XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU - URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MARCOS LEITE GARCIA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I
[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2024.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-976-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).
CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais foi realizado durante o XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado na Facultad de Derecho, da Universidad de la República - UDELAR, em Montevideú, no Uruguay, entre os dias 18,19 e 20 de setembro de 2024 e elegeu como tema "ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN". Esta questão suscitou intensos debates desde o início e no decorrer do evento com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados e painéis que na Universidade ocorreram.

Os trabalhos apresentados neste GT possibilitam uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores dos direitos e garantias fundamentais. Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

As pesquisas perpassam temáticas clássicas que abordam os temas abaixo:

1. DIGNIDADE HUMANA E A ATRIBUIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA ORIGINÁRIA AO NASCIDO NO EXTERIOR

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES: UM ESTUDO ACERCA DA FALSAS MEMÓRIAS ANTE A ALIENAÇÃO PARENTAL

3. DIREITOS HUMANOS E A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE COM ÊNFASE À DEFESA DA DIGNIDADE HUMANA

4. DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DO ADOLESCENTE EM CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

5. DO SER SEM ALMA AO SUJEITO DE DIREITOS: O RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

6. EDUCAÇÃO AMBIENTAL NO ESTADO DO AMAZONAS, UMA FERRAMENTA MOTRIZ DE PEDAGOGIA LIBERTÁRIA DECOLONIAL

7. INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO NOVO REGIME PRESCRICIONAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

8. O DIREITO À SAÚDE E O ACESSO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DAS MULHERES MIGRANTES COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: UM OLHAR SOB O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NA DIVERSIDADE

9. O NEOPANÓPTICO DIGITAL: INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O NOVO PARADIGMA DA VIGILÂNCIA ESTATAL

10. O PLANEJAMENTO FAMILIAR NAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A INSEGURA GARANTIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

11. O PROCESSO DE CRIAÇÃO DA VERDADE JURÍDICA: UMA REFLEXÃO SOBRE A DIFICULDADE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

12. O SALÁRIO MÍNIMO – FATOR DE DESEVOLVIMENTO E DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES?

13. OLHAR DESCOLONIAL SOBRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DE INDÍGENAS E QUILOMBOLAS

14. QUANDO RECONHECER E INCLUIR DIGNIFICA A PESSOA: UM OLHAR DE ALTERIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

15. SOBRE O EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA ADOTADA EM CONHECER SUA ORIGEM

16. UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CONSTITUCIONALIDADE DO §15 DO ARTIGO 525 E § 8° DO ARTIGO 535, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

17. UMA ANÁLISE CRÍTICA DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DE EDIÇÃO GENÔMICA CRISPR-CAS9 (CLUSTERED REGULARLY INTERSPACED SHORT PALINDROMIC REPEATS)

18. VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES AFETADOS PELAS ENCHENTES DE 2024 NO RIO GRANDE DO SUL: ANÁLISE DAS AÇÕES ESTATAIS À LUZ DA TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Os coordenadores convidam os juristas a conhecerem o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - UNIVALI

OLHAR DESCOLONIAL SOBRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DE INDÍGENAS E QUILOMBOLAS

DECOLONIAL VIEW ON FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES OF INDIGENOUS AND QUILOMBOLAS

Carine Labres [1]

Resumo

É objetivo deste trabalho abordar, sob a perspectiva descolonial, a organização do Estado Democrático de Direito; ciclos do constitucionalismo; consequências da colonialidade do poder, do ser e do saber; surgimento dos direitos fundamentais e o impacto sobre as comunidades tradicionais, indígenas e quilombolas; bem como reconstruir o valor da dignidade humana, atribuindo novo significado, conteúdo e alcance, considerando-o, não só na dimensão da existência individual do ser, mas também na dimensão comunitária, mais especificamente, na relação com os outros, em sociedade. Sustenta-se serem fundamentais os direitos atribuídos a indígenas e quilombolas, na sua dimensão coletiva, apesar de alguns não constarem no catálogo constitucional. Por fim, será analisado o papel atribuído aos Poderes Constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), sob a ótica da desconstrução lógica da colonialidade do poder, na proteção desses direitos e cumprimento do objetivo republicano de formar uma sociedade plural, livre, justa e solidária. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, pesquisa qualitativa, técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Dignidade humana, Direitos fundamentais, Indígenas, Perspectiva descolonial, Quilombolas

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this work is to address, from a decolonial perspective, the organization of the Democratic State of Law; cycles of constitutionalism; consequences of the coloniality of power, being and knowledge; emergence of fundamental rights and the impact on traditional, indigenous and quilombola communities; as well as reconstructing the value of human dignity, attributing new meaning, content and scope, considering it, not only in the dimension of the individual existence of the being, but also in the community dimension, more specifically, in the relationship with others, in society. It is argued that the rights attributed to indigenous people and quilombolas are fundamental, in their collective dimension, despite some not being included in the constitutional catalogue. Finally, the role attributed to the Constituted Powers (Executive, Legislative and Judiciary) will be analyzed, from the perspective of the logical deconstruction of the coloniality of power, in protecting these

[1] Juíza de Direito RS. Bacharela pela Pontifícia Universidade Católica do RS (PUCRS). Mestranda pela Fundação da Escola Superior do Ministério Público RS (FMP). Correio eletrônico: labrescarine@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7260260812050184. Orcid: https://orcid.org/0009-0001-0416-573X

rights and fulfilling the republican objective of forming a plural, free, fair and supportive society . The approach method is hypothetical-deductive, qualitative research, bibliographical research technique.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Decolonial perspective, Fundamental rights, Human dignity, Indigenous people, Quilombolas

1. INTRODUÇÃO

A legitimidade democrática do Estado de Direito decorre do reconhecimento, proteção e efetivação dos direitos fundamentais, cujo sistema é fundamentado na dignidade da pessoa humana, compreendida como valor axiológico estruturante de toda ordem jurídica.

No entanto, o conhecimento jurídico, como um todo, esteia-se no modelo hegemônico eurocêntrico, uniformizado na soberania estatal e no monismo jurídico, do qual exsurge, nos dias atuais, as mais variadas formas de colonialidade do poder, umbilicalmente vinculada com a globalização e propagação do capitalismo, que precisam ser desconstruídas, haja vista o impacto profundo sobre outras realidades culturais. Por essa razão e observada a pluralidade da sociedade brasileira, resultado da miscigenação entre índios, brancos e negros, os tempos estão a exigir uma releitura dos direitos fundamentais e do próprio valor da dignidade humana, a partir de uma perspectiva descolonial, que enfatize histórias e racionalidades, até então inviabilizadas no tempo.

Dessa forma, o estudo terá por ênfase povos indígenas e comunidades quilombolas, com objetivo de proceder a uma abordagem descolonial sobre a organização do Estado Democrático de Direito; surgimento dos direitos fundamentais e reconstrução do valor da dignidade humana, promovendo uma investigação sobre a fundamentalidade dos direitos e garantias atribuídos a cada etnia e o papel atribuído aos Poderes Constituídos na proteção e efetivação desses direitos.

Para tanto, de pronto, esclarece-se que, apesar de a expressão “povos originários” diferenciar-se do conceito de “povos e comunidades tradicionais”, basicamente porque os povos indígenas remetem a uma ancestralidade anterior à colonização, enquanto que os demais não possuem tal característica, no presente trabalho, serão empregados, como sinônimos, uma vez que “povos ou comunidades tradicionais” engloba o conceito de “povos originários” e, dessa forma, não há nenhum comprometimento à compreensão do tema.

O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, pesquisa qualitativa, técnica de pesquisa bibliográfica.

2. ABORDAGEM DESCOLONIAL SOBRE O ADVENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A República Federativa do Brasil, instituída como Estado Democrático de Direito pela Assembleia Nacional Constituinte de 1988, estruturou-se sob a concepção do bem-estar social,

centralizando a pessoa humana, não como meio, mas como fim da ordem jurídica e estatal (art. 1º, inc. III). Mas, para compreender o conteúdo e o significado das expressões "Estado Democrático", "de Direito" e "bem-estar social", deve-se contextualizar os ciclos de reformas constitucionais e as influências advindas do colonialismo até a descolonialidade. Isso se revela importante para compreensão do surgimento dos direitos fundamentais e suas consequências aos povos originários (indígenas) e tradicionais (quilombolas).

Inicia-se, pois, com a contextualização da gênese da expressão "Estado de Direito", que remonta à Revolução Inglesa (1660-89), cujo ápice culminou com aprovação parlamentar da Declaração de Direitos (Bill of Rights, 1689), reconhecendo a necessidade de limitar o poder dos governantes, declarando direitos que seriam invioláveis dos governados e estabelecendo uma ordem maior que garantisse o equilíbrio entre governantes e governados.

Estado Democrático de Direito configura, nessa ordem, uma organização político-social, cujo poder é distribuído por instrumentos democráticos, consistentes na eleição de representantes legais pelo povo - legítimo detentor do poder estatal. Em tal configuração, todos, indivíduos e aparato estatal, se encontram subordinados à autoridade da lei, cujo fundamento está na proteção de direitos essenciais reconhecidos ao homem, no sentido de sua existência, convivência e permanência digna em sociedade, livre de abusos e do exercício arbitrário do poder estatal.

Essa teorização em torno da limitação da arbitrariedade estatal serve como instrumento para a proteção e salvaguarda dos direitos da pessoa humana, sendo possível concluir que o Estado de Direito, como criação social, visa à transformação da realidade, existindo "por causa" e "em razão" do ser humano, motivo de a dignidade ser um dos fundamentos da República.

Nesse cenário, surge o "constitucionalismo", movimento intelectual que valoriza a Constituição de um Estado de Direito. Não há uma data exata de surgimento; sabe-se, porém, que remonta a períodos históricos, cujos registros datam da Grécia e Roma antiga.

As transformações, pelas quais passaram as sociedades ocidentais e orientais, tornaram possível distinguir os ciclos em: Constitucionalismo Antigo, Constitucionalismo Moderno e Neoconstitucionalismo, cujos conceitos vale a pena repisar, ainda que brevemente.

Constitucionalismo Antigo possui como característica a ausência de lei escrita, suas constituições eram costumeiras. Constitucionalismo Moderno é marcado pelo surgimento de constituições escritas, inspiradas em ideais sociais de liberdade e igualdade, contextualizado a partir da Revolução Industrial. Neoconstitucionalismo, a seu turno, advém da transição do Estado liberal para o social, marcado pela ideia de pluralismo, cuja diversidade cultural presente

na sociedade é reconhecida pelo ordenamento interno, acrescentando-se à positivação dos direitos considerados fundamentais na esfera coletiva.

A cada ciclo do constitucionalismo, a organização do Estado de Direito transformou-se para fortalecer direitos e garantias essenciais à existência e permanência digna do homem em sociedade. Em uma linha evolutiva, pode-se agrupar o surgimento do Estado de Direito em três conjuntos: Estado Liberal de Direito; Estado Social de Direito e Estado Constitucional de Direito.

A respeito, o Estado Liberal surge com a Revolução Francesa de 1789, no fim do século XVIII, decorrente de uma revolta social da burguesia, com o lema "Liberdade, Igualdade e Fraternidade". Liberdade individual para expansão dos empreendimentos e obtenção de lucro pela classe burguesa; igualdade jurídica com a aristocracia para abolição das discriminações e fraternidade com os camponeses para que apoiassem a revolução e lutassem por ela. Dentre as características do Estado Liberal, cita-se: não-intervenção do Estado na economia (figura do Estado Mínimo); vigência do princípio da igualdade formal; adoção da teoria da divisão dos Poderes de Montesquieu; supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia de direitos individuais. (Rocha, 1995, p. 126).

É, no Estado Liberal, que surge a criação do Estado de Direito, consistente em um único ordenamento jurídico, que defendia a igualdade formal, no sentido de que todos eram iguais perante a lei, idealizada com conteúdo geral e abstrato, aplicando-se a todos indiscriminadamente, limitando os poderes do governante e protegendo os cidadãos contra arbitrariedade e abusos, o que se mostrava impensável no Absolutismo.

Nesse cenário em que o Estado de Direito passou a limitar o exercício do poder pelo governante, prevenindo arbitrariedade e abusos, garantindo aos cidadãos direitos mínimos que lhes eram essenciais, surgem os "direitos individuais fundamentais", classificados pela doutrina como "de primeira geração", que decorrem da própria condição de ser humano. São direitos que exigem do Estado uma postura negativa, compreendendo vida, liberdade, propriedade, segurança, etc. Concomitante a tais direitos, surgiram as garantias fundamentais, idealizadas como instrumentos para exercício dos direitos individuais fundamentais, citando-se o *habeas corpus*, que visa a assegurar o direito à liberdade.

No entanto, a igualdade formal ensejou o aumento crescente de desigualdades sociais e a expansão do capitalismo, desencadeando a Revolução Industrial e a Revolução Russa de 1917, organizando-se os trabalhadores para resistir à exploração da mão-de-obra. E, como tentativa de frear o movimento de operários, a burguesia ofertou os seguintes mecanismos, que

criaram o Estado Social (ou Estado do Bem-Estar): intervenção do Estado na economia; observância do princípio da igualdade material e distribuição da justiça social.

Assim, a igualdade formal, que marcava o Estado Liberal, cedeu à igualdade material, característica do Estado Social, consagrando direitos sociais. Não obstante, apesar do avanço, o Estado Social não conseguiu garantir a distribuição da justiça social, tampouco efetivou a participação democrática do povo na formação da vontade do Estado de Direito. Por essa razão, como tentativa de sanar as deficiências, idealiza-se o "Estado Democrático de Direito", que consagra a participação democrática do povo e a supremacia da legalidade.

No cenário brasileiro, o modelo de participação democrática transmuda-se para plurirracial, observada a miscigenação do povo, elemento da identidade. Isso sinaliza a evolução do pensamento jurídico, que parte de uma postura monista, centralizadora e hegemônica, para outra pluralista, diversificadora e solidária. (Jobim, 2022, p. 246).

É nesse contexto que surgem os direitos de "terceira geração", caracterizados pela titularidade difusa ou coletiva, vez que são concebidos, não para a proteção do homem isoladamente, mas para coletividades, grupos, tais como o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, etc.

Sobre esses momentos históricos de surgimento dos direitos fundamentais, a doutrina aponta para gerações ou dimensões, pontuando, todavia, que uma geração não fulmina a existência de outra, conforme se expõe:

> Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. (Mendes; Branco, 2017, p. 136).

Direitos fundamentais, em suma, são compreendidos como elementos estruturantes da organização político-social republicana, gozando de proteção constitucional, pois deles se extrai a legitimidade democrática do Estado de Direito, além de integrarem o núcleo essencial da Constituição material. (Sarlet, 2015a, p. 97).

Oportuno, neste ponto, distinguir "direitos humanos" e "direitos fundamentais". Na lição de Sarlet (2015a, p. 29), os primeiros, "direitos humanos" revestem-se de caráter supranacional, cuja validade busca ser universal para todos os povos e tempos; os segundos, "direitos fundamentais" são aqueles reconhecidos e positivados na esfera interna do sistema

jurídico de um Estado, com escopo de proteção voltado para seus cidadãos, guardando vinculação com a própria identidade daquele ente político. Sejam denominados “direitos humanos” sejam “direitos fundamentais”, certo é que a dignidade da pessoa humana fundamenta toda ordem estrutural dos direitos.

Mas, a despeito dos movimentos constitucionais, a história revela cicatrizes indeléveis na dignidade humana, que remontam ao colonialismo, pós-colonialismo até o pensamento descolonial, refletidas no ordenamento jurídico, como um todo. Faz-se, pois, necessária a incursão nesses conceitos.

O ponto de partida remonta ao “colonialismo”, período marcado pela expansão territorial advinda das navegações e descobertas de novos continentes, que se mostrou fundamental para o projeto cultural capitalista.

No Brasil, os povos colonizadores impuseram seus costumes, saberes e comportamentos sobre os povos colonizados, considerando-os inferiores, subjugando-os e forçando-os, a ponto de desumanizá-los e tratá-los como objeto, indignos de respeito e de reconhecimento que lhes eram inerentes à condição humana, tudo com intuito de explorar a mão-de-obra e os recursos naturais advindos das terras descobertas. Daí advém o “eurocentrismo”, expressão que remete à Europa ocidental como referência social, política e cultural, para todos os povos.

A essas consequências advindas do colonialismo, a doutrina denomina “colonialidade”, compreendida como poder exercido por meio do controle sobre recursos, trabalho, capital e conhecimento de determinado povo.

E, dito de outra forma, apesar de o colonialismo remontar a período histórico da humanidade, já suplantado, as consequências que dele se extraem permanecem latentes nos dias atuais, traduzidas nas ideias de colonialidade do poder, do saber e do ser, cujos significados, apesar de interligados, são diversos entre si.

Colonialidade de “poder” relaciona-se diretamente com a globalização, como forma de propagação do capitalismo eurocentrado, cujo padrão de poder está na classificação por raça, idealizada para legitimar as relações de dominação europeia, pois o padrão do homem europeu era considerado superior. (Quijano, 2005, p. 107).

Colonialidade do “saber” identifica-se como um padrão de conhecimento global, hegemônico, superior e naturalizado. Expressa-se na negação ou menosprezo do conhecimento advindo dos países, que por muitos anos foram denominados colonizadores e se considerados, intelectualmente, superiores. (Lander, 2005).

Colonialidade do "ser" relaciona-se à condição atribuída aos povos, considerados inferiores na condição de humanidade, em comparação com o modelo de homem europeu (branco, racional e civilizado), sendo colocados à margem da sociedade, como forma de fortalecer a dominação e manter a exploração.

Essas reflexões sobre as formas de dominação (cultural, social e política), advindas do colonialismo, conquistaram espaço acadêmico após o rompimento de vínculos entre países colonizados e colonizadores, no período pós-colonial, que remonta à década de 70. Nessa época, emerge o pensamento "descolonial"[1] (ou giro descolonial), marcado por uma abordagem crítica, reflexiva e construtiva que questiona, desafia e rompe com as estruturas de poder e dominação do pensamento colonial, promovendo novas formas de pensar e agir na promoção da justiça, igualdade e autonomia a todos os povos, que foram historicamente marginalizados e oprimidos pelo colonialismo. (Sartori Junior, 2017, p.p. 37-38).

Denota-se que giro descolonial é marcado pela transdisciplinariedade e pluralidade de seus membros, cujos distintos modos de compreender a realidade contribuem para a evolução do movimento. Constituído por intelectuais como Aníbal Quijano, Edgard Lander, Enrique Dussel, Walter Mignolo, Arturo Escobar, Catherine Walsh, Ramón Grosfoguel, entre outros.

Concomitante, emerge o termo "globalização", compreendido como imposição de padrões eurocêntricos a indivíduos e grupos sociais. Na atualidade, ou seja, em pleno neoconstitucionalismo, a globalização instrumentaliza-se na divisão do mundo em países socialmente desenvolvidos, considerados superiores, e os subdesenvolvimentos, inferiores, perpetuando a colonialidade do poder, cujo padrão se alicerça no eurocentrismo e na modernidade, tendo o capitalismo por força motriz.

Extrai-se a compreensão de que a modernidade possui uma face oculta e violenta: a colonialidade, sendo a modernidade e a colonialidade, então, partes indissociáveis, os dois lados

1 Há divergência na doutrina quanto ao termo "descolonial" ou "decolonial". A nomenclatura "decolonial" foi proposta por Catherine Walsh (2009), questionando a centralidade do pensamento hegemônico eurocêntrico (modernismo, pós-modernismo, teoria crítica e estudos pós-coloniais), iniciando o desafio de pensar a partir de outros sujeitos, lugares e concepções de mundo. Para a pesquisadora equatoriana, assim como para o Grupo latino-americano Modernidade e Colonialidade, o significado em espanhol de "des" remete aos verbos desfazer, desmontar, reverter, o que representaria passar de um momento colonial para outro não-colonial, relegando ao esquecimento traços e padrões que o caracterizaram, razão de não ser utilizado o termo "descolonial", preferindo-se "decolonial", como forma de manter viva a lembrança dos atos praticados no passado. No entanto, na língua portuguesa o prefixo "des" não guarda idêntico significado semântico, sendo utilizado, de forma tradicional desde o final do pós-colonialismo africano, em contraposição ao processo histórico de expansão, denominado colonialismo. Dessa forma, por parecer a disputa entre os termos ser meramente semântica ou morfológica, optar-se-á, no presente trabalho, por utilizar o termo "descolonial".

de uma mesma moeda. Isto é, somente é possível a compreensão adequada da modernidade à luz da colonialidade, pois uma não existe sem a outra. (Quijano, 2000, p. 343).

A "colonialidade" configurou o "lado obscuro e necessário da modernidade" e continua a representar a propagação do pensamento colonial, sendo uma matriz que se expressa essencialmente em relações dominantes de "poder", "saber" e "ser". (Ballestrin, 2013).

No contexto brasileiro, a história de opressão e subalternização, com origem no colonialismo, perpetuou as formas de colonialidade em face da preservação do discurso hegemônico de um modelo civilizatório, que vincula a miscigenação do povo brasileiro à ideia de inferioridade e incapacidade. A virada epistemológica advém da promulgação da Constituição Federal de 1988, resultado do protagonismo de atores sociais e de intensas lutas políticas, fortalecidas pelo cenário internacional (pós-Segunda Guerra), que culminaram com a positivação dos direitos considerados essenciais ao homem e no respeito à diversidade cultural.

Inegável, portanto, que a Constituição de 1988, gestada no ciclo neoconstitucional, permite contestar o modelo hegemônico eurocêntrico a partir de histórias e racionalidades que foram tornadas invisíveis pela lógica da colonialidade e da globalização. Nesse escopo, impõe-se uma releitura do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, no sentido de reconhecimento de uma abertura para novas perspectivas teóricas ou mesmo de valores, superando posturas rígidas e formais. Não é demasiado afirmar que, pertencer o poder ao povo (resultado da miscigenação entre índios, negros e brancos), que o exerce de forma igualitária, por meio do voto universal e periódico, indígenas e quilombolas detêm legitimidade, como qualquer outro integrante da sociedade brasileira, para participar da formação da vontade do Estado.

3. (DES) CONSTRUÇÃO DA LÓGICA COLONIAL SOBRE DIGNIDADE HUMANA

Delimitar o significado, o conteúdo e alcance da expressão "dignidade humana" constitui tarefa impossível, quando realizada em abstrato. Por sua natureza jurídica vaga e ambígua, cumpre ao intérprete realizá-la no caso concreto, o que se fará, no presente tópico, em relação às etnias indígenas e quilombolas.

A dignidade sempre foi vinculada à condição e à expressão do ser humano, ou seja, pelo simples fato de existir, o homem traz em si a dignidade como valor intrínseco, de cunho eminentemente abstrato. Ocorre que essa concepção decorre de um modelo hegemônico de conhecimento, passível de ser contestado. Afinal, a dignidade pode ser compreendida sob novas condições, valores e/ou dimensões, por meio de uma releitura descolonial da eficácia.

No ponto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) destaca a dignidade como valor individual e inerente a todos os seres humanos, dispondo em seu art. 1º: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. "

Nesse espírito, a Constituição de 1988 inovou na ordem jurídica ao positivar a dignidade humana, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como ao enunciar os direitos fundamentais, antes de qualquer outra disciplina, priorizando o direito das pessoas em detrimento das instituições.

Sobre esse *status* jurídico-normativo que a dignidade humana ocupa no ordenamento constitucional pátrio, oportuno transcrever:

> A centralidade da pessoa humana, tratada não como meio, mas como fim da ordem jurídica e do Estado, revela-se logo na organização da Lei Maior. Se as constituições anteriores começavam disciplinando a estrutura estatal e só depois enunciavam os direitos fundamentais, a Carta de 88 faz o oposto, principiando pela consagração dos direitos das pessoas. A inversão não foi gratuita. Trata-se de modelo adotado em diversas constituições europeias do 2º pós-guerra, que indica a absoluta prioridade dos direitos fundamentais em nosso sistema jurídico. Tal prioridade, por outro lado, se entrevê também na elevação dos direitos fundamentais à qualidade de cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inciso IV, CF), o que ocorreu pela primeira vez na história de nosso constitucionalismo. Como cláusulas pétreas, os direitos são garantidos como "trunfos", postos ao abrigo da vontade das maiorias políticas, mesmo as mais qualificadas. (Sarmento, 2020, p.p. 111-112).

Incontestável, que, a despeito das características fenotípicas, diversidades socioculturais dos povos, todas as pessoas são detentoras de igual dignidade, por sua condição humana e necessidades vitais, revelando-se aquela como valor absoluto e insubstituível do ser humano.

Não obstante, se por um lado, não há dúvidas de que o Constituinte centralizou a pessoa humana como fim da ordem jurídica e do próprio Estado de Direito; por outro lado, não se pode extrair a conclusão de que tenha restringido o valor da dignidade à esfera existencial e individual do ser humano. Até porque, como valor absoluto, a dignidade não constitui apenas uma qualidade inata da pessoa, corresponde também a valores culturais e sociais, transmitidos em gerações, que contribuem para o desenvolvimento da personalidade do ser humano. Aliás, essa é a razão pela a doutrina afirma que a dignidade da pessoa humana configura limite e tarefa dos poderes estatais.

A respeito:

> [...] há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza do homem (no sentido de

> uma qualidade inata), na medida em que a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual a dimensão natural e a dimensão cultural da dignidade humana se complementam e interagem mutuamente. É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não ode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guia as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício d dignidade, sendo, portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria o elemento mutável da dignidade). (Sarlet, 2015a, p. 103)

Defende-se, pois, que, sendo o ser humano um ser social, por natureza, a dignidade deve corresponder, não só à sua condição existencial, individualmente considerada, mas também à relação com os outros, ou seja, a convivência em sociedade. Por essa razão, aponta-se para existência de uma dimensão comunitária (ou social) da dignidade da pessoa humana, compreendida na relação estabelecida entre os seres humanos, uns com os outros, no contexto de um grupo social.

Em corroboração ao entendimento, transcreve-se:

> Por outro lado, não se descarta uma dimensão comunitária (ou social) da dignidade da pessoa humana, na medida em que todos são iguais em dignidade e como tais convivem em determinada comunidade ou grupo. Nesse contexto, assume relevo a lição de Pérez Luño, que, arrimado na doutrina de Werner Maihofer, sustenta uma dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais (do ser com os outros), em vez de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual. Mesmo assim, não se admite, em princípio, o sacrifício da dignidade pessoal em favor da comunidade, já que a dignidade, como (ao menos também) qualidade inerente a cada ser humano, deste não ode ser retirada, perdendo-a apenas quando lhe faltar a vida, sem prejuízo dos – já reconhecidos – efeitos *post mortem* da dignidade. (Sarlet, 2015a, p. 104)

Essa dimensão comunitária (ou social) diz respeito a tudo aquilo que guarda relação com a pretensão de respeito e consideração do grupo, compreendida na relação com o Estado e com outros indivíduos da sociedade brasileira, que aqui se denomina “dignidade étnica”.

Dito isso, afirma-se que indígenas e quilombolas, são livres e iguais em direitos e dignidade, compreendida a dignidade étnica não só na dimensão individual da existência humana, mas também na dimensão comunitária (social), concretizada na relação estabelecida com os demais indivíduos da sociedade brasileira.

Na perspectiva descolonial, portanto, a compreensão sobre o significado e o conteúdo da dignidade humana não se limita à dimensão individual da existência do homem, mas admite formas diversas, através da releitura social desse valor. Claro que não se está a afirmar que o interesse comunitário justificaria eventual ofensa à dignidade individual, pois isso representaria uma inversão de valores, à medida em que, para existir coletividade, antes é preciso o homem existir individualmente.

Em apertada síntese, a dignidade humana apresenta-se como valor abstrato, que se concretiza através da efetivação dos direitos fundamentais e, apesar de não integrar o núcleo essencial destes, constitui fundamento de todo sistema dos direitos fundamentais, além de norma legitimadora da ordem estatal e jurídica. Eis a razão para se enfrentar a temática dos direitos fundamentais com a compreensão de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade e, com base nesta, devem ser protegidos, aplicados e interpretados. (Sarlet, 2015a, p.p. 108 e 110).

4. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DE INDÍGENAS E QUILOMBOLAS

A dignidade, como valor abstrato e inerente, exige respeito incondicional traduzido pelo dever do Estado em garantir ao ser humano patamares mínimos de bem-estar que lhe permitam conviver, sobreviver e se identificar em sociedade, seja no aspecto individual seja no coletivo. E, por ter sido afirmada, no tópico anterior, a dignidade étnica das comunidades tradicionais, cumpre, nesse momento, refletir sobre eventual fundamentalidade dos direitos coletivos de indígenas e quilombolas e, por consequência, sobre as garantias fundamentais.

Identificam-se, de pronto, como fundamentais todos os direitos imprescindíveis para garantir a existência do ser humano e sua sobrevivência em condições dignas, sendo esses direitos integrantes ou não do catálogo constitucional, estando ou não escritos (mais especificamente, aqueles mencionados no art. 5º, §2º, CF/88). Na melhor hermenêutica, os direitos fundamentais não se restringem às garantias e direitos individuais, abrangendo os direitos sociais, políticos, coletivos e de nacionalidade. (Sarlet, 20105a, p. 95).

A partir dessa compreensão, situam-se os direitos fundamentais em um contexto de unidade e indivisibilidade, apesar das múltiplas funções que desempenham na ordem jurídica. A doutrina, nessa linha, classifica os direitos fundamentais de acordo com a função que prepondera no momento de sua aplicação, ou seja: fundamentais de defesa; de participação e prestacionais (ou direito fundamental material à prestação).

Os direitos fundamentais de defesa têm por objeto a proteção da liberdade e da igualdade abstrata; prepondera a função de limitar o poder estatal, exigindo do Estado uma conduta omissiva. Os direitos fundamentais de participação, a seu turno, constituem a possibilidade de os indivíduos participarem da formação da vontade do Estado, por meio do exercício da cidadania, como o voto. Já os direitos fundamentais prestacionais têm por objeto a igualdade material e, portanto, demandam uma posição ativa do poder público para atenuar as desigualdades sociais, por meio de tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição de recursos públicos. Mas, seja qual for a função, os direitos fundamentais possuem índole ambivalente, ou seja, transmudam-se entre uma ou outra classificação, a depender da subsunção ao caso concreto. (Mendes; Branco, 2017, p.p. 158-160).

Saliente-se, ainda, viger, em favor das normas fundamentais, a presunção de aplicabilidade imediata, cumprindo aos Poderes Constituídos otimizar a máxima eficácia possível para concretização da dignidade humana (art. 5º, §1º, CF/88). Entretanto, não há direitos fundamentais absolutos, pois, nenhum direito está blindado contra qualquer tipo de restrição, tampouco alheio à contextualização e à restrição, especialmente no cenário brasileiro, marcado por constantes transformações econômicas e sociais que alvejam do horizonte qualquer grau de estabilidade. Afirma-se, pois, que os direitos fundamentais podem ser restringidos no caso concreto; porém, a restrição não pode, de forma alguma, atingir a essência do valor da dignidade, enquanto condição irrenunciável e inalienável do ser humano.

Ante o exposto, sustenta-se serem fundamentais os direitos atribuídos a indígenas e quilombolas, na sua dimensão coletiva, apesar de alguns não constarem no catálogo constitucional. A assertiva decorre do núcleo essencial, cuja parcela de conteúdo está atrelada à identidade do povo brasileiro, miscigenada em sua gênese.

Acrescente-se que tais direitos possuem as mesmas características dos demais direitos fundamentais, quais sejam: historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência, irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade. (Lenza, 2007, p.p. 696-697). Por historicidade, entenda-se o caráter histórico, cuja existência é anterior à colonização e persiste até os dias de hoje; por universalidade, entenda-se o caráter supranacional que se propaga para todas as comunidades tradicionais em todos os territórios; por limitabilidade, entenda-se que, por não haver direitos absolutos, podem sofrer restrição quando sopesados com outros direitos e/ou valores constitucionais; por concorrência, entenda-se que podem ser exercidos cumulativamente; por irrenunciabilidade, entenda-se que os direitos não são passíveis de renúncia, podendo, todavia, não serem exercidos; por inalienabilidade, entenda-se serem direitos indisponíveis; por imprescritibilidade, entenda-se que, por serem vinculados à

personalidade, não são atingidos pela prescrição, que se restringe a direitos de caráter patrimonial; por fim, acrescente-se, a abstração, que diz respeito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições de cada etnia. (Silva, 2015).

Pontuado isto, sob o prisma das gerações e da função preponderante, os direitos fundamentais das comunidades tradicionais, indígenas e quilombolas, são classificados como de terceira geração e prestacionais, inseridos dentre os de solidariedade. (Silva, 2015).

Ressalta-se, todavia, que o reconhecimento como fundamentais atrela-se à coletividade dessas etnias, que remete à peculiaridade da forma de existir e de se relacionar com o Estado de Direito e sociedade em geral, justificativa para demandar proteção quanto ao conteúdo e alcance (denominado núcleo essencial), sob manto das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF/88). No aspecto individual, os direitos fundamentais de seus integrantes são os mesmos para todos os demais da sociedade brasileira.

Dessa forma, aponta-se, como núcleo essencial dos direitos indígenas, o art. 231 da Constituição Federal, do qual se extraem garantias, cujo detalhamento é reforçado nos direitos sociais, em especial artigo 210, §2º, que prevê ensino fundamental ministrado na língua materna, além de processos próprios de aprendizagem; e, artigo 215, que remete à valorização e difusão da cultura. Em relação às comunidades quilombolas, aponta-se, como núcleo essencial dos direitos fundamentais, sem excluir outros (decorrentes ou não do Texto Constitucional, integrantes ou não do catálogo, escritos ou não), o art. 68 do ADCT, que reconhece o direito à territorialidade e, do qual, se extraem garantias fundamentais, cujo detalhamento é reforçado em outros dispositivos, em especial artigo 216, §5º, que prevê tombamento de todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas.

Percebe-se, em comum, que os direitos fundamentais dessas comunidades tradicionais se entrelaçam ao direito territorial, o que não poderia ser diferente, já que o território representa para cada etnia a expressão de sua própria existência e dignidade, daí se extraindo a relevância de que seus integrantes sejam ouvidos e possam defender, em juízo ou fora dele, os interesses comunitários.

Para além disso, identificam-se os direitos dos povos indígenas e quilombolas, em sua maioria, como fundamentais a prestação, consagrados nos direitos sociais (saúde, assistência, previdência social, educação), respeitadas as peculiaridades culturais que forjam a identidade étnica de cada povo, o que se concretiza na expressão coletiva da liberdade de consciência (ancestralidade e memória), de pensamento, de culto e proteção da honra, imagem, dentre outros.

E, por constituírem direito material a prestação, não se pode olvidar da relevância da dimensão econômica e social, que reflete na eficácia, a significar que, para garantir o exercício em sua plenitude, o Estado depende da existência de suficientes recursos econômico-financeiros. No entanto, se, por um lado, dispõe o poder público de espaço de discricionariedade para atuar na esfera dos direitos prestacionais; por outro, verifica-se sofrer limitação material pelo princípio normativo da dignidade humana. Afinal, ainda que a dignidade humana não integre o núcleo dos direitos fundamentais, forçoso reconhecer que, por estruturar toda ordem constitucional, o valor constitui diretriz de atuação dos Poderes Constituídos na busca constante pela máxima efetividade possível e aplicabilidade imediata das normas fundamentais.

É nesse contexto que se afirma que a dignidade, como valor supremo da ordem constitucional, exige respeito incondicional traduzido no dever do Estado em garantir patamares mínimos de bem-estar que permitam ao ser humano conviver, sobreviver e se identificar como tal em sociedade, seja no aspecto individual seja no coletivo (social).

Não à toa que a Lei Maior instituiu, como um dos objetivos da República Federativa, a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, inc. III), o que, sem dúvida, reflete no dever do Estado de atenuar as desigualdades sociais, por meio de ações afirmativas e políticas públicas. Mas, para isso, faz-se necessária a oitiva dos grupos étnicos, indígenas e quilombolas, permitindo que o próprio indivíduo aponte suas necessidades, dando-lhe o devido reconhecimento e respeito.

Dito isto, sendo a dignidade um valor abstrato que se concretiza através dos direitos fundamentais, com intuito de assegurar o pleno exercício destes, previu o Constituinte originário instrumentos que viabilizem reparar eventual violação à norma, denominados "garantias fundamentais". Na temática em estudo, destaca-se o direito de participação de indígenas e quilombolas em processos que envolvam seus interesses, enquanto coletividade.

Essa garantia instrumentaliza-se por meio da "consulta" prévia, livre e informada, reconhecida na Convenção nº 169, da OIT e internacionalizada pelo Decreto-Presidencial nº 10.088/2019, por força do art. 5º, §2º, CF/88. (OIT, 1989) (Brasil, 2019).

Trata-se, em verdade, do exercício do direito fundamental de acesso à justiça, instrumentalizado pela participação das comunidades em questões que envolvam interesses próprios, manejado através da consulta prévia, livre e informada, o que, não se pode deixar de ressaltar, configura outra ruptura definitiva da colonialidade do poder, à medida em que, ao possibilitar a participação e enaltecer a oitiva, reconhece-se indígenas e quilombolas como indivíduos dotados de plena capacidade, dotados de autonomia para que enaltece a dignidade étnica de cada grupo.

Percebe-se, pois, que, com o advento da Constituição de 1988, houve drástica mudança na relação histórica estabelecida entre Estado e comunidades tradicionais, fazendo com que o autoritarismo cedesse à valorização da dignidade humana de cada etnia, rompendo com as estruturas de poder e dominação do pensamento colonial, com impacto na compreensão, aplicação e interpretação dos direitos considerados essenciais ao ser humano, admitidas novas formas de pensar e agir na promoção da justiça, igualdade e autonomia dos povos.

5. PAPEL DOS PODERES CONSTITUÍDOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A COMUNIDADES TRADICIONAIS

A Carta Política consagra a tripartição do poder em Executivo, Legislativo e Judiciário, definindo suas tarefas precípuas: ao Executivo, a gerência do Estado e observância das leis promulgadas e aprovadas; ao Legislativo, a elaboração das leis; ao Judiciário, o controle dos atos dos demais poderes, mediante interpretação, integração e aplicação das normas.

Mas, sob a perspectiva descolonial, o que se espera dos Poderes Constituídos?

Para responder a essa indagação, parte-se da premissa de que o Estado Democrático de Direito, sob a concepção do bem-estar social, assume o dever afirmativo de melhoria da qualidade de vida dos integrantes da sociedade. Para cumprir com esse dever, observada a realidade plural e aberta da sociedade brasileira, deverão os Poderes atuar para atribuir máxima eficácia possível às normas fundamentais, com ênfase para o resgate e empoderamento de interesses e valores das comunidades tradicionais, visando à reparação da dívida histórica que remonta aos tempos coloniais.

Nesse sentido, ao Judiciário, por sua natureza contramajoritária, o dever se cumprirá através da tutela de direitos da minoria, na proteção dos direitos fundamentais e, ao fim, da própria legitimidade democrática, estruturada no valor supremo da dignidade da pessoa humana.

Ao Executivo e Legislativo, cujos representantes são eleitos pelo povo, o dever afirmativo será contemplado por meio da destinação, distribuição e remanejamento dos recursos públicos, bem como eleição e implemento de ações afirmativas e políticas públicas, necessárias e adequadas à satisfação das necessidades reais da sociedade, com prioridade para agrupamentos indígenas e quilombolas, por constituírem estes minorias em acentuada condição de vulnerabilidade, promovendo-se, assim, a máxima eficácia possível aos direitos fundamentais.

Interessante pontuar que as ações afirmativas constituem políticas públicas de discriminação positiva, que atribuem maior densidade normativa a direitos fundamentais a prestação, o que reforça o compromisso do Estado Democrático, idealizado na concepção social, de promover a igualdade material entre todos na sociedade brasileira. Não se trata de criar divisões ilegítimas na sociedade, mas sim de promover a inclusão de grupos vulneráveis dentre os que já representam uma minoria social, concretizando a igualdade substancial com respeito à diversidade étnica.

Mas, uma vez pontuado que os direitos da coletividade indígena e quilombola são, em sua maioria, fundamentais a prestação, cuja eficácia depende do implemento de ações afirmativas e políticas públicas, as quais, por sua vez, demandam atuação do poder público de acordo com a realidade orçamentária, qual a solução jurídica para garantir a máxima eficácia às normas fundamentais?

Parte-se da adoção de um planejamento sustentável pelos representantes eleitos pelo povo, para que se garanta um padrão mínimo de implementação das prestações sociais. Até porque, satisfeita determinada prestação, esta passa a integrar o patrimônio do indivíduo, não admitindo mais supressão ou restrição – a que a doutrina denomina "proibição de retrocesso", interpretada como princípio implícito de proteção dos direitos fundamentais, atrelado à segurança jurídica – estruturante do Estado de Direito.

Não se conclua, no entanto, que o poder público dispõe de poder absoluto para eleger políticas públicas, decidir sobre a aplicação e destinação de recursos ou até mesmo quedar-se omisso. O limite advém do valor da dignidade humana, impondo que se estabeleça um patamar mínimo existencial para proteção do núcleo essencial, consistente em assegurar um mínimo de eficácia e efetividade à norma definidora do direito fundamental.

É nesse cenário que o Judiciário se legitima a atuar para concretizar os direitos fundamentais, cujo argumento encontra reforço na garantia constitucional que prevê a inafastabilidade do controle judicial, autorizando juízes e tribunais a assegurar, mediante prévia provocação, a efetiva fruição do objeto da prestação (art. 5º, inc. XXXV, CF/88).

Admite-se, assim, a intervenção jurisdicional no controle de condutas omissivas e/ou deficitárias na implementação de prestações sociais, quando a inércia do poder público acarretar ameaça ao conteúdo e alcance da norma. Ou seja, se, por um lado, constitui tarefa precípua do legislador delimitar o mínimo necessário para proteger o núcleo essencial do direito fundamental, observados os impactos socioeconômicos gerados com a implementação prestacional; por outro, não poderá, sob qualquer justificativa, violar a dignidade humana, enquanto valor estruturante da ordem jurídica, consolidando o dever de garantir condições

mínimas de existência e de sobrevivência a todos; caso assim não faça, legitima-se o Judiciário a intervir, mediante prévia provocação, não havendo falar em violação à separação dos poderes.

Mas, em termos práticos, não bastará, frente a condutas omissivas ou deficitárias, condenar o poder público à obrigação de fazer, reconhecendo a mora legislativa, nem se revelará suficiente condená-lo ao pagamento de indenização, pois estará o próprio Judiciário incorrendo em conduta deficitária na proteção ao núcleo essencial do direito fundamental. Cumprirá, nessas hipóteses, a juízes e tribunais, no exercício do controle sobre a omissão e/ou deficiência estatal, concretizar o direito fundamental, concedendo próprio objeto da prestação material. Poder-se-ia, assim, questionar, no desenvolvimento do raciocínio, se o Judiciário detém legitimidade para analisar, definir e eventualmente alterar o "padrão do mínimo existencial"?

A resposta parte da análise do preâmbulo da Constituição, no qual se constata que a República Federativa do Brasil apresenta a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Atentando-se para esses valores axiológicos, que estruturam a ordem constitucional, delimita-se o conceito de "padrão existencial mínimo" como implemento da "igualdade de oportunidades" para todos os cidadãos, de forma a permitir que tenham acesso às prestações sociais, em condições paritárias, sem discriminações de qualquer espécie. E, não poderia ser diferente; afinal, o ideal de construção de uma sociedade fraterna e solidária demanda respeito e afeiçoamento "a" causa e "pela' causa do outro, em estreita vinculação com dignidade humana, que abrange mais do que a mera sobrevivência física do ser.

No contexto da proteção e da efetividade dos direitos fundamentais a comunidades indígenas e quilombolas, cumpre ao Legislativo definir os contornos do padrão mínimo social em matéria de prestações materiais, seja para os cidadãos, individualmente considerados, seja para grupos étnicos, zelando para que haja igualdade substancial de oportunidades. Ao Executivo, implementar ações afirmativas e políticas públicas, com base na destinação e distribuição de recursos públicos realizada pelo Legislativo, para satisfação das reais necessidades das comunidades tradicionais, promovendo, com isso, a redução das desigualdades sociais. Ao Judiciário, por sua vez, cumpre exercer o controle de constitucionalidade sobre condutas omissivas e/ou comissivas, que gerem desvios de finalidade e importem flagrante discriminação e/ou supressão/restrição de direitos e garantias fundamentais, reparando o esvaziamento do núcleo fundamental da norma.

Em suma, Executivo, Legislativo e Judiciário constituem instrumentos possíveis de serem utilizados para romper, em definitivo, com as diversas formas de colonialidade, à medida

em que o próprio Estado de Direito, que centraliza o poder tripartido, assumiu o dever afirmativo de promover a melhoria da vida de seus cidadãos. Para além disso, a ordem democrática legitima-se através da efetiva proteção dos direitos fundamentais, e, dessa forma, concretiza o valor dignidade humana, seja na dimensão de existência individual do indivíduo, seja na dimensão comunitária (social) do ser, afirmando-se as peculiaridades de cada etnia, em detrimento ao modelo capitalista e da globalização. Esse é o caminho para que, de maneira independente e harmônica, os três poderes atribuam a máxima efetividade possível aos direitos fundamentais de comunidades tradicionais, contribuindo para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos e discriminações de qualquer espécie.

6. CONCLUSÃO

A República Federativa do Brasil, inspirada em valores liberais e plurais, que emergiram no neoconstitucionalismo, instituiu o Estado Democrático de Direito, sob viés do bem-estar social, assumindo o poder público o dever afirmativo de melhoria da qualidade de vida de seus cidadãos, o que representou uma drástica mudança na relação estabelecida entre Estado e povos originários e tradicionais, vez que o autoritarismo cedeu lugar à valorização da dignidade humana.

Não há dúvida de que a Constituição 1988 centralizou a pessoa humana não como meio, mas como fim da ordem jurídica e do próprio Estado de Direito, o que se revela logo no início do Texto Maior. Por essa razão, a dignidade humana constitui valor axiológico estruturante da ordem jurídica, sendo considerada fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos daquela. (Sarlet, 2015a, p. 110).

Mas, por sua natureza jurídica ser vaga e ambígua, a dignidade humana somente se concretiza na proteção e efetivação dos direitos fundamentais, dela se extraindo a necessidade de que sejam assegurados patamares mínimos de bem-estar que permitam ao ser humano conviver, sobreviver e se identificar como tal em sociedade, seja no aspecto individual seja no coletivo (social).

Por essa ampla dimensão, compreende-se a dignidade, não só como condição existencial, individualmente considerada do ser humano, mas também como relação estabelecida com os outros, em sociedade, repensando-se, dessa forma, seu conteúdo e eficácia, para enaltecer subjetividades étnicas há muito subalternizadas pelo modelo hegemônico de conhecimento eurocêntrico.

E, justamente, por meio da compreensão da dignidade étnica de indígenas e quilombolas, que se reconhece a fundamentalidade dos direitos atrelados aos jeitos, saberes e modos de viver peculiares de cada comunidade, inseridos dentre os de solidariedade (terceira geração), quer constem ou não do catálogo constitucional, pois essenciais à identidade do povo brasileiro, demandando proteção de conteúdo e alcance (denominado núcleo essencial), sob o manto das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF/88).

Rompe-se, de forma inegável, com uma das formas de colonialidade do poder, ao se reconhecer os direitos a indígenas e quilombolas, na sua expressão coletiva, como fundamentais, através da releitura dos conceitos doutrinários de valores que, antes eram considerados, apenas na individualidade, essenciais ao homem, e agora passam a abranger outras formas de viver, mais especificamente a maneira pela qual os indivíduos coletivamente se expressam e interagem em sociedade.

Em suma, sob perspectiva descolonial, promove-se nova leitura e interpretação do Estado Democrático de Direito, para que seja superado o monismo jurídico estatal, a hegemonização de específicos interesses étnicos e/ou de classe e a visão individualista dos direitos fundamentais, fazendo com que o ordenamento jurídico seja manejado como instrumento de transformação social da realidade a indígenas e quilombolas, concretizando-se valor dignidade étnica por meio do reconhecimento e da efetiva proteção dos direitos fundamentais, expressos no bem-viver coletivo, sem distinção ou discriminação por ancestralidade étnica, em consonância com o objetivo da República Federativa de que a sociedade brasileira seja plural, livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, CF/88).

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2024.

BALLESTRIN, Luciana. **América Latina e o giro decolonial.** Revista Brasileira de Ciência Política. Brasília: Universidade de Brasília, v. 2, p. 89-117, 2013. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-33522013000200004. Acesso: 01/05/2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 27/04/2024.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 05 de novembro de 2019.** Dispõe sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2019. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso: 05/05/2024.

JOBIM, Marcelo Barros. **Constitucionalismo Decolonial: a questão da autonomia quilombola no Brasil.** São Paulo: Editora Dialética, 2022.

LANDER, Edgardo (org.). **A colonialiade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: Clasco, 2005. Disponível em: https://ufrb.edu.br/educacaodocampocfp/images/Edgardo-Lander-org-A-Colonialidade-do-Saber-eurocentrismo-e-ciC3AAncias-sociais-perspectivas-latinoamericanas-LIVRO.pdf . Acesso: 01/05/2024.

LENZA, Pedro. **Direito Consittucional Esquematizado**. 11 ed. São Paulo: Método, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso: 17/05/2024.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 169, de 1989.** Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf. Acesso: 27/04/2024.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad del poder y clasificación social.** Journal of world-systems research, v. 11, nº 2, p. 342-386, 2000.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In. LANDER, Edgardo (org.). **A colonialiade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: Clasco, 2005. Disponível em: https://ufrb.edu.br/educacaodocampocfp/images/Edgardo-Lander-org-A-Colonialidade-do-Saber-eurocentrismo-e-ciC3AAncias-sociais-perspectivas-latinoamericanas-LIVRO.pdf . Acesso: 01/05/2024.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In. ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Orgs.). **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo.** Florianópolis: Qualis, 2015b.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia.** 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas: uma crítica à tese do "Marco temporal da ocupação"**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Parecer.** 2015. Disponível em: https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/0BD00518.pdf. Acesso: 02/05/2024.

WALSH, Catherine. **Interculturalidade, Estado, sociedade. Lutas (des)coloniais do nosso tempo.** Quito: Universidade Andina Simón Bolivar/Abya-Yala, 2009.