ser observado com especial cuidado, nestas situações, porque, a par dos mais relevantes interesses públicos - a reparação do dano ambiental propriamente dito - está em pauta o mais sagrado dos direitos de que cada indivíduo é titular, o direito à vida, que a todos os demais se sobrepõe e que não pode ser afastado ou menoscabado por nenhum ordenamento jurídico ou autoridade pública.

¹⁹⁶ MIRRA, op. cit., p. 307-398.

¹⁹⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8632/A_Responsabilidade_Civil.pdf?sequence=3> Acesso em: 10 jan. 2014, p. 22.

¹⁹⁸ SAMPAIO, op. cit., p. 229.

Todos os efeitos adversos provenientes da conduta lesiva devem ser objeto de reparação, para que ela seja considerada completa. O custo da reconstituição do ambiente afetado (reparação do dano ambiental propriamente dito), as despesas decorrentes da atividade estatal realizada em virtude do dano ocorrido, o tratamento médico de indivíduos afetados pelo dano ecológico (danos pessoais, materiais e morais causados a terceiros) e o dano social devem integrar a indenização a ser cobrada do responsável civil.

Para Annelise Monteiro Steigleder, a reparação integral deve condizer com os avanços da técnica e da ciência, sempre considerando-se o caráter singular dos bens ambientais, a preciosidade da vida que impossibilita qualquer valoração monetária e, por fim, que do dano, bem como da sua reparação, deve permanecer um ensinamento não apenas para o poluidor que arcou financeiramente com as consequências de sua conduta, mas para toda a coletividade¹⁹⁹.

No ordenamento jurídico pátrio estão previstos como formas de reparação do dano ambiental: restauração natural, compensação ecológica e indenização.

A restauração “in natura” possui precedência sobre qualquer outra forma de reparação do dano. O art. 225 § 1º inc. I da Carta Maior incumbe o poder público de restaurar os processos ecológicos e o § 2º impõe a obrigação daquele que explorar recursos minerais de recuperar o meio ambiente. A Lei 6938/81 no art. 2º inc. VIII dispõe pela recuperação de áreas degradadas, no art. 4º inc. VI positiva a preservação e restauração dos recursos ambientais e ainda no inciso VII a imposição ao poluidor da obrigação de recuperar ou indenizar. A restauração também vem prevista na Lei 9605/98 no art. 9º, 17 e 28²⁰⁰.

Se em um primeiro momento a legislação ambiental empregou os termos restauração e recuperação como sinônimos²⁰¹, isto sofreu alteração com o advento da Lei 9985/2000 - SNUC - que diferenciou os institutos no art. 2º incisos XIII e XIV:

XIII - recuperação: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original;

XIV - restauração: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original;

Ambas são formas de reparação natural e “in situ”, ou seja, no local do dano ambiental. Contudo a restauração será sempre a primeira medida a ser tomada pelo

¹⁹⁹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 235.

²⁰⁰ STEIGLEDER, op. cit., p. 237 - 238

²⁰¹ FREITAS, Cristina Godoy de Araújo. Valoração do dano ambiental: algumas premissas. *Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: < <http://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publicacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico>>. Acesso em: 10 jan 2014, p. 13.

responsável da lesão, seja total ou parcialmente. Já a recuperação será uma ação secundária, utilizada na impossibilidade da primeira. Apenas uma análise técnica ao caso concreto enquadrará uma ou outra²⁰².

Para Álvaro Luiz Valery Mirra a reparação “in natura” é uma forma de compensação do prejuízo, mas que não obtém a sua extração na totalidade. O dano será compensado não por uma reposição pecuniária, mas por um benefício do mesmo tipo do perdido e que se relaciona com procedimentos para paralisação da lesão. A compensação deve agir de forma primordial sobre o meio ambiente degradado, objetivando a sua reconstituição. O seu norte deve ser restabelecer o meio ambiente ao estado anterior ou, ainda, em condição que estaria se não tivesse ocorrido o dano²⁰³.

Conforme Édis Milaré, a reparação “in specie” deve ser a primeira alternativa a ser selecionada, pois é a melhor opção ao meio ambiente, mesmo que não seja a mais econômica para o responsável pela agressão. Através dela duas condutas são obtidas: interrompe-se a atividade lesiva e se repõe o meio ambiente à posição mais próxima possível do estado anterior²⁰⁴. A importância desta forma de reparação é destacada por Paulo Affonso Machado²⁰⁵: “não basta indenizar, mas fazer cessar a causa do mal, pois um carrinho de dinheiro não substitui o sono recuperador, a saúde dos brônquios, ou a boa formação do feto”.

Alerta Lucía Gomis Catalá²⁰⁶ que a restauração “in situ” não restabelece o meio ambiente ao seu exato estado inicial, uma vez que existem inúmeras dificuldades, como: a particularidade de cada bem ambiental, o desconhecimento humano pelo estado original da natureza, o nível de reparação atingido, a exata extensão do dano. Na literalidade:

A reparação não objetiva reprimir o *status quo ante*, pois, além da impossibilidade de substituir os componentes naturais do ambiente por outros idênticos, emergem diversas dificuldades científicas e técnicas. Em primeiro lugar, dificilmente se conhece o estado inicial do meio ambiente degradado, por inexistirem inventários ou estudos científicos globais realizados antes da degradação. Em segundo lugar, é indispensável dispor de critérios científicos capazes de calcular o grau de reconstituição do meio ambiente danificado, de tal forma que o standard de reparação estabelecido para cada caso em concreto corresponda ao standard de qualidade ambiental legalmente previsto. Finalmente, há que se considerar as dúvidas relativas à própria existência do dano ambiental, pois é difícil prever os efeitos futuros do fato lesivo em cotejo com a capacidade de regeneração natural.

²⁰²FREITAS, Cristina Godoy de Araújo. Valoração do dano ambiental: algumas premissas. *Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: < <http://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publicacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico>>. Acesso em: 10 jan 2014, p. 13-14.

²⁰³MIRRA, op. cit., p. 326.

²⁰⁴MILARÉ, op. cit., p. 1126.

²⁰⁵MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 369.

²⁰⁶CATALÁ, Lucía Gomis. Responsabilidad por daños al medio ambiente. In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Medidas compensatórias para a reparação do dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 36, out 2004 DTR/2004/576, p. 44.

Materializado o dano e aplicado ao caso real a restauração “in natura”, surge uma incógnita: como saber se esta atingiu o seu objetivo? É nas lições de José de Sousa Cunhal Sendim²⁰⁷ que isso é esclarecido:

[...] o dano deve considerar-se ressarcido *in integrum* quando *in casu* o fim que a norma violada protege esteja de novo assegurado (ex.: quando a água volte a ser salubre, quando o ar tenha a qualidade adequada, quando a paisagem deixe de estar comprometida ou quando o equilíbrio ecológico esteja restabelecido).

Ressalta, ainda, que a restauração “in natura” não objetiva restabelecer o meio ambiente ao seu estado material anterior, mas sim à reintegração de seu equilíbrio. Segundo ele, devem ser consideradas a capacidade funcional do bem ambiental e o seu aproveitamento pelo ser humano²⁰⁸.

A proteção jurídica de um bem natural – concretizada num *estado dever* – visa essencialmente garantir a capacidade funcional ecológica associada a uma determinada capacidade de aproveitamento humano do recurso natural. Pode-se, por isso, utilizar como conceito operativo a ideia de *função* ou de *serviço* do bem natural e eleger como critério básico para aferir da adequação da medida ressarcitória, a reposição do nível de serviços (ou da capacidade – funcional) determinada pelo sistema *jus-ambiental*²⁰⁹.

A regra é que, na reparação natural, ocorra por parte do responsável pelo dano, a prestação de uma obrigação positiva, ou seja, uma obrigação de fazer. Exemplos de condutas a serem adotadas pelo agressor são: obras e atividades de restauração, reconstrução, reconstituição dos bens ambientais²¹⁰. Neste prisma, as obrigações de não fazer permanecem em um segundo plano, não agindo propriamente sobre o dano ambiental. A obrigação de fazer é imposta pela legislação ao responsável pela ação danosa, estando positivado²¹¹ no art. 4º,

²⁰⁷ SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade Civil por danos ecológicos*: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 178- 179.

²⁰⁸ SENDIM, op. cit., p. 179.

²⁰⁹ Ibid. p. 179.

²¹⁰ Exemplos de obrigações de fazer para a restauração “in natura”: restauração de cobertura vegetal de área irregularmente desmatada, com replantio de espécies; restabelecimento das condições estéticas e paisagísticas em espaço reservado de loteamento, com a retirada de instalações comerciais e industriais e inclusão de áreas verde; plantio ou replantio de árvores em áreas urbanas; reintrodução e repovoamento de espécies animais e vegetais em ecossistema terrestre ou aquático degradados; restituição ao habitat natural de exemplar da fauna silvestre; depuração e limpeza de águas poluídas; restauração e conservação de imóvel de valor histórico e cultural para resguardo da arquitetura local e preservação da memória da cidade. Retirados da obra MIRRA, op. cit., p.333-334.

²¹¹ Lei 6938/81 Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Art. 14 § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

VII, e 14 §1º da Lei 6938/81 e art. 3º e 11 da Lei 7347/85²¹². Está nas mãos do magistrado a escolha de qual obrigação será cumprida pelo réu, sendo que a decisão será baseada no princípio da precaução²¹³. Resistente ao cumprimento deste dever, dispõe a legislação de garantias legais que são: execução da obrigação por terceiro; multa diária; medidas de apoio (ex. busca e apreensão de pessoas e coisas, requisição de força policial etc)²¹⁴. Apesar de o padrão ser uma obrigação positiva, há casos em que é preciso cumular a reparação “in natura” com a pecuniária para se obter um resultado exitoso, visto haver no caso real a cumulação de danos reversíveis com irreversíveis²¹⁵.

Cabe ressaltar que é característica identificadora da restauração “in natura”, o fato de a reparação ocorrer no próprio local em que se efetivou o dano ao meio ambiente. Esta lesão deve ser passível de restauração, pois caso contrário, o instituto não se enquadra, obrigando a adoção de outros mecanismos reparatórios. A poluição das águas de um riacho pelo despejo de produtos químicos de uma indústria é um exemplo onde se aplicaria este instituto “in specie”.

A segunda forma de reparação ambiental prevista na legislação brasileira é a compensação ecológica. Para a sua aplicação é necessário que o dano apresente a característica de irreparabilidade, não aderindo desta maneira à restauração natural. Toda e qualquer medida a ser tomada em nível de compensação deve manter laços com o bem afetado, uma vez que deve ser substituído por outro de sua semelhança (e.g., mesma bacia hidrográfica, mesmo bairro, mesmo bioma etc.), o que também servirá como prevenção para danos futuros²¹⁶.

Segundo Édis Milaré, se no local do dano, ou seja, “in situ”, não for possível a restauração “in natura”, parte-se para a compensação por equivalente ecológico, hipótese em que se substituirá o bem por outro com mesma correspondência de funcionalidades, em área distinta, como forma para impedir a indenização pecuniária²¹⁷.

Lei 7347/85 Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

²¹² MIRRA, op. cit., p. 327.

²¹³ Ibid. p. 335.

²¹⁴ Ibid. p. 338-339.

²¹⁵ Ibid. p. 335.

²¹⁶ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da restauração natural dos danos ao meio ambiente e sua aplicação prática. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; BORATTI, Larissa Verri. *Estado de direito ambiental: tendências*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 47-48.

²¹⁷ MILARÉ, op. cit., p. 1127.

Referindo-se ao instituto reparatório em análise José de Sousa Cunhal Sendim²¹⁸

destaca:

Já não se visaria, aí, a restauração ou a reabilitação dos *bens naturais* afectados, mas sim a sua *substituição* por bens equivalentes, de modo a que o *património natural* no seu todo permaneça quantitativa e qualitativamente inalterado. Assim, a ser sistematicamente possível, tal via significaria a possibilidade de *compensar* a Natureza com a Natureza e não com vantagens pecuniárias.

Na perspectiva de José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala, é um mecanismo subsidiário de reparação ambiental, utilizado nos casos em que o bem lesado não comporta qualquer procedimento para a sua reabilitação. Diante disto, se substitui o bem ambiental vítima do dano por outro que possua funções equivalentes, ou ainda aplica-se uma punição monetária com o mesmo objetivo²¹⁹.

A substituição de bens naturais por outros com características próximas apresenta certas limitações, entre elas está a não obtenção de equivalência funcional entre substituto e substituído. Como consequência, a compensação ecológica será parcial e não integral. É o posicionamento de Ana Maria Moreira Marchesan²²⁰:

Em primeiro lugar, porque não há equivalência funcional entre os bens ambientais; em segundo, porque a compensação sempre será parcial quantitativa (substituição não integral da capacidade funcional afetada) ou qualitativamente (apenas parte das funções do bem são efetivamente substituídas).

A questão da equivalência encontra na doutrina, linha de pensamentos opostos. Há aqueles que entendem que lesado um bem ambiental, se fere o meio ambiente como um todo e nesta condição recuperando-se certo bem, isto surtirá efeito sobre os demais. Assim, mesmo que este seja diverso do que foi vítima da lesão, o que se levará em consideração é que a qualidade ambiental em âmbito global está sendo atingida com a adaptação. Nesta linha, se admite a compensação por um bem com características e funções diversas do degradado. Contudo, José de Sousa Cunhal Sendim não concorda com este posicionamento, pois leva em apreço a avaliação que o ser humano perfaz dos bens naturais, ou seja, a utilidade do bem ambiental aos homens. Aponta que é indispensável levar em consideração a capacidade funcional ecológica. A equivalência não deve preencher apenas os requisitos funções e serviços humanos, deve incluir também a equivalência estritamente ecológica. Em sua ótica, apenas é possível afirmar que bens naturais são equivalentes quando demonstrarem

²¹⁸ SENDIM, op. cit., p. 187.

²¹⁹ LEITE; AYALA, op. cit. p. 215.

²²⁰ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da restauração natural dos danos ao meio ambiente e sua aplicação prática. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; BORATTI, Larissa Verri. *Estado de direito ambiental: tendências*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 48.

capacidade autossustentada de prestação. Destaca, por fim, a existência de bens únicos que não são passíveis de reparação e a sua lesão representa uma perda ao bem ambiental como um todo²²¹.

Para Annelise Monteiro Steigleder, a compensação ecológica é muito mais vantajosa que a indenização pecuniária, visto que propicia equilíbrio ambiental e imputa ao responsável o dever de reparação ao dano que deu causa. Optando-se por esta espécie natural de reparação, estará em foco o princípio da responsabilidade, bem como da equidade intergeracional, na medida em que a substituição por bens equivalentes permitirá uma conservação do equilíbrio ambiental²²². Salieta que não há grandes movimentações no mundo dos fatos para a recuperação de áreas degradadas, em relação aos valores destinados ao fundo de recuperação de bens lesados. Aponta, ainda, não haver fiscalização rigorosa em relação aos valores ali remetidos²²³. Por isso tudo, entende ser mais vantajoso este instituto.

Classifica-se a compensação ecológica em: jurisdicional, extrajudicial, preestabelecida e fundos autônomos. A jurisdicional, como o próprio nome diz, provém do Judiciário, de uma sentença transitada em julgado que impõe ao causador do dano a obrigação de substituição do bem ou a compensação por um valor monetário. A extrajudicial, com eficácia de título executivo, provém dos termos de ajustamento de conduta firmados entre o poluidor e os órgãos públicos legitimados no art. 5º, § 6º da Lei 7347/85. A preestabelecida não se confunde com as imputações penais, civis e administrativas e pode ser exemplificada pelo art. 36 da Lei 9985/2000²²⁴. E por fim, a compensação ecológica por fundos autônomos, movimentados por potenciais poluidores²²⁵. Algumas vantagens são verificadas como:

²²¹ SENDIM, op. cit., p. 196-197.

²²² STEIGLEDER, op. cit., p. 249.

²²³ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. Apud: STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 250.

²²⁴ Lei 9985/2000 Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

²²⁵ LEITE; AYALA, op. cit. p. 216-217.

desarticula-se da demora judicial, tendo-se uma rápida indenização, possibilidade do uso dos valores mesmo quando não for possível localizar o responsável²²⁶. Destaca-se que no Brasil, não há a instituição destes fundos autônomos e que diferem dos fundos para a reconstituição dos bens lesados ligados à Ação Civil Pública²²⁷.

Ultrapassadas todas as possibilidades da restauração “in natura” e também incabível a compensação ecológica, o ordenamento pátrio oferece como terceira opção, a indenização. Descreve Annelise Monteiro Steigleder que a reparação pecuniária é subsidiária e apenas será aplicada nas hipóteses de irreversibilidade do dano e não enquadramento da compensação ecológica conforme prevê o art. 84 § 1º do Código de Defesa do Consumidor. Adverte sobre a impossibilidade da conversão da ação em perdas e danos, em virtude da questão ambiental ser um interesse indisponível²²⁸.

Também entende Álvaro Luiz Valery Mirra²²⁹ que a indenização é um meio subsidiário de reparação, a ser utilizada quando inviável a restauração natural “in situ” ou por compensação ecológica. No entanto, salienta que no mundo dos fatos a sua incidência é constante como um mecanismo para compensar o prejuízo.

Na mesma linha de pensamento segue José de Aguiar Dias²³⁰:

Não obstante seu caráter subsidiário, a indenização em dinheiro é a mais freqüente, dadas as dificuldades postas, na prática, à reparação natural pelas circunstâncias e, notadamente, em face do dano, pela impossibilidade de restabelecer, a rigor, a situação anterior ao evento danoso.

O magistrado, embasando-se em conhecimentos técnicos, decidirá na ação de reparação seja ela “in natura” ou pecuniária, como se desenvolverá a reparação. A principal diferença é que, na primeira, o agressor desempenha a função diretamente e na segunda o dever é desenvolvido por um terceiro, que é o fundo de reconstituição de bens lesados. Contudo, todas as custas são mantidas pelo responsável do dano, e pagas de forma imediata, antes de qualquer ação reparatória²³¹.

O *quantum* pecuniário é algo que gera grandes questionamentos. Os bens naturais possuem um valor intrínseco, próprio e o mercado não tem condições de ingressar nesta órbita, atribuindo preços como melhor lhe convêm. Este não possui capacidade de considerar

²²⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. Dano ambiental: uma abordagem conceitual. Apud: LEITE; AYALA, op. cit. p. 217.

²²⁷ LEITE; AYALA, op. cit. p. 228.

²²⁸ STEIGLEDER, op. cit., p. 255.

²²⁹ MIRRA, op. cit. p. 346.

²³⁰ AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil. Apud: LEITE; AYALA, op. cit. p. 221.

²³¹ MIRRA, op. cit. p. 350.

inúmeros fatores como: a existência do bem, o seu significado aos demais seres, a sua importância no equilíbrio ambiental etc. Por tudo isso, a incidência de uma valoração por parte do comércio, acaba sendo uma aberração e não uma quantificação real do que se perdeu. Ressalta Branca Martins da Cruz²³²:

Afigura-se tão difícil avaliar a extinção de uma espécie como a dor provocada pela perda de um ente querido ou por um atentado à sua memória. Num caso como no outro, a resposta passará sempre pelo valor intrínseco que, na escala dos bens jurídicos, lhe seja reconhecido e não pela atribuição de qualquer *preço* de mercado.

A jurisprudência brasileira já utilizou para fins de cálculos a multiplicação do número de animais abatidos pelo seu valor unitário de venda no mercado de consumo. Enquadra-se aqui, o caso “Passarinhada de Embu” julgado pela 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 26/06/1986, que teve por relator o Desembargador Márcio Bonilha. Foram sacrificados cinco mil animais silvestres (rolinhas, sabiás, tico-ticos) para um encontro partidário do prefeito da cidade. O valor da indenização correspondeu à soma do valor mercadológico de cada uma das unidades abatidas²³³.

A indenização deve ser sempre a última alternativa a ser recorrida, pois por maiores que sejam os valores cobrados, nunca se obterá a recuperação integral do meio ambiente, objetivo primordial. É preciso atentar que o entorno não está à disposição para venda no comércio e por esse motivo não há como a economia quantificar, atribuir um valor. Possui um valor ético e não apenas utilitário, indo muito além, por exemplo, da limpeza de áreas afetadas etc²³⁴.

Aponta Álvaro Luiz Valery Mirra²³⁵ quais são os pontos que devem ser incluídos para a fixação do valor pecuniário, que obrigatoriamente deverá ir muito além da simples avaliação mercadológica.

Conseqüentemente, qualquer que seja o método ou procedimento empregado, a indenização deverá abranger não apenas o valor de mercado ou de exploração comercial dos bens ou recursos degradados, como, ainda, o valor da perda de qualidade ambiental resultante do simples fato da degradação, o valor das perdas ambientais do interregno entre a produção e a restauração da qualidade ambiental afetada, o valor das perdas decorrentes de eventual irreversibilidade da degradação e, também, conforme o caso, o acréscimo de soma em dinheiro a título de “valor de desestímulo”, a fim de dissuadir o responsável da prática de novos atentados.

²³² CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n.5, a. 2, jan-mar 1997, p. 34-35.

²³³ MIRRA, op. cit. p. 351.

²³⁴ STEIGLEDER, op. cit., p. 257.

²³⁵ Ibid. p. 355.

O que se verifica no cotidiano é que o responsável deve assumir monetariamente os gastos com as obras e todos os trabalhos e afazeres necessários para a recomposição do bem ambiental. Friza-se que este valor pecuniário despendido não está pagando o dano em si, pois este não tem valoração²³⁶.

Sendo a reparação do dano integral, tudo deverá ser reparado. Além dos custos com projeto e obras para a reconstituição do bem ambiental, cumula-se o dano extrapatrimonial. Em um primeiro momento neste nível, opta-se pela compensação ecológica, não sendo possível se prossegue para a indenização, a ser revertida para o Fundo de Recuperação de Bens Lesados²³⁷. Entende Álvaro Luiz Valery Mirra, cabível ainda como forma de reparação ao dano moral coletivo, a condenação do responsável no pagamento de projeto de conservação ao meio ambiente, que será realizando no âmbito em que ocorreu a agressão ambiental²³⁸.

Para a fixação do valor indenizatório do dano moral coletivo, a doutrina parte dos mesmos critérios utilizados jurisprudencialmente para a fixação do dano moral individual que são: a gravidade e extensão do dano; a ação do agente; o resultado econômico obtido pela conduta; a situação financeira do responsável; sua posição cultural; um montante pecuniário que cause desestímulo ao agressor e a terceiros²³⁹.

Classificada como terceira medida reparatória e dotada da característica de subsidiariedade, apenas é enquadrada ao caso, quando suas antecessoras não suprirem as necessidades que se apresentam. Esta exigência busca permitir que as formas naturais de reparação atuem sobre o meio ambiente e tragam melhores efeitos do que a indenização, já que esta acaba se resumindo em dinheiro, havendo um vácuo enorme entre valor pecuniário e um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Salvo raras exceções, realizado um dano ao meio ambiente a sua restauração ou reparação por parte do responsável não ocorrerá de forma espontânea, ficará condicionada à intervenção do Estado coagindo o agressor a uma conduta específica. Assim, na maioria das vezes, para que no mundo dos fatos as coisas realmente aconteçam se torna necessária a movimentação da máquina judiciária, e nesta lógica, também se enquadra a restauração e reparação dos danos ambientais. É através de ações específicas como ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, que se engrena o aparato judicial em prol da proteção do meio ambiente.

²³⁶ MIRRA, op. cit. p. 349.

²³⁷ STEIGLEDER, op. cit., p. 258.

²³⁸ MIRRA, op. cit. p. 357-358.

²³⁹ Ibid. p. 355.

Cada uma delas desempenha importante papel na função da defesa ambiental no Brasil, contudo se abordará com maior especificidade apenas as duas primeiras, ou seja, a ação civil pública e a ação popular. Aquela por ser a medida judicial mais aderida em prol da reparabilidade ambiental e esta por ser uma medida que propicia ao próprio cidadão-eleitor desempenhar a sua função de proteção ao bem ambiental. Em nenhuma das duas hipóteses, se possui a aldácia de esgotar os conhecimentos sobre o assunto.

É a Lei 7347/85 que institui a ação civil pública no ordenamento jurídico brasileiro, contudo no ano de 1990 a promulgação do Código de Defesa do Consumidor vem a agregar a ela algumas modificações. A legitimidade para a sua propositura não está restrita apenas ao Ministério Público, mas também compõem o pólo ativo, de forma individual ou através de litisconsórcio: Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista, associação constituída a pelo menos um ano e que possua nas suas finalidades a proteção ambiental (art. 5 inc. I ao V). Todavia, o pólo ativo não está destinado ao cidadão de forma individual ou em litisconsórcio²⁴⁰. Em relação a esta exclusão esclarece Marcelo Abelha Rodrigues²⁴¹:

Não é preciso muito esforço para se perceber a abissal desigualdade técnica, social e econômica do cidadão em relação aos grandes poluidores. A diferença não é só financeira, o que por si só justificaria “repensar” se vale a pena deixar o cidadão como titular do processo ambiental (o mais abastado tem condições de contratar advogados mais especializados, mais competentes e acostumados com esse tipo de demanda). Agrega-se à hipossuficiência econômica também a técnica, porque normalmente o poluidor detém (e não raramente sonega) informações e dados sigilosos que dizem respeito às suas atividades e à prática da poluição em si.

A ação civil pública é uma medida judicial cabível tanto para a prevenção como para a reparação dos danos ambientais. Na esfera preventiva ampliou-se o leque possibilitando-se ações cautelares e pedidos de liminar em ações de conhecimento. No âmbito reparatório em relação à reparação “in natura”, houve a previsão expressa da imposição de fazer ou não fazer e na pecuniária a previsão da destinação do valor monetário arrecadado a título de condenação a um fundo gerenciado pelo Conselho Federal ou Estadual. Também a lei prevê a imposição de multa diária ao responsável pelo dano ambiental, quando se recusar a cumprir a decisão judicial²⁴². Ainda no entendimento de Marcelo Abelha Rodrigues²⁴³ a Lei 7347/85 é: “mais do

²⁴⁰ MIRRA, op. cit. p. 137-138.

²⁴¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 104-105.

²⁴² MIRRA, op. cit., p. 138.

²⁴³ RODRIGUES, op. cit., p. 102.

que “um” remédio, mas o remédio mais importante na proteção jurisdicional do meio ambiente”.

Para Luís Paulo Sirvinskas²⁴⁴:

A ação civil pública ou ação coletiva é aquela que tem por finalidade a tutela dos interesses transindividuais ou metaindividuais. O interesse metaindividual ou transindivudual situa-se numa zona nebulosa entre o interesse particular e o interesse geral. Trata-se de uma outra espécie de interesse intermediário entre o privado e o público.

Esses interesses são: difuso, coletivo e individual homogêneo. Conforme disposição do art. 81 inc. I do CDC, o que caracteriza direitos difusos são: “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Exemplos são: habitar em uma mesma região, consumir iguais produtos, exposição à um específico serviço perigoso, inalar ar puro, qualidade de vida, etc²⁴⁵. Já os coletivos são: “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (art. 81 II). Para exemplificar apresenta-se: condomínio, sindicato, entes profissionais²⁴⁶. E por fim, o direito individual homogêneo, que são: “os decorrentes de origem comum” (art. 81 III). Como exemplo: uma área contaminada que ocasiona danos ambientais individuais a proprietários vizinhos²⁴⁷.

O inquérito civil desempenha importante papel junto a esta medida judicial, uma vez que é um procedimento investigatório, de natureza inquisitorial, sem a presença do contraditório e que serve de embasamento para uma possível propositura da ação civil pública. É instaurado e presidido pelo Ministério Público. É um espaço destinado para se colher provas e também buscar as informações necessárias e pertinentes ao caso em análise. Destaca-se que a sua confecção não é obrigatória para a propositura da demanda, uma vez que é um embasamento a ser produzido e se este já existe, não há razões para produzir em duplicidade (art. 8º §1º)²⁴⁸.

Salienta-se que se iniciado o inquérito, mas não finalizado e o promotor de justiça já contiver todas as informações que julgar necessárias para a propositura da demanda judicial, poderá de imediato ajuizar a ação, não há nada na legislação que vincule o término do inquérito ao ajuizamento da demanda. Contudo, terminadas as diligências e o *Parquet* não

²⁴⁴ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela constitucional do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva 2008, p.142.

²⁴⁵ MILARÉ, op. cit., p. 1411 / SIRVINSKAS, op. cit., p. 142.

²⁴⁶ MILARÉ, op. cit., p.1412

²⁴⁷ Idem.

²⁴⁸ MIRRA, op. cit., p. 152-156.

constatar nenhum dano ou degradação ao bem ambiental, promoverá o arquivamento do inquérito, decisão que deverá ser fundamentada e após os autos remetidos ao Conselho Superior do Ministério Público que se manifestará favoravelmente homologando o arquivamento ou desfavoravelmente determinando o ajuizamento da ação civil pública (art. 9 Lei 7347/85)²⁴⁹.

Se o Ministério Público não atuar como parte no processo judicial, lhe é atribuída a função fiscalizadora em relação à legislação (art. 5§1). Contudo, no caso de desistência da ação por algum dos legitimados, o *Parquet* passa de fiscal para a “figura do autor” assumindo a causa e a levando adiante (art. 5§3º). Importante destacar ainda que transcorridos 60 dias do trânsito em julgado e a associação que possui legitimidade ativa não promover a execução, caberá a ele a adoção desta conduta (art. 15).

Se na ação civil pública o cidadão ficava a parte da legitimidade ativa, é na ação popular que ele é incumbido desta legitimidade. Trata a história, que a origem da ação popular esta no direito romano, e precede até mesmo o surgimento do próprio Estado. No Brasil, a sua aparição inicial ocorre na Carta Política de 1934, após na Carta de 1946 e na Lei 4717/65²⁵⁰. Atualmente vem regulamentada pela Constituição Federal de 1988 no art. 5º inc. LXXIII que assim dispõe:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência

São requisitos desta ação: a lesividade e invalidade do ato. Estas condições devem andar sempre juntas, se separadas ou se apenas uma delas se enquadrar ao disposto constitucionalmente, não ensejará a ação em epígrafe²⁵¹. Esta é a regra, contudo quando a questão central é o meio ambiente, exige-se apenas o requisito lesividade, uma vez que não pode o poluidor ou degradador utilizar em seu benefício autorizações concedidas pelo Poder Público para eximir-se da responsabilidade objetiva que lhe é atribuída pela legislação²⁵².

Ensina Celso Antonio Pacheco Fiorillo²⁵³ que o pressuposto de cabimento para uma ação popular ambiental é um ato lesivo ao meio ambiente. A Constituição Federal através do art. 225 da Constituição da República atribui ao Poder Público o dever de preservar e proteger

²⁴⁹ Idem.

²⁵⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 94-95.

²⁵¹ RODRIGUES, op. cit., p. 95

²⁵² MILARÉ, op. cit., p. 1475

²⁵³ FIORILLO, op. cit., p. 695

o bem ambiental. Neste prisma, não se pode apenas analisar a palavra “ato” sob o aspecto de fiscalização, mas de ato comissivo ou omissivo.

A legitimidade ativa está restrita ao cidadão e por este deve-se compreender “a pessoa física no gozo de seus direitos políticos, o eleitor”²⁵⁴. É o que bem dispõe o art. 1º § 3º da Lei 4717/ 65: “A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”. Já em relação a legitimidade passiva prescreve o art. 6º:

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

No entendimento de Édis Milaré quando a questão central é o meio ambiente, há uma ampliação em relação à legitimidade passiva. Assim, este pólo poderá ser preenchido por todo aquele (pessoa física, jurídica, nacional, estrangeira) que agrediu ou possa agredir, o bem ambiental. Salienta ainda, que a ação popular pode ser interposta contra o Estado e contra o particular²⁵⁵. Na ótica de Celso Antonio Pacheco Fiorillo²⁵⁶, poderá se encaixar nesta condição qualquer pessoa que cometa ato lesivo ao bem ambiental, para isso deve-se levar em consideração o conceito estabelecido pela Política Nacional do Meio Ambiente como poluidor.

Estudou-se até o momento sob o viés doutrinário as formas de reparação do dano ambiental no Direito brasileiro. Com o objetivo de complementar o já exposto, recorre-se à jurisprudência para verificar a aplicabilidade destes institutos. Serão analisados cinco recursos especiais provenientes de Ações Civis Públicas ajuizadas nos Estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro e São Paulo. Os recursos foram julgados pela primeira e segunda turmas do Superior Tribunal de Justiça, tendo por Ministros Relatores Eliana Calmon, Herman Benjamin, Luiz Fux e Humberto Martins.

O primeiro caso é o Recurso Especial n. 1.045.746-RS, onde litigam Ministério Público do Rio Grande do Sul e Baesa-Energetica Barra Grande S/A. A demandada é a proprietária do veículo (caminhão) que tombou em uma ponte e espalhou o óleo dos tanques de combustível nas águas de um riacho. Apesar das tentativas da recorrida em desvirtuar o fato ao enquadramento da responsabilidade objetiva, não obteve êxito. Requereu junto aos

²⁵⁴ MILARÉ, op. cit., p.1474

²⁵⁵ MILARÉ, op. cit., p.1475

²⁵⁶ FIORILLO, op. cit., p. 695

Tribunais a exclusão do dever de indenização pela lesão ambiental, já que havia praticado a restauração natural, contudo isto não foi deferido por contrariar o disposto no art. 4º inc. VII e art. 14 da Lei 6938/81. Colaciona-se ementa do acórdão proferido em 23/06/2009 pela Ministra da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça Eliana Calmon:

Processual Civil e Administrativo - Violação do art. 535 do CPC não caracterizada - Dano ambiental - Responsabilidade objetiva - Ausência denexo - Reexame de provas: Súmula 7/STJ - Arts. 4º VII e 14 da Lei 6.938/81 - Recuperação natural da natureza - Ausência de indenização - Dispositivos apontados como violados insuficientes para amparar a pretensão da recorrente.

3.A interpretação dos dispositivos legais apontados como violados pela recorrente não se apresenta suficiente para amparar a pretensão deduzida pela recorrente, no tocante a ausência de condenação pecuniária quando ocorre a recuperação natural do meio ambiente.

4. nos termos do § 1º, art. 14 da lei 6.938 de 1991, é o poluidor obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Relator (a) Ministra Eliana Calmon; Órgão Julgador - segunda turma; Data do julgamento 23/06/2009; Data da publicação/ Fonte Dje 04/08/2009.

Em outro caso, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública contra o proprietário rural José Ilário Galdino, por ter desmatado vegetação nativa no município de Mariana/MG. No primeiro grau de jurisdição, o réu foi condenado à restauração “in natura” a ser perfectibilizada através do replantio do que foi devastado e obrigado a paralisar a ação danosa. Insatisfeito com a sentença, pela ausência do dever indenizatório, o Ente Ministerial apresenta apelação e o Tribunal de Justiça se manifesta de forma desfavorável ao posicionamento do *Parquet*, entendendo que a indenização apenas é cabível quando não couber a restauração “in specie”. Os autos são remetidos ao Superior Tribunal de Justiça através do Recurso Especial n. 1.145.083-MG, e o relator Ministro Herman Benjamin, componente da Segunda Turma, confirma a possibilidade da cumulação da restauração “in natura” e da indenização. Transcreve-se ementa do acórdão:

Administrativo. Ambiental. Ação Civil Pública. Desmatamento em área de preservação permanente (mata ciliar). Danos causados ao meio ambiente. Bioma do Cerrado. Arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da lei 6.938/1981, e art. 3º da lei 7.347/1985. Princípios do poluidor-pagador e a reparação integral. Reductio ad pristinum statum. Função de prevenção especial e geral da responsabilidade civil. Cumulação de obrigação de fazer (restauração da área degradada) e de pagar quantia certa (indenização). Possibilidade. Dano ambiental remanescente ou reflexo. Art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Interpretação In dubio pro natura. 3. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que, nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum, admite-se a condenação, simultânea e cumulativa, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Assim, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/1985, a conjunção "ou" opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ.

5. Se o meio ambiente lesado for imediata e completamente restaurado ao seu estado original (*reductio ad pristinum statum*), não há falar, como regra, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica e futura de restabelecimento *in natura* (= juízo prospectivo) nem sempre se mostra suficiente para, no terreno da responsabilidade civil, reverter ou recompor por inteiro as várias dimensões da degradação ambiental causada, mormente quanto ao chamado dano ecológico puro, caracterizado por afligir a Natureza em si mesma, como bem inapropriado ou inapropriável. Por isso, a simples restauração futura - mais ainda se a perder de vista - do recurso ou elemento natural prejudicado não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.

6. A responsabilidade civil, se realmente aspira a adequadamente confrontar o caráter expansivo e difuso do dano ambiental, deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar - juízos retrospectivo e prospectivo. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, tanto por serem distintos os fundamentos das prestações, como pelo fato de que eventual indenização não advém de lesão em si já restaurada, mas relaciona-se à degradação remanescente ou reflexa.

7. Na vasta e complexa categoria da degradação remanescente ou reflexa, incluem-se tanto a que temporalmente medeia a conduta infesta e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo (= dano interino, intermediário, momentâneo, transitório ou de interregno), quanto o dano residual (= deterioração ambiental irreversível, que subsiste ou perdura, não obstante todos os esforços de restauração) e o dano moral coletivo. Também deve ser restituído ao patrimônio público o proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica que indevidamente auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados ao arrepio da lei do imóvel degradado ou, ainda, o benefício com o uso ilícito da área para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial).

8. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação da indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe eventual quantum *debeatur*. (REsp 1145083 / MG Relator(a) Ministro Herman Benjamin Órgão julgador - segunda turma - Data do julgamento 27/09/2011 Data da publicação/fonte Dje 04/09/2012)

Este julgamento traz informações importantes. Entre elas está à interpretação que o Superior Tribunal de Justiça faz dos art. 4º VII, 14§ 1º da Lei 6938/81 e art. 3º da Lei 7347/85. Entende a Corte, que em todos estes dispositivos a sílaba “ou” deve ser compreendida como “e”, o que gera consequências inclusivas e não exclusivas e que condiz com a reparação integral do dano ambiental prevista no ordenamento jurídico brasileiro. A restauração natural busca recompor o bem lesionado a uma condição mais próxima possível a realidade anterior à agressão, contudo não possui o poder “mágico” de fazer as coisas voltarem a ser exatamente como eram. Por esse motivo, ela não é integral, cabendo assim, a cumulação da obrigação de fazer com a indenização, com um único objetivo, que a reparação seja a mais ampla possível. Aqui a indenização estaria agindo na esfera do dano patrimonial, entretanto é preciso destacar que a conduta do agressor ocasionou também um dano extrapatrimonial coletivo que deverá ser reparado e o será, via indenização.

No terceiro caso, a Associação de Defesa do Meio Ambiente de Araucárias, ajuizou Ação Civil Pública em face do Município de Curitiba/PR, em prol da defesa ambiental. O demandado entendendo ser inepta a inicial por afrontar o art. 3º da Lei 7347/85 ao cumular pedidos de obrigação de fazer, não fazer e indenizar interpõe agravo de instrumento, estimulando o pronunciamento do Tribunal de Justiça. Este nega o pedido da parte quanto a impossibilidade da cumulação. Remetidos os autos ao Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial n. 625.249-PR é julgado pelo Ministro Luiz Fux, integrante da Primeira Turma, que confirma o entendimento proferido desde a instância inicial, ou seja, pela cumulação das obrigações de fazer, não fazer e indenizar em sede de Ação Civil Pública. Colaciona-se trechos da ementa:

Processo civil. Direito Ambiental. Ação Civil Pública para tutela do Meio Ambiente. Obrigações de fazer, de não fazer e de pagar quantia. Possibilidade de cumulação de pedidos art. 3º da lei 7.347/85. Interpretação sistemática. Art. 225, § 3º, da CF/88, Arts. 2º e 4º da lei 6.938/81, art. 25, IV, da lei 8.625/93 e art. 83 do CDC. Princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral.

2. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral.

3. Deveras, decorrem para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição in natura), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso.

5. A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 ("A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer"), a conjunção "ou" deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). Resp 625249 / Ministro Luiz Fux - primeira turma – Data do julgamento 15/08/2006 Data da publicação / fonte Dj 31/08/2006.

Em outro caso, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública contra os réus Fundação Uberlandense de Turismo Esporte e Lazer–Futel e Município de Uberlândia. A judicialização ocorreu devido às seguintes lesões ambientais realizadas no Parque do Sabiá: fornecimento de água inapropriada para o consumo humano e aos banhistas; irregularidades com os animais do zoológico e com as espécies vegetais. O juiz de primeiro grau prolatou sentença determinado: multa de 80.000,00 (oitenta mil reais); isolamento das nascentes de água para evitar contaminação; realização de treinamento aos colaboradores; alojamentos para os animais que não possuem; distanciamento compatível entre os visitantes e os bichos e segurança no local. O Tribunal de Justiça se manifestou afastando a multa e negando o pedido do Ente Ministerial na condenação de danos extrapatrimoniais coletivos. Os autos são remetidos ao Superior Tribunal de Justiça através do Recurso Especial n.

1.269.494-MG, sendo relatora a Ministra Eliana Calmon. As questões suscitadas neste recurso são: a possibilidade de cumulação de obrigação de fazer, não fazer e indenizar e condenação em dano moral coletivo. Abaixo trechos da ementa:

Ambiental, Administrativo e Processual Civil. Ação Civil Pública. Proteção e Preservação do Meio Ambiente. Complexo Parque do Sabiá. Ofensa ao art. 535, II, do CPC não configurada. Cumulação de obrigações de fazer com indenização pecuniária. Art. 3º da lei 7.347/1985. Possibilidade. Danos morais coletivos. Cabimento.

2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microssistema de tutela coletiva.

3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.

5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual quantum debeatur. (Resp 1269494 / MG Ministra Eliana Calmon - Segunda Turma - Data do julgamento 24/09/2013 Data da publicação Dje 01/10/2013)

Como já exposto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico quanto à cumulação das obrigações de fazer, não fazer e indenizar. Em relação ao dano moral coletivo cabe pontuar que o meio ambiente é um bem de todos, e nesta condição quando degradado são geradas alterações na qualidade e no equilíbrio ambiental que afetam a todos os seres humanos. Se no passado o dano moral estava preso apenas ao sofrimento do sujeito na sua individualidade, isso se modificou com o passar do tempo e hoje o direito ao dano moral é atribuído também a coletividade.

No último caso, o Ente Ministerial do Estado do Rio de Janeiro moveu Ação Civil Pública em face de Brasilit Indústria e Comércio Ltda e Brasitelas Ltda, objetivando a condenação por danos ambientais. A sentença determinou: remoção de amianto²⁵⁷ do pátio da empresa Brasitelas e obrigou os réus a não mais depositarem os resquícios do produto no local, sob pena de multa diária de R\$ 10.000, 00 (dez mil reais) por quilo do produto. Contudo, o magistrado de primeiro grau julgou extinto o pedido do Ministério Público para a realização de projeto e posterior descontaminação do local afetado por perda de objeto, bem como improcedente o pedido de indenização aos danos não passíveis de reparação. O

²⁵⁷ Amianto é uma substância que causa graves danos a saúde humana, como o endurecimento dos tecidos pulmonares.

Tribunal de Justiça reforma a decisão, condenando os réus solidariamente no valor pecuniário de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Os autos são remetidos ao Superior Tribunal de Justiça através do Recurso Especial n. 1.367.923 - RJ, tendo por relator o Ministro Humberto Martins componente da Segunda Turma que confirma o dever indenizatório por danos morais coletivos. Segue ementa do acórdão:

Administrativo e processual civil. Violação do art. 535 do CPC Omissão inexistente. Ação civil pública. Dano ambiental. Condenação a dano extrapatrimonial ou dano moral coletivo. Possibilidade. Princípio in dubio pro natura.

2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo.
3. Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização.
4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico in dubio pro natura. (REsp 1367923 /RJ Ministro Humberto Martins Órgão Julgador - Segunda Turma Data Do Julgamento 27/08/2013 Data da Publicação Dje 06/09/2013).

Para se alcançar uma reparação integral do dano ambiental como prevê o ordenamento pátrio é preciso que a reparação ocorra em todas as esferas, e em relação a todos os que foram afetados. Assim, para ser a mais ampla possível deverá ser: patrimonial, extrapatrimonial, coletiva e individual. No caso em epígrafe, o dano moral coletivo ficou caracterizado pela exposição do amianto à saúde dos trabalhadores que possuíam o contato direto inalando a substância, bem como a população em geral. Com a conduta danosa, o equilíbrio ambiental e a qualidade de vida destas pessoas ficou prejudicada e isso deve ser ressarcido.

A busca por um conceito de dano ambiental iniciou este sub-capítulo, analisou-se a legislação e apenas pistas foram encontradas, a procura não foi satisfeita e seguiu-se para a doutrina. Nesta, encontrou-se definições de diversos estudiosos sobre o assunto. Contudo, não bastava apenas o conhecimento do que se tratava, era preciso um aprofundamento do tema, o que levou ao estudo de sua classificação.

O dano ambiental classifica-se como visto em: coletivo (lesão ao bem ambiental como pertença de toda a coletividade), individual (o meio ambiente sofre a lesão e isso de alguma forma reflete negativamente na órbita particular do ser humano), patrimonial (bem material) e extrapatrimonial (atinge a esfera dos sentimentos, honra, dor de um indivíduo ou de toda a coletividade).

Determina a legislação ambiental brasileira que o agressor responderá por sua conduta nas esferas cível, penal e administrativa, bem como, que a responsabilidade civil é objetiva. Um dos efeitos da responsabilidade é a reparação, que tem por objetivo a compensação do prejuízo. O dano ambiental pode ser reparado no ordenamento jurídico brasileiro por três formas que são: restauração “in natura”, compensação ecológica e indenização.

A primeira é uma obrigação de fazer, realizada pelo agressor ambiental no próprio local em que ocorreu a lesão, objetivando que as coisas voltem ao estado mais próximo possível ao que eram. A segunda também é uma medida natural, entretanto não é realizada no lugar exato do dano, pois devido a gravidade, o bem tornou-se irreparável, necessitando ser substituído por outro que tenha equivalências a ele. A reparação pecuniária é utilizada subsidiariamente e nos casos em que não se enquadrar as duas primeiras hipóteses. Ela pode reparar o dano patrimonial e o extrapatrimonial, contudo o *quantum* indenizatório é algo que apresenta certas incógnitas, visto os bens ambientais não estarem à venda no comércio e o valor da indenização não ressarcir o dano, por mais considerável que seja.

No direito brasileiro a reparação do dano ambiental procede em três esferas, tendo preferência à restauração natural, após a compensação ecológica e só na hipótese de não enquadramento de nenhuma delas é que se aplica como medida subsidiária a indenização. A restauração do dano ambiental no Equador não segue o modelo adotado no Brasil. E não poderia ser diferente, pois o país vizinho trata a “Pachamama” como sujeito de direitos e nesta qualidade lhe atribui o direito à restauração e este não têm como ser substituído por dinheiro. Em relação às vítimas das lesões ambientais, o ordenamento equatoriano não deixa de indenizar e compensar. É o que veremos no tópico seguinte.

3.2 A restauração do dano ambiental no Equador

A Constituição equatoriana de 2008 apresenta ao mundo uma nova forma de convívio entre o homem e a “Pachamama”, um tratamento harmonioso almejando o desenvolvimento de ambos. Contudo, sabendo que deslizos serão cometidos por condutas humanas enraizadas no capitalismo e no crescimento econômico, não deixa de legislar sobre a restauração e reparação do dano ambiental que, conforme disposição constitucional, deverá ser integral.

Art. 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que

produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca.

Detentora de personalidade jurídica, a natureza tem como um de seus principais direitos “a restauração de seus ecossistemas”. Este direito, não se sobrepõe ou oculta o direito dos seres humanos também afetados pelo dano ambiental. Apresenta-se entre eles independência, pois o ressarcimento das lesões causadas aos indivíduos não influenciará para a realização da restauração a ser feita em nível ambiental. É o que prescreve o art. 72 da Carta equatoriana:

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

A partir do momento em que a “Madre Tierra” passa a ser sujeito de direitos, tendo por si próprio e não mais por intermédio dos homens o direito à existência, ao desenvolvimento de seus ciclos naturais, apenas condiz com isso à restauração ambiental. As formas reparatórias compensação e indenização são viáveis para recompor as lesões causadas aos seres humanos, mas de nada adiantam ao meio ambiente.

O valor pecuniário despedido pelo responsável pela agressão ambiental às pessoas ligadas aos ecossistemas afetados, não deve diminuir o dever de restauração, pois o bem ambiental não pode permanecer no prejuízo. Se a compensação e indenização são respostas válidas e eficazes no âmbito dos seres humanos, na seara ambiental eles não se enquadram e se exige um início de um longo diálogo que se dará através da restauração do meio ambiente²⁵⁸. É o que ensina Esperanza Martínez:

La naturaleza tiene, por ejemplo, derecho a la restauración sin perjuicio de las compensaciones o indemnizaciones de las personas ligadas al ecosistema afectado. Frente a la contaminación ya no sólo se debe atender las demandas de las comunidades que perdieron sus fuentes de subsistencia, su agua o sus cultivos, ahora deberá iniciarse un diálogo con la naturaleza para restablecer sus características originales. Medidas como entregar indemnizaciones, compensar por otros recursos, reubicar a las personas, resultaran insuficientes²⁵⁹.

²⁵⁸ MARTÍNEZ, Esperanza. Prólogo. In: GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Ecuador (Quito): Abya-Yala, 2009, p.9.

²⁵⁹ Ibid. p. 9.

Conforme Eduardo Gudynas, a restauração da “Pachamama” significa o retorno ao seu estado original, ou seja, anterior à lesão. Esta inversão de estados é explicada didaticamente por ele, através de uma comparação entre o meio ambiente e a saúde humana. Exemplifica que se certo indivíduo sofre um acidente e, em consequência disto, tem sua saúde fragilizada, poderá receber uma indenização pecuniária e isso encerraria a responsabilidade, contudo o dinheiro não efetiva a recuperação da saúde física. Comparando com a restauração do meio ambiente, esta apenas seria atingida quando retomada a saúde, independentemente dos custos que isso ocasionaria²⁶⁰.

Torna-se indispensável distinguir a restauração ambiental ou ecológica que é direito constitucional assegurado no art. 72 da Constituição equatoriana do instituto da reabilitação. A primeira é muito mais complexa e ampla, pois objetiva alcançar a condição do ecossistema existente antes da ocorrência do dano. Já a reabilitação não objetiva um estado original das coisas, mas busca diminuir a lesão, através da limpeza de áreas contaminadas ou outras ações possíveis ao caso concreto²⁶¹.

Aponta Ricardo Crespo Plaza²⁶², baseado nos ensinamentos de Mário Peña Chacón, que a preferência está na restauração “in situ”, ou seja, no próprio ecossistema alvo da lesão, objetivando que o mesmo recupere o seu estado anterior. Contudo, nas hipóteses em que os danos são irreparáveis e irreversíveis, é preciso partir para uma outra opção, que é a restauração compensatória ou “ex situ”, ou seja, em área diversa da afetada, mas que esteja também degradada. Lembra, ainda, que a obrigação de restaurar é ilimitada e é uma obrigação de fazer, bem como independe dos valores necessários que serão despendidos para este fim. Na literalidade²⁶³:

Cuando el daño es irreversible, o bien, el costo de la reparación violenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, se debe buscar otras formas de composición del daño acaecido. Una de estas formas es la restauración equivalente o también llamada restauración alternativa, la cual consiste en realizar obras componedoras del ambiente, ya no en el lugar o fuente donde aconteció, sino en otros ecosistemas que sí permitan la recomposición de sus elementos, y que igualmente se encuentran degradados. De esta forma, a manera de ejemplo, a un industrial que emita grandes cantidades de emanaciones a la atmósfera contaminándola con gases que causan efecto invernadero, se le puede obligar a sembrar o reforestar un terreno con el fin que los árboles en crecimiento sirvan de sumideros de la contaminación ambiental, o bien, a un sujeto que se le encuentre

²⁶⁰ GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Ecuador (Quito): Abya- Yala, 2009, p. 44.

²⁶¹ Ibid. p. 112.

²⁶² PLAZA, Ricardo Crespo. La responsabilidad en el daño ambiental y la necesidad de una ley. *Temas de Análisis*. Ecuador (Quito), nº 32, mayo 2013, p. 9.

²⁶³ PEÑA CHACÓN, Mário. Daño, responsabilidad y reparación ambiental. Apud PLAZA, Ricardo Crespo. La responsabilidad en el daño ambiental y la necesidad de una ley. *Temas de Análisis*. Ecuador (Quito), nº 32, mayo 2013, p. 10.

culpable de desecar un humedal causando daños irreversibles en el mismo, se le puede obligar a realizar un plan reparativo de siembra y manejo de la cuenca de un río.

Da mesma forma que os destinatários de cada instituto reparatório (restauração, indenização e compensação) são diversos, as posturas apresentadas por eles também divergem. A reparação pecuniária apresenta uma postura que decorre do antropocentrismo e a restauração ecológica carrega consigo um posicionamento biocêntrico²⁶⁴.

En sentido estricto, la “reparación” alude en especial a medidas de compensación o indemnización que reciben personas o comunidades afectadas por impactos ambientales. Los ejemplos típicos son pagos en dinero que reciben personas o comunidades por haber sido afectadas por un impacto ambiental. En ese caso, el sujeto de la acción son las personas, mientras que la restauración ambiental está enfocada en la Naturaleza²⁶⁵.

Leciona Alberto Acosta²⁶⁶ que os direitos da “Pachamama” trazidos pela Constituição de Montecristi são direitos ecológicos, o que difere de direitos ambientais. Estes são ligados aos seres humanos, derivam dos direitos humanos. Já aqueles, os novos direitos positivados pela Constituinte objetivam a proteção dos ciclos vitais, dos processos evolutivos, das áreas degradadas e ameaçadas. Para tanto, se faz necessária, também, uma justiça diferenciada, a justiça ecológica que preocupa-se com a restauração do bem ambiental. Aos seres humanos aplica-se a justiça ambiental, que fica encarregada da reparação do dano através dos institutos da compensação e indenização.

A Constituição do Equador entrou em vigor em 2008, mas foi em 30 de março de 2011 que a Corte Provincial de Justicia de Loja se manifestou pela primeira vez em relação à natureza como sujeito de direitos, na ação de proteção n. 11121-2011-0010. O caso apresentado versava sobre o Rio Vilcabamba, tendo como partes no processo Richard Fredrick Wheeler e Eleanor Geer Huddle que litigam em face do Governo da Provincial de Loja no Equador em prol dos direitos da natureza. Os fatos se resumem à construção da estrada Vilcabamba-Quinara sem estudo de impacto ambiental e a colocação dos materiais inutilizados no empreendimento junto ao rio. Como consequência, em meses de cheia ocorria a inundação aos terrenos próximos, o que ocasionava inúmeros danos ambientais. O governo foi condenado a tomar as primeiras medidas de forma imediata, que foram: limpar o solo que

²⁶⁴ GUDYNAS, op. cit., p. 112-113.

²⁶⁵ Ibid. p. 112-113.

²⁶⁶ ACOSTA, Alberto. Los derechos de la naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existencia. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 355.

havia sido contaminado por combustíveis inibindo uma maior contaminação; depositar os materiais provindos das escavações da obra em local adequado e não mais junto às águas do rio; e providenciar a sinalização da construção da estrada. No entanto, a condenação não finalizou assim. Determinou-se, ainda, que, no prazo de trinta dias, o demandado apresentasse estudo de reabilitação das áreas que foram danificadas e o devido estudo de impacto ambiental para a construção do empreendimento.²⁶⁷ O magistrado deixa ainda registrado na sentença²⁶⁸:

Séptimo: Nuestra Constitución de la República, sin precedente en la historia de la humanidad, reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. El art. 71 manifiesta que la “Naturaleza o Pacha Mama”, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Octavo: La importancia de la Naturaleza es tan evidente e indiscutible que cualquier argumento respecto a ello resulta sucinto y redundante, no obstante, jamás es de olvidar que los daños causados a ella son “danos generacionales” que consiste en “aquellos que por su magnitud repercuten no sólo en la generación actual sino que sus efectos van a impactar en las generaciones futuras”.

Um segundo caso a ser analisado é o que chega ao Judiciário em junho de 2012, ou seja, Galápagos (juicio n. 269-2012), área nacionalmente protegida devido à fragilidade do ecossistema e à integridade da reserva marinha. Um grupo de pessoas ingressam em juízo contra um ente estatal devido processo licitatório para a construção e reconstrução de uma Avenida em Galápagos que não possuía licença ambiental. Destaca-se que nesta região existem limitações constitucionais em relação a atividades públicas e privadas devido à fragilidade e necessidade de proteção do ecossistema. O magistrado fundamenta sua decisão nos seguintes direitos constitucionais: direitos da natureza, direito a viver em um ambiente ecologicamente equilibrado, regime diferenciado de Galápagos, inversão do ônus da prova, princípio do “in dubio pro natura”. A obra foi suspensa provisoriamente, determinou-se estudo de impacto ambiental e a socialização do projeto.²⁶⁹

Ressalta Eduardo Gudynas²⁷⁰ que, se o positivado na Constituição de Montecristi em relação à restauração ambiental for tomado na sua literalidade, deveria ser iniciado um processo de restauração e reabilitação de todas as áreas que sofreram danos ambientais no

²⁶⁷ FREITAS, Raquel Coelho. MORAES, Germana de Oliveira. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. MELO, Milena Peters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 116-118.

²⁶⁸ EQUADOR. Corte Provincial de Justicia de Loja. Acción de Protección n. 010-2011. Juez Ponente: Luis Sempértegui Valdivieso. 30 mar 2011. Disponível em: <<http://pachamama.org.ec/wp-content/uploads/2011/06/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>> Acesso em: 10 jan 2014.

²⁶⁹ SUÁREZ, Sofía. Efectivización de los derechos de la naturaleza: evolución jurisprudencial. *Temas de Análisis*, Quito, n.27, p. 4-5, nov, 2012.

²⁷⁰ GUDYNAS, op. cit., p. 113-114.

país, desde os espaços utilizados como depósito de desejos e efluentes até as minas abandonadas, não se esquecendo também das áreas destruídas em prol da expansão agropecuária. Contudo, muitos problemas aparecerem, entre eles, a necessidade de um amplo conhecimento da ciência e da engenharia para se saber quais os requisitos necessários para o ambiente ser qualificado e enquadrado como silvestre, bem como conhecer de plano em quais áreas isso deveria ser efetivado.

Aborda ainda algumas incógnitas, por exemplo: até que ponto a intervenção humana junto ao meio ambiente o descaracteriza de seu estado original? E também até onde pode chegar o poder dos conhecimentos científicos na reconstrução do bem ambiental. Assim expõe²⁷¹:

La distinción entre un ambiente silvestre o salvaje, frente a uno antropizado, es uno de los problemas más importantes y complejos en la ética y política ambiental actual. Lo que podrían identificarse como ambientes “silvestres” en las regiones andinas o amazónicas, también son el resultado de una larga y compleja interacción con la presencia humana, por tanto, separar unos de otros implica plantearse preguntas (y encontrar respuestas) sobre los niveles permitidos de intervención humana en el entorno, y los límites del optimismo científico-técnico de poder reconstruir la Naturaleza.

Enfatiza, por fim, que as posturas biocêntricas diante do direito constitucional da restauração integral da “Pachamama”, preferem optar por condutas humanas não intervencionistas junto ao bem ambiental e em tecnologias apropriadas a confiarem cegamente em uma ciência que entenda completamente a “Madre Tierra”, e que disponha de um conhecimento tão imenso que possa retornar as coisas ao seu estado exato anterior à lesão. Na literalidade²⁷²:

La presentación de la restauración, y que ésta sea integral, como un derecho bajo rango constitucional es una novedad impactante (no conozco ningún antecedente de este tipo a nivel mundial). Desde el punto de vista de la ética ambiental esta postura es compatible en algunos aspectos con el biocentrismo en tanto refuerza la ampliación de los derechos. Pero también se aparta debido a su fuerte apego a una ingeniería ambiental basada en una pretensión de ciencias suficientes y efectivas no sólo en comprender el funcionamiento de la Naturaleza, sino en “repararla” y poder regresar a estados anteriores. En realidad las visiones biocéntricas desconfían de estos extremos, y se sienten más confortables con las posturas de mínima intervención y las tecnologías apropiadas.

Entre os direitos da “Naturaleza” está assegurado o direito à restauração, o que determina incabível qualquer valor pecuniário que busque substituir esta medida. Apenas a restauração do bem ambiental, no próprio local ou em diverso, servirá para o fim que a norma almeja. A indenização é descartada pelo ordenamento equatoriano para a “Pachamama”,

²⁷¹ GUDYNAS, op. cit., p. 114.

²⁷² GUDYNAS, op. cit., p. 45.

porém é totalmente aceita na reparação das demais vítimas do dano. Mesmo que sejam altíssimos os valores a serem destinados às pessoas que sofreram a lesão por intermédio da “Madre Tierra”, a restauração não deve ficar prejudicada, pois a Constituinte é clara e impõe ao responsável ambiental dois deveres: de restaurar a “Naturaleza” e de reparar, através de indenização e compensação, as vítimas.

O assegurado pela Constituinte de Montecristi quanto ao direito à restauração integral, apresenta vantagens sobre o estipulado no ordenamento jurídico brasileiro. Este, como já visto, estabelece três possibilidades reparatorias em relação ao meio ambiente, que são: restauração “in natura”, compensação ecológica e indenização, utilizadas na ordem aqui expostas. O Equador, comparando com estes mecanismos dispõe apenas da restauração que será “in situ” ou “ex situ”, institutos que equivalem às duas primeiras medidas brasileiras e não dispõe da indenização para a “Pachamama”. E este é o benefício, pois efetivado o dano, algo será feito para que o mesmo volte o mais próximo possível ao seu estado anterior. Contudo, se a lesão for irreparável, se agirá também sobre o bem ambiental, mesmo que não seja sobre o que foi alvo do dano. Havendo a possibilidade da indenização, muitas vezes esta será utilizada no lugar de uma medida natural que se enquadraria ao caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Novo Constitucionalismo latino-americano representa um auge, em uma série de alterações constitucionais que se iniciaram nos anos 80 em virtude de reivindicações de parcela da população (indígenas, negros e afrodescendentes) que não possuía prestígio algum junto ao Estado. É a partir deste inconformismo que mudanças são impostas ao modelo de Estado posto. Alterações surtem efeitos em relação: ao modelo econômico neoliberal, à nacionalidade, à participação popular nas decisões políticas, ao rol de direitos positivados em prol desta camada social. Este constitucionalismo transformador realiza uma ruptura em relação ao colonialismo e se propõe a refundar o Estado. E nesta conduta de edificação, é no “buen vivir” que se estabelecem as bases e as diretrizes do novo Estado a ser construído.

Por ser algo atualíssimo, é normal que entre os seus estudiosos, as opiniões venham a divergir. Esta heterogeneidade de idéias é verificada quando se busca determinar quais são as Constituições que representam este novo momento constitucional. Alguns apontam as Cartas Políticas equatoriana de 2008 e a boliviana de 2009, já outros, entendem que a venezuelana de 1999 é quem inaugurou essa nova fase. Estas divergências, bem como outras, serão supridas com o decorrer do tempo e o amadurecimento de pesquisas nesta área de estudo.

Indispensável conduta realizou o novo Estado ao reconhecer o pluralismo jurídico e neste a justiça indígena. Verificou-se no decorrer da pesquisa a diversidade cultural que compõem tanto o Equador, como a Bolívia. O povo aborígine é apenas um dos tantos que compõem o Estado, contudo é uma parcela da população que possui muitas particularidades que não permitem a incorporação na justiça padrão estatal. A primeira ressalva que necessita ser realizada é a existência de uma justiça própria destes povos, que se mantêm na história, de forma milenar. Submeter os mesmos a uma justiça alienígena é como colonizá-los outra vez.

Entende-se que a novidade mais marcante da Constituição do Equador de 2008 é a atribuição de direitos à natureza. Enquanto nenhum outro país em sua Constituição atribui personalidade jurídica à “Pachamama”, isto é positivado nesta Constituição andina. Muitos, mundo a fora, entendem ser uma aberração, pois a mesma não detêm capacidade para defender ou postular em juízo os seus direitos, necessitando da intervenção dos seres humanos. Concorde-se que quem defenderá os direitos ecológicos são os homens, o fato é que esta imputação de direitos amplia o leque de proteção ao bem ambiental. E nesta lógica, é totalmente válida, já que a conscientização quanto aos danos ambientais é algo de difícil aprimoramento no entendimento do homem contemporâneo.

Estabeleceu-se como hipótese desta pesquisa, que o que sustentaria os direitos próprios da “Naturaleza” pelo Novo Constitucionalismo seria o “sumak kawsay”. Nesta etapa final, é possível confirmar a preliminar. A interação do homem andino com todos os seres da “Pachamama” é regrada pelo respeito, pela harmonia e pelo equilíbrio. O ameríndio possui uma visão holística e de laços com a “Naturaleza” e todos os seus seres. Para ele a mesma é um ser vivo e não apenas um objeto de mercantilização. A atribuição de direitos decorre desta visão respeitosa com a “Madre Tierra” em busca da sua proteção diante de inúmeras lesões ambientais em que está passível na atualidade. Logo, a incorporação do “buen vivir” como embasamento para todo o texto constitucional sustenta também os direitos da natureza.

Contudo, mesmo com a positivação do “sumak kawsay” que deve refletir em todo o texto constitucional, alguns desajustes aparecem e estes foram constatados nas leituras para a confecção deste trabalho acadêmico. É preciso destacar que o Equador sofre com graves problemas ambientais, entre eles o extrativismo, realizado em grande escala mesmo após a vigência da Constituinte. Neste prisma, visualiza-se que o incorporado pela Carta Política, ou seja, “sumak kawsay” e aprovado pela população via referendo, esta sendo infringido e nada é feito pelo Estado. Este, ao invés de posicionar-se para a inibição destas condutas, trabalha em sentido contrário.

O Novo Constitucionalismo Transformador que floresceu nos Andes, nunca se manifestará tal e qual em outros países do mundo que não pertençam a esta região. Isso porque, o modelo de vida consagrado e o trato com a natureza, é algo que passa de geração para geração e está enraizado nesta sociedade andina desde tempos mais remotos. Não é algo criado pelo texto constitucional, mas aderido pela Carta Política. Assim, nações que pretendam vir a positivar os direitos da natureza, certamente argumentarão no sentido da busca de uma maior proteção ambiental, contudo não poderão sustentar este direito no “sumak kawsay”.

O direito à restauração da “Pachamama” afastou qualquer forma de indenização para se compensar um dano ambiental. No Equador, toda medida será voltada à restauração do meio ambiente afetado. Contudo no Brasil, onde a natureza não é vista como sujeito de direitos, a restauração é a primeira modalidade reparatória, mas não a única e exclusiva, sendo seguida hierarquicamente pela compensação ecológica e indenização. Comparando o ordenamento jurídico destes países vizinhos, é possível verificar que o Brasil fica em desvantagem na efetiva proteção ambiental, pois o enquadramento nos institutos da restauração natural, compensação ecológica ou indenização estará nas mãos dos magistrados que proferirão decisões conforme suas convicções, baseadas nos documentos apresentados

nos autos. Já no Equador, a legislação estipula que para o meio ambiente a única medida cabível é a restauração, e assim se agirá efetivamente sobre o bem ambiental. Não há outra alternativa a ser seguida. Valores monetários no país andino de nada adiantam para a “Naturaleza”.

No Brasil, a indenização não restabelece o estado anterior das coisas, mas uma vez adimplida, libera imediatamente na esfera cível o responsável pelo dano ambiental. Ademais, constatou-se na pesquisa que a forma indenizatória é a mais utilizada, sob o argumento das dificuldades na reparabilidade. Se no Brasil há dificuldades para se viabilizar a reparação, no Equador elas também existem e são inúmeras; contudo, a possibilidade deferida pelo legislador ao intérprete (juiz), possibilita que seja feita inúmeras vezes a escolha da opção mais cômoda, ou seja, o pagamento pecuniário, mesmo que não seja o ideal ao bem ambiental como um todo.

O dano provoca uma alteração e destruição no meio ambiente. E, por mais que o homem aja sobre esta lesão, o máximo em êxito que se atingirá é uma situação parecida à anterior ao dano, mas nunca a exata situação prévia. Assim, a restauração “in natura” é a que mais se aproxima ao “status quo ante”. Neste prisma, prosseguindo para a compensação ecológica mesmo agindo-se sobre o meio ambiente, mas em local diverso do afetado, esta aproximação ao estado anterior distancia-se em grande escala. Afinal, não é no bem lesado que se efetivará a conduta reparatória, mas em diverso, além de que, aquele que passará a integrar o meio ambiente não possui as mesmas capacidades funcionais do lesado.

Constata-se que a ação danosa estabelece uma perda irreparável se levados em consideração todos os efeitos e extensões do dano ao bem ambiental. Assim, mesmo o Equador positivando entre os direitos da natureza à restauração, o que isso garante efetivamente é uma conduta de fazer sobre o bem ambiental, mas não o restabelecimento ao “status quo ante”, por ser impossível.

Por ser inatingível este objetivo, de fazer as coisas voltarem ao pretérito, em busca de seu estado original, busca-se através de medidas reparatórias o alcance de uma semelhança, contudo quem determina se o dano ocasionado em determinado bem natural que passou pelo processo de restauração “in natura” ou compensação ecológica está em condições similares ao estado anterior a lesão, será a ciência e a técnica. Neste patamar, é preciso realizar duas ressalvas.

A primeira é que em relação à natureza, nem a ciência, nem a técnica, possuem um conhecimento completo para afirmarem que o bem ambiental lesionado encontra-se após o período restaurativo em estado muitíssimo parecido ao original. A segunda constatação é que

ambas encontram-se em processo constante de aprimoramento e inovações, logo, o que hoje é atual, amanhã é velho e ultrapassado. E nesta lógica, se por um lado a reparação pode ganhar pontos por se exigir cada vez mais requisitos para qualificar o entorno como restaurado, por outro também, pode ocasionar diferenças em relação à imputabilidade de deveres e obrigações ao responsável da lesão ambiental.

Se hoje, o conhecimento consta no nível sete em relação a “Pachamama”, daqui a alguns anos poderá estar no nível oito e isso significa que será aumentado também os requisitos a serem cumpridos em prol da reparação. Assim, em um breve pensamento, um dano cometido no presente terá menos exigências e requisitos para sua reparação, do que um realizado no futuro.

Verifica-se, ainda, que há uma vinculação do agressor ambiental aos deveres reparatórios por muito mais tempo em um país que reconhece os direitos da natureza, pois o direito à restauração, seja por restauração “in natura” ou compensação ecológica, estará satisfeito apenas quando no mundo dos fatos a natureza se manifestar em estado parecido ao anterior ao dano. Dependendo as extensões da lesão ocasionada pelo agressor, este poderá ficar a vida toda vinculado à restauração do bem ambiental. Certamente para ele, será um castigo, mas para o restante da sociedade haverá realmente um efeito educativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA, Alberto; BRAVO, Elizabeth; SHIVA, Vandana. *Derechos de la Naturaleza*. Quito: Nathalia Bonilla, 2012.

_____. MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito: Abya- Yala, 2011.

_____. El Buen Vivir, una oportunidad por construir. *Ecuador Debate*. Quito (Ecuador), 3-6, p. 33-48, dezembro de 2008.

_____. *O Buen Vivir: uma oportunidade de imaginar outro mundo*. [on line]. Disponível em: <http://br.boell.org/downloads/alberto_acosta.pdf>. Acesso em 08 de outubro de 2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. 1. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *El constitucionalismo transformador*. Quito: Abya- Yala, 2010.

BARACHO JR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. 1ª ed. Caxias do Sul: Educs, 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman V. *A responsabilidade civil pelo dano ambiental no Direito Brasileiro e as lições do Direito Comparado*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8632/3/A_Responsabilidade_Civil.pdf> Acesso em: 01.10.12.

_____. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 3, n. 9, jan-mar 1998.

_____. *A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina*. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n.0 , 1996.

_____. *Função ambiental. Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *O princípio poluidor pagador e a reparação do dano ambiental*. Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BOFF, Leonardo. *Socialismo e moderna cosmologia*. Disponível em: <<http://www.leonardoboff.com/site/vista/outros/socialismo.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. *O viver melhor ou o bem viver?* Disponível em: <<http://www.terrazul.m2014.net/spip.php?breve239>>. Acesso em: 20 jan 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.367.923 – RJ. Recorrente: Brasilit Indústria e Comércio Ltda e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 27 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.269.494 – MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Fundação Uberlandense de Turismo Esporte e Lazer – Futel. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 24 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 625.249-PR. Recorrente: Município de Curitiba. Recorrido: Associação de Defesa do Meio Ambiente de Araucária. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.145.083- MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: José Ilário Galdino. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 27 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.045.746 – RS. Recorrente: Baesa – Energetica Barra Grande S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 dez. 2013.

CARVALHO, Délton de Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

CÉSPEDES, David Choquehuanca. *Hacia la reconstrucción del Vivir Bien. America Latina em movimento*. Quito, 452, año XXXIV, II, 2010.

_____. Bolívia. 25 postulados para entender o “Viver Bem”. *Revista do Instituto Humanista Unisinos*. [on line] Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/29688-bolivia-25-postulados-para-entender-o-viver-bem>> Acesso em: 12 de novembro de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. 1ªed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade civil pelo dano ecológico:alguns problemas. *Revista de Direito Ambienta*. São Paulo, ano 2, n. 5, jan-mar 1997.

DÁVALOS, Pablo. *Reflexiones sobre el sumak kawsay (el buen vivir) y las teorías del desarrollo*. Disponível em: <<http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/100602.pdf>> Acesso em: 05 de novembro de 2013.

DUSSEL, Enrique D. *Filosofia da libertação na América latina*. 2. ed. São Paulo: Loyola, UNIMEP, 1977.

EQUADOR. Corte Provincial de Justicia de Loja. Acción de Protección n. 010-2011. Juez Ponente: Luis Sempértegui Valdivieso. 30 mar 2011. Disponível em: <<http://pachamama.org.ec/wp-content/uploads/2011/06/proteccion-derechosnatura-loja-1.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2014.

ESTERMANN, Josef. Crisis civilizatoria y Vivir Bien. *Polis- Revista de La Universidad Bolivariana*, Santiago, v. 11, n.33, p. 08, 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30525012010>>. Acesso em: 08 de outubro de 2013.

FERNÁNDEZ, Raúl Llasag. El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales. *Foro Revista de Derecho*. Quito, n.12, 2009.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n 49/50, jan-jun 1979.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Cristina Godoy de Araújo. Valoração do dano ambiental: algumas premissas. *Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <<http://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publicacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico>>. Acesso em: 10 jan 2014.

GALLEGOS, René Ramirez. Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano. *Rebelión*. Disponível em: <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=116667>>. Acesso em: 05 de novembro de 2013.

GOMES, Carla Amado. *Direito ambiental: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente*. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica. Disponível em: <http://www.observatoriodelitoral.es/actualidad_juridica_ambiental/wpcontent/uploads/2010/03/amadogomes15032010.pdf>. Acesso em: 01.10.12.

GRIJALVA, Agustín. El Estado plurinacional e intercultural en la constitución ecuatoriana del 2008. *Pueblos indígenas constituciones y reformas políticas en América Latina*. Primeira edição. Lima: Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, 2010.

GUARTAMBEL, Carlos Pérez. *Correa responde a un modelo capitalista, racista, machista y sexista*. Disponível em: <<http://www.planv.com.ec/historias/entrevistas/correa-responde-un-modelo-capitalista-racista-machista-y-sexista>>. Acesso em: 15 jan 2014.

GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.

_____. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*, Bogotá, n. 32, abril 2009, p. 37-38.

_____. *Tensiones, contradicciones y oportunidades de la dimensión ambiental del Buen Vivir*. Disponível em: < <http://www.gudynas.com/publicaciones/capitulos/GudynasTensionesAmbienteBVivirCides11.pdf> >. Acesso em 08 de outubro de 2013.

_____. Buen vivir: Germinando alternativas al desarrollo. *Alai – América Latina em Movimento*. Quito, n. 462, fevereiro, p. 04, 2011. Disponível em: <<http://www.gudynas.com/publicaciones/articulos/GudynasBuenVivirGerminandoALAI11.pdf> > Acesso em: 08 de outubro de 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2006.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e pratica*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária 2004.

_____; FERREIRA, Heline Sivini; BORATTI, Larissa Verri. *Estado de direito ambiental: tendências*. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

LEÓN, Magdalena. Nova Constituição do Equador expressa aspiração dos movimentos sociais. *Revista do Instituto Humanista Unisinos* [on line] Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-anteriores/16470-nova-constituicao-do-equador-expressa-aspiracao-dos-movimentos-sociais>>. Acesso em 21 jan. 2014.

LOVELOCK, James. *Gaia: alerta final*. Tradução de Vera de Paula Assis, Jesus de Paula Assis. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010.

_____. *A vingança de Gaia*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.

LUCARELLI, Fábio Dutra. Responsabilidade civil por dano ecológico. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 700, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional moderno*. Curitiba: Juruá, 2012.

MAMANI, Fernando Huanacuni. *Buen Vivir/ Vivir Bien: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. 3.ed. Lima (Peru): Coordinadora Andina de Organizacoes Indígenas – CAOI, 2010. Disponível em: <<http://www.coordinadoracaoi.org/portal/sites/default/files/Libro%20Buen%20Vivir%20y%20Vivir%20Bien.pdf>>. Acesso em 01 de maio de 2013.

MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: *El nuevo constitucionalismo en América*

Latina: memorias del encuentro internacional el nuevo constitucionalismo: desafios y retos para el siglo XXI. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010.

_____. *La Paz, Quito e Caracas recriam constitucionalismo latino.* Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0103200909.htm>>. Acesso em: 11 de fev. 2014.

MARTÍNEZ, Esperanza. Sumak kawsay. Nem melhor, nem bem: viver em plenitude. Entrevista especial com Esperanza Martinez. *Revista do Instituto Humanista Unisinos.* [on line] Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/34622>>. Acesso em 12 de novembro de 2013.

MATOS, Allan Hugo. *Uma introdução a filosofia da libertação latino-americana de Enrique Dussel.* Livro eletrônico gerado a partir do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Metodista de São Paulo, sob orientação de Daniel Pansarelli, 2008.

MÉDICI, Alejandro. *La constitución horizontal: Teoría constitucional y giro decolonial.* 2012.

MEDINA, Javier. *Suma Qamaña: La comprensión indígena de la Buena Vida.* La Paz: Editorial Garza Azul, 2001. Disponível em: <<http://www2.gtz.de/dokumente/bib/04-5208.pdf>>. Acesso em: 01 de maio de 2013.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco.* 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da natureza e direitos dos animais: um enquadramento. In: *Juris Poesis - Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá.* Rio de Janeiro, a.15, n.15, jan-dez 2012.

PANIKKAR, Raimon. Religião, filosofia y cultura. Disponível em: <<http://them.polylog.org/1/fpr-es.htm>> Acesso em: 25/06/2013.

PLAZA, Ricardo Crespo. La responsabilidad en el daño ambiental y la necesidad de una ley. *Temas de Análisis.* Ecuador (Quito), nº 32, mayo 2013.

RIBEIRO, Ilana Aló Cardoso. *O novo constitucionalismo latino-americano. Democracia: da promessa teórica e dogmática à experiência do poder no Equador.* Dissertação de Mestrado. PPGDC. UFF. 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SAMPAIO, Frederico José Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur.* Lima (Peru): GTZ e Fundación Ford, 2010.

_____. *La reinvenção del Estado y el Estado plurinacional*. Santa Cruz (Bolivia): CENDA, 2007.

_____; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Abya Yala e Fundación Rosa Luxemburg, 2012.

_____; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad em Bolivia*. Quito: Abya Yala e Fundación Rosa Luxemburg, 2012.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através da restauração natural*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. *Responsabilidade Civil por danos ecológicos*. Coimbra: Almedina, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela constitucional do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva 2008.

SOUSA, Adriano Corrêa. *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado entre o bem viver e a dignidade da pessoa humana nas culturas jurídico – constitucionais da Bolívia e do Brasil*. Dissertação de Mestrado. PPGDC. UFF. 2013.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2004.

SUÁREZ, Sofía. Efectivización de los derechos de la naturaleza: evolución jurisprudencial. *Temas de Análisis*, Quito, n.27, p. 4-5, nov, 2012.

WILLEMANN, Ana Cristina; FLORES, Nilton Cesar. *Direito fundamental ao meio ambiente e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. In: *Juris Poesis - Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro, a.15, n.15, jan-dez 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Revista Pensar*, Fortaleza, n. 2, v. 16, p. 371-408, 2011.

_____; WOLKMER, Maria de Fátima S.; AUGUSTIN, Sergio. *O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina*. In: *Interthesis*, vol.9, n.1, Florianópolis, jan/jul, p. 58. Disponível em: < https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2012v9_n1p51>. Acesso em: 21 jan. 2014.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia. In: *Bolivia – Nueva Constitución Política del Estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010.

ZIMMERMANN, Roque. *América Latina o não ser: Uma abordagem filosófica a partir de Enrique Dussel (1962-1976)*. 2.ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1987.