

**DIREITOS FUNDAMENTAIS COLETIVOS DE POVOS INDÍGENAS E
COMUNIDADES TRADICIONAIS¹**

**COLLECTIVE FUNDAMENTAL RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES AND
TRADITIONAL COMMUNITIES**

Paulo Gilberto Cogo Leivas²

Roger Raupp Rios³

Gilberto Schäfer⁴

Dailor Sartori Junior⁵

Resumo: Embora a Constituição Federal de 1988 garanta expressamente direitos coletivos aos povos indígenas e às comunidades tradicionais, existe a dúvida se estes direitos podem ser considerados direitos fundamentais. O artigo busca responder a esta questão a partir da construção jurisprudencial de direitos humanos coletivos no sistema interamericano de direitos humanos e da fundamentação filosófica sobre a existência de tais direitos, relativizando sua origem individualista. Tais aportes, aliados à abertura do catálogo constitucional de direitos fundamentais, permitem afirmar a fundamentalidade dos direitos coletivos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais e, conseqüentemente, conferir-lhes as garantias jurídicas da aplicabilidade imediata e da proteção das cláusulas pétreas.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direitos coletivos; direitos humanos; povos indígenas; comunidades tradicionais.

Abstract: Although the Constitution of 1988 expressly guarantees collective rights to indigenous peoples and traditional communities, there is a question whether these rights can be considered as fundamental rights. The article seeks to answer this question from the jurisprudential construction of collective human rights in the Inter-American Human Rights System and the philosophical foundation on the existence of such rights, relativizing their individualistic origin. These contributions, together with the opening of the constitutional catalog of fundamental rights, allow us to affirm the fundamentality of the collective rights of

¹ Artigo recebido em 6 de agosto de 2017 e aceito para publicação em 20 de agosto de 2017.

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIRITTER/Porto Alegre. Professor de Ética e Direito da Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre (UFCSPA). Membro do Ministério Público Federal na qualidade de Procurador Regional da República.

³ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor no Mestrado e na graduação em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis. Desembargador Federal.

⁴ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor do Curso de Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. Vice-Presidente Administrativo da AJURIS (Associação de Juizes do Rio Grande do Sul).

⁵ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Ética e Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

indigenous peoples and traditional communities and, consequently, to grant them the juridical guarantees of the immediate applicability and protection of the entrenchment clauses.

Keywords: fundamental rights; collective rights; human rights; indigenous peoples; traditional communities.

1. Introdução

Acompanhando o ciclo de reformas constitucionais de países latino-americanos dos anos 80, identificado como “constitucionalismo multicultural” (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 141), e a partir de grande mobilização de organizações indígenas na Constituinte, a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) significou o rompimento de séculos de políticas e textos legislativos que tinham como objetivo a assimilação cultural dos povos indígenas ao modo de vida da sociedade envolvente. Neste sentido, o art. 231 garantiu os direitos à sua organização social, crenças, costumes, línguas, tradições, territórios e educação diferenciada, enquanto que o art. 232 reconheceu-lhes a legitimidade processual para, individual ou coletivamente, ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses, promovendo a superação do regime tutelar. Além disso, pela primeira vez uma constituição brasileira atribuiu aos remanescentes de quilombos o direito à propriedade das terras que estejam ocupando, conforme o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Embora o art. 231 da CF/88 refira-se, em geral, aos “índios” como titulares dos direitos, muitos dos direitos elencados na Constituição são direitos cujos titulares não são os indivíduos indígenas, mas os grupos ou comunidades indígenas. Por exemplo, o § 2º do art. 210 confere literalmente “às comunidades indígenas” o direito à “[...] utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem” (BRASIL, 1988). Além disso, os direitos dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, caput) e dos remanescentes de quilombos à propriedade (art. 68, ADCT) são direitos indivisíveis de titularidade de seus grupos e comunidades.

Os direitos humanos, no plano do direito internacional, e os direitos fundamentais, no plano constitucional, gozam de reconhecimento como direitos preferenciais que obrigam os Estados a seu cumprimento e que dispõem de instrumentos internacionais e domésticos para o seu efetivo cumprimento. Para além dessa eficácia jurídica, os direitos humanos gozam de uma validade moral perante a sociedade e à comunidade internacional, cujo descumprimento pode gerar no mínimo um constrangimento aos Estados em que esses direitos são violados.

Se não há dúvida de que a Constituição Federal reconhece direitos coletivos de comunidades tradicionais remanescentes de quilombos e comunidades indígenas – à exemplo dos citados art. 210, § 2º, e art. 232 –, indaga-se se esses direitos podem ser reconhecidos como direitos fundamentais. A relevância jurídica desta questão decorre das diversas garantias de que são armados os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, tais como a garantia da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º), por meio da qual os direitos fundamentais são aplicados mesmo diante da ausência de legislação regulamentadora, e a garantia das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), que nulifica emendas constitucionais “tendentes a abolir” direitos por ela protegidos.

A Constituição Federal possui uma seção denominada “Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, com cinco capítulos, que abarcam os artigos 1 a 19, mas que não incluem os direitos dos povos indígenas e os direitos das comunidades quilombolas. Entretanto, a literatura e a jurisprudência reconhecem a existência de direitos fundamentais fora do catálogo do Título II: o § 2º do art. 5º dá a base para a abertura material do catálogo dos direitos fundamentais, ao afirmar que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Assim, indaga-se se essa abertura material contempla os direitos coletivos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais que estão enunciados na Constituição Federal fora do Título II, e também em instrumentos internacionais de direitos humanos. Embora esse debate esteja praticamente ausente da literatura constitucionalista, no campo da fundamentação dos direitos humanos há uma controvérsia que pode ser sintetizada do seguinte modo: existem direitos humanos coletivos ou apenas direitos humanos dos membros destas coletividades?

A análise desse debate na literatura e na jurisprudência internacional sobre direitos humanos torna-se, então, imprescindível para a o desenvolvimento do tema no campo do direito constitucional e dos direitos fundamentais, razão pela qual, nos dois primeiros capítulos, abordaremos os direitos humanos coletivos no campo do direito internacional dos direitos humanos e na fundamentação dos direitos humanos. Esses estudos subsidiarão o terceiro capítulo, em que discutiremos propriamente o objeto do artigo, ou seja, a existência dos direitos fundamentais coletivos na Constituição Federal de 1988.

2. Direitos humanos coletivos nos sistemas global e interamericano de direitos humanos

A linguagem da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, assim como a de muitos outros instrumentos de direitos humanos que lhe sucederam, é clara quanto à afirmação de que os sujeitos de direitos humanos são somente indivíduos⁶. Em 1960, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Resolução nº 1514, também conhecida como “Declaração sobre a Descolonização”, que afirma o direito de todos os povos à livre determinação. Entretanto, o entendimento naquele momento era de que essa resolução somente se aplicava aos povos submetidos ao colonialismo europeu (SANTOS, 2014, p. 41). Os povos indígenas tiveram de esperar até 1989, quando foi aprovado, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Convenção nº 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989).

A Convenção nº 169 revoga e substitui a Convenção nº 107 da OIT, de 1957, e até hoje é o mais importante instrumento normativo internacional para proteção dos povos indígenas e tribais. Entre tantos outros direitos elencados, estão os direitos ao autorreconhecimento (art. 1º), à consulta prévia (art. 6º), ao desenvolvimento (art. 7º), à aplicação de suas normas penais (art. 9º) e à propriedade das terras tradicionalmente ocupadas (art. 14). Ela rompeu com o paradigma integracionista que marcava a Convenção nº 107 – pela qual os índios eram meros objetos de políticas públicas destinadas a transformá-los em trabalhadores rurais – e os tornou sujeitos de direitos, como indivíduos indígenas e como coletividades indígenas.

⁶ Nos trabalhos preparativos para a Declaração, a União de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) propôs uma redação ao art. 2.2 para que fossem reconhecidos direitos de todos os povos à autodeterminação nacional e das minorias nacionais ao emprego de suas próprias línguas (CLAVERO, 2014, p. 27). A proposta aprovada, entretanto, não faz nenhuma menção a povos ou minorias: “Art. 2.2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania” (ONU, 1948). Segundo Clavero (2014), os primeiros tratados de direitos humanos continham cláusulas forçadas pelos países colonialistas para reconhecer formalmente a existência de territórios “sob administração fiduciária” ou “não-autônomos”, à exemplo do Art. 2.2 da Declaração Universal. Embora houvesse a proibição de discriminação de direitos às populações destes territórios, o reconhecimento formal do colonialismo colocava em cheque a pretensa universalidade dos direitos humanos e bloqueava a livre determinação dos povos através de uma cláusula de aparente inclusão, chamada “cláusula colonial” (CLAVERO, 2014, p. 105). Em relação aos povos indígenas, tampouco a cláusula de não discriminação a eles se aplicava – somente aos países colonizados –, excluindo-os deliberadamente da proteção internacional. Sobre as discussões paralelas da Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, também de 1948, Clavero identifica que países como o Brasil entendiam que a assimilação dos povos indígenas era normal, e que, portanto, não poderiam ser sujeitos desses direitos universais, o que demonstra a prática de “colonialismo interno” (CLAVERO, 2014).

A Convenção nº 169 é o ponto de inflexão sobre o reconhecimento de grupos e comunidades tradicionais como sujeitos de direitos humanos:

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.
2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989).

Como se pode ver, a linguagem da Convenção nº 169 é clara quanto à titularidade de direitos pelos povos: “uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos *desses povos*”, “a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais *desses povos*” (art. 2º); “Os *povos indígenas e tribais* deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais”, “que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos *povos interessados*” (art. 3º); “consultar os *povos interessados*, mediante procedimentos apropriados” (art. 6º); “os *povos interessados* [...] poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos” (art. 12) (OIT, 1989, grifo nosso).

No âmbito das Nações Unidas, a sua Assembleia Geral, na 107ª sessão plenária, ocorrida em 13 de setembro de 2007, aprovou, quase por unanimidade⁷ a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DDPI). A DDPI declara um conjunto de direitos de povos e pessoas indígenas à cultura, ao desenvolvimento, ao território, à autodeterminação, dentre outros. Entretanto, promove uma distinção entre direitos humanos a que todos os *indivíduos* indígenas têm titularidade e os direitos coletivos dos *povos* indígenas.

Essa dupla linguagem de direitos deve-se à insistência que alguns Estados fizeram, durante as negociações da DDPI, sobre os direitos humanos serem, por definição, direitos individuais e não direitos coletivos (ANAYA, 2009, p. 38). Para Anaya, entretanto, os direitos coletivos enunciados na DDPI são igualmente direitos humanos porque essa declaração se origina do regime de direitos humanos da ONU. Além disso, porque eles provêm de princípios de direitos humanos de aplicação universal, como é caso do direito dos povos indígenas às terras e aos recursos tradicionais que podem ser derivados dos direitos humanos

⁷ 143 Estados votaram a favor, quatro votaram contra e 11 se abstiveram. Anaya observa que, dos quatro Estados que votaram contra (Austrália, Canadá, EUA e Nova Zelândia), nenhum deles rejeitou todas as normas incluídas na Declaração. Consequentemente, o Canadá e a Austrália deram sinais de que vão respeitar a Declaração (ANAYA, 2009, p. 46–47).

universais à propriedade e à cultura, e o direito coletivo à autodeterminação, relacionado à igualdade e à liberdade (ANAYA, 2009, p. 38–46).

No âmbito de nosso Sistema Regional de Direitos Humanos, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos não destoa da construção clássica de direitos humanos, cujos titulares são indivíduos e não coletividades. Entretanto, isso não impediu que os órgãos de proteção tenham desenvolvido uma jurisprudência reconhecidora de direitos coletivos dos povos indígenas.

Inicialmente, havia uma diferença de concepção entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte IDH, quanto ao reconhecimento de direitos coletivos dos povos indígenas, especialmente no que diz respeito ao direito aos seus territórios. Para a CIDH, o direito à propriedade territorial dos povos indígenas é um direito individual e também *coletivo*, cujo titular é o povo correspondente. Contudo, a Corte IDH entendia que os titulares desse direito eram apenas as pessoas individuais que compunham esses povos (INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS; ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 2010, p. 25–26).

No julgamento do Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, de 2012, a Corte IDH reconheceu explicitamente que os povos e comunidades indígenas são titulares de direitos e não somente seus membros individuais. Em consequência disso, a Corte considerou como sujeito lesado em seus direitos o “Povo Indígena Kichwa de Sarayaku”, que deve ser reparado enquanto grupo⁸:

231. Em oportunidades anteriores, em casos relativos a comunidades ou povos indígenas e tribais, o Tribunal declarou violações em detrimento dos integrantes ou membros das comunidades e povos indígenas ou tribais. Entretanto, a legislação internacional relativa a povos e comunidades indígenas ou tribais reconhece direitos aos povos como sujeitos coletivos do Direito Internacional e não unicamente a seus membros. Tendo em vista que os povos e comunidades indígenas ou tribais, unidos por suas particulares formas de vida e identidade, exercem alguns direitos reconhecidos pela Convenção de uma perspectiva coletiva, a Corte salienta que as considerações de direito expressas ou expostas na presente Sentença devem ser entendidas nessa perspectiva coletiva. (SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA; COMISSÃO DE ANISTIA; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 483–493).

Portanto, em uma análise conjunta dos instrumentos normativos dos sistemas global

⁸ Além do direito de propriedade territorial, outro direito coletivo reconhecido pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é o direito humano à “[...] plena participação dos grupos étnicos na deliberação política” (FALCÓN, 2014, p. 164).

e interamericano de direitos humanos, evidencia-se que houve uma evolução de uma concepção de direitos humanos de caráter individualista para o reconhecimento de direitos humanos coletivos de grupos ou povos indígenas. A promulgação da Convenção nº 169 da OIT contribuiu decisivamente para essa virada.

3. Fundamentação de direitos humanos coletivos

Nas críticas aos direitos humanos coletivos colocam-se dois grupos de autores. No primeiro, estão autores que afirmam a natureza liberal e individualista dos direitos humanos e/ou a desnecessidade desses direitos, uma vez que os direitos dos grupos podem ser fundamentados em direitos dos indivíduos que compõem essas coletividades. Entretanto, há autores no campo do multiculturalismo que também negam a existência de direitos humanos de grupos. Esses autores estão comprometidos com as políticas de reconhecimento desses grupos, entretanto, dada a origem ocidental e individual dos direitos humanos, preferem uma categoria separada para esses direitos.

Desde uma perspectiva liberal, contra a existência de direitos humanos coletivos argui-se, basicamente, a (1) fundamentação liberal e individualista dos direitos humanos (HABERMAS, 1998, p. 147; ALEXY, 2007a, p. 45)⁹, (2) a prática de direitos humanos baseada em direitos individuais (BEITZ, 2009, p. 113), e (3) o risco de direitos individuais serem violados com base em direitos coletivos¹⁰.

(1) Para Habermas (1998) não é necessária uma reconstrução de uma teoria de direitos construída individualmente – com a inclusão de direitos coletivos – para lidar com as lutas pelo reconhecimento nas quais identidades coletivas estão em jogo (HABERMAS, 1998, p. 125-134). Segundo o autor:

Uma teoria dos direitos corretamente entendida exige uma política de reconhecimento que proteja a integridade do indivíduo nos contextos da vida nos quais a sua identidade se forma. Isto não exige um modelo alternativo que corrija o projeto individualista do sistema de direitos através de outras perspectivas normativas. Tudo o que é exigido é a atualização consistente do sistema de direitos. (HABERMAS, 1998, p. 131).

⁹ Diz Alexy que grupos, comunidades e Estados são formados por homens, mas não são homens (ALEXY, 2007a).

¹⁰ Kymlicka apresenta essa objeção proposta por muitos liberais e fundamenta sua resposta a ela com base nas categorias de restrições internas e proteções externas (KYMICKA, 1995, p. 35–44).

Embora Habermas reconheça que “[...] o sistema de direitos não é cego às reivindicações para a proteção de formas culturais e de identidades coletivas” (HABERMAS, 1998, p. 141), como é o caso dos direitos à autodeterminação, benefícios infraestruturais, subsídios e ações afirmativas (HABERMAS, 1998, p. 146), ele não admite que esses direitos sejam qualificados como direitos coletivos, pois esses instrumentos de proteção de formas de vida e tradições teriam, por fim, o reconhecimento de seus membros, ou seja, os indivíduos quem compõem esses grupos (HABERMAS, 1998, p. 147).

A concepção hegemônica liberal e individualista dos direitos humanos sofre questionamentos desde uma perspectiva crítica de autores e autoras descoloniais. Ao contestar as narrativas hegemônicas e intra-europeias da modernidade, o pensamento descolonial desvela o papel que a exploração da América Latina cumpriu na constituição do que Quijano (1993) chamou de colonialidade, ou seja, a “outra face”, irracional e violenta, da modernidade humanista, racional e cientificista que conhecemos (QUIJANO, 1992, p. 14).

A posição da Europa como centro do mundo e ápice da evolução das sociedades, bem como o saber científico e racional como paradigmas, são construções ideológicas possibilitadas pelo eurocentrismo. Assim, o pensamento descolonial busca questionar a discursividade das ciências modernas na produção do conhecimento e busca construir formas distintas de pensamento e de um “paradigma outro”, cuja força orientadora é uma reflexão sobre a realidade cultural e política latino-americana, sobretudo pelo conhecimento subalternizado dos grupos sociais oprimidos (ESCOBAR, 2003, p. 53).

Se essa tarefa, que Mignolo chama de desobediência epistêmica (MIGNOLO, 2008), é um caminho possível no plano epistêmico, então é possível se questionar, também, os discursos hegemônicos de fundamentação dos direitos humanos. Esta perspectiva, portanto, desmascara uma suposta essencialidade individualista dos direitos humanos, reconhecendo o individualismo como a parte de um discurso dominante dos direitos humanos eurocentrado. É possível, sim, a construção de uma concepção contra-hegemônica dos direitos humanos, pois, como diz Bragato:

[...] os direitos humanos estão além da relação individualista entre Estados e indivíduos. Seu foco está na reversão dos processos históricos que induziram a vulnerabilidade da dignidade da maior parte dos seres humanos e na garantia de todos os bens essenciais para uma vida decente. (BRAGATO, 2014, p. 224).

(2) Charles Beitz (2009) recusa o que chama de fundamentação naturalista ou

metafísica de direitos humanos e apresenta uma teoria que busca justificá-los com o que chama de “prática de direitos humanos”, formada a partir do conjunto das ações, dos discursos e da cultura pública dos direitos humanos internacionais (BEITZ, 2009, p. 107). Contudo, paradoxalmente, não reconhece nessa prática de direitos humanos a existência de direitos coletivos, mas tão-somente pretensões individuais que têm uma dimensão coletiva. Como exemplo de direito individual com dimensão coletiva, cita o direito à autodeterminação, em que “[...] sua importância para os indivíduos que os desfrutam (ou desejam desfrutar) não pode ser explanada sem referência ao seu grupo de pertencimento” (BEITZ, 2009, p. 113)¹¹.

A posição de Beitz contrária aos direitos humanos coletivos pode ser refutada por sua própria teoria de justificação prática dos direitos humanos. Como vimos acima, direitos humanos coletivos têm sido enunciados em instrumentos normativos internacionais e reconhecidos na jurisprudência de órgãos de proteção dos direitos humanos, o que certamente configura a prática destacada pelo autor como fundamento dos direitos humanos.

(3) Um importante argumento normalmente apresentado contra a existência de direitos humanos coletivos é o do receio da violação de direitos humanos de indivíduos por grupos e coletividades a que pertençam. Essa recorrente objeção foi tratada por Kymlicka (1995) por meio das categorias de restrição interna e restrição externa. Restrições internas envolvem relações intra-grupos e são usadas para restringir a liberdade dos membros dos grupos em nome da solidariedade do grupo. Proteções externas envolvem relações inter-grupos do impacto de decisões da sociedade envolvente. Kymlicka (1995) defende a existência de proteções externas a direitos de grupos, tais como direitos territoriais e direitos linguísticos, com o objetivo de assegurar que membros das minorias tenham a mesma oportunidade de viver e trabalhar em sua própria cultura. (KYMLICKA, 1995, p. 109). Entretanto, não admite restrições internas, ou seja, restrições a membros dos grupos com o objetivo de proteção do grupo em si (KYMLICKA, 1995, p. 155).

Maldonado (2006), por outro lado, admite restrições a direitos individuais com o objetivo de realização dos direitos das coletividades. Para ele, conflitos entre direitos de

¹¹ O modelo de direitos humanos em Beitz tem três elementos: a) “Human rights are requirements whose object is to protect urgent individual interests against certain predictable dangers (‘standard threats’) to which they are vulnerable under typical circumstances of life in a modern world order composed of states”; b) “Human rights apply in the first instance to the political institutions of states, including their constitutions, laws, and public policies”; e c) “Human rights are matters of international concern. A government’s failure to carry out its first level responsibilities may be a reason for action for appropriately placed and capable “second level” agents outside the state in three overlapping kinds of circumstances”. (BEITZ, 2009, p. 109).

comunidades tradicionais com os direitos de seus membros podem ser solucionados por critérios de acomodamento (MALDONADO, 2006, p. 269–283), a saber: a) o Estado deve ser imparcial frente às culturas, mas não neutro, uma vez que essa pretensa neutralidade obscurece o privilégio da cultura dominante (MALDONADO, 2006, p. 271); b) a maximização do direito de autogoverno dos grupos indígenas, mesmo que isso implique restrições a liberdade dos membros de certas comunidades, como é o caso de decisão da comunidade de proibir cultos religiosos não-tradicionais no seu interior (MALDONADO, 2006, p. 274–277); c) os limites ao direito de autogoverno são valores interculturalmente aceitos, tais como a proibição da tortura, o assassinato e a escravidão (MALDONADO, 2006, p. 277–281); d) direitos dos membros de saída da comunidade; e e) a prática de coexistência de diferentes culturas através de diálogos interculturais (MALDONADO, 2006, p. 282–283).

Não é o foco desse trabalho analisar este importante tema dos conflitos entre direitos individuais e direitos coletivos, nem as tensões entre um modelo individual e um modelo grupal de proteção de direitos (RIOS, 2008, p. 184). Entretanto, os conceitos e critérios apresentados por Kymlicka oferecem um aparato conceitual e normativo para lidar com essas situações, de modo a preservar os direitos coletivos dos grupos e também direitos individuais segundo os critérios de acomodamento propostos por Maldonado.

O reconhecimento de direitos humanos coletivos não prejudica necessariamente o reconhecimento de direitos humanos individuais. Como diz Paulo Thadeu Gomes da Silva, a titularidade coletiva, como grupo, não afasta a titularidade individual (SILVA, 2015, p. 126). No caso de conflitos entre direitos, os direitos individuais teriam maior peso que os direitos coletivos quanto à proibição da tortura, do assassinato, da escravidão, garantido o direito de saída do grupo. Já os direitos coletivos teriam uma prevalência, mesmo quando isso venha a restringir direitos individuais, para o fim proibição de cultos religiosos não-tradicionais e de consumo de bebidas alcoólicas, quando há decisão da coletividade nesse sentido. Restrições externas – com bases em interesses das sociedades envolvidas –, entretanto, não seriam admitidas. Direitos coletivos territoriais, linguísticos, entre outros, não poderiam ser limitados com base em interesses das sociedades envolvidas.

De outro lado, há um conjunto de autores no campo do multiculturalismo que, embora reconheçam a existência de direitos coletivos, negam que esses direitos sejam direitos humanos. Kymlicka afirma que a (4) doutrina de direitos humanos é incapaz de resolver os mais importantes problemas das minorias culturais, tais como o direito de ter educação

financiada com recursos públicos em suas línguas maternas. Propõe, então, que os princípios de direitos humanos sejam suplementados com uma teoria dos direitos de minorias, que coexistiria com os direitos humanos (KYMLICKA, 1995, p. 4-6). O autor também prefere a expressão direitos diferenciados de grupos (*group-differentiated rights*) a direitos coletivos (KYMLICKA, 1995, p. 40).

Para Maldonado (2006), embora depois da segunda Guerra tenha havido uma intenção de proteger, por meio dos direitos humanos, os direitos dos grupos minoritários, os (4) direitos humanos são insuficientes para proteger as minorias culturais, uma vez que foram pensados para a proteção de indivíduos. Diz ainda que (5) as estratégias de direitos humanos não oferecem ferramentas para responder a algumas exigências de minorias, tais como: distritos eleitorais especiais, educação bilíngue, o conteúdo de programas educativos e os idiomas oficiais do país. Além disso, afirma que (6) o conceito de direitos humanos é desconhecido ou se encontra em conflito fundamental com sua visão de mundo (MALDONADO, 2006, p. 21–23). Por fim, critica uma (7) concepção de que os direitos individuais e os valores democráticos deveriam ter sempre prioridade sobre os valores morais e políticos de comunidades não liberais (MALDONADO, 2006, p. 35).

A origem e fundamentação liberal e individualista dos direitos humanos (4) não pode ser obstáculo ao reconhecimento de direitos humanos coletivos de grupos culturalmente diferenciados, como é o caso de povos e comunidades indígenas. A teoria descolonial e a teoria pragmática (BEITZ, 2006) oferecem possibilidades de fundamentação desses direitos humanos coletivos em bases não exclusivamente liberais e individualistas, como já efetivamente está ocorrendo no plano dos sistemas internacionais de direitos humanos.

A afirmação de que os direitos humanos não oferecem ferramentas para a proteção de grupos (5) pode ser refutada pela prática de reconhecimento e aplicação dos direitos coletivos dos povos indígenas como direitos humanos tanto em instrumentos normativos internacionais específicos, como acontece na Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias (RIOS; LEIVAS; SCHÄFER, 2017, p. 134), quanto na jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos, como vimos acima.

O argumento de (6) os direitos humanos serem uma criação ocidental e desconhecidos e/ou em conflito com a visão de mundo dos indígenas é respondido por Silva (2015), para quem o direito ocidental apenas positiva direitos dos índios, não impondo a sua concepção ocidental de direitos. Para o autor, contudo, não seria apropriada a expressão

“direitos humanos indígenas”, mas sim de direitos humanos que servem de proteção aos direitos dos povos indígenas (SILVA, 2015, p. 196–197).

Por fim, a concepção de que os direitos individuais e os valores democráticos deveriam ter sempre prioridade sobre os valores morais e políticos de comunidades não liberais (7) não deve prevalecer em Estados cujas constituições, como é o caso da brasileira, reconhecem direitos fundamentais coletivos, sem deixar de reconhecer direitos individuais dos membros das coletividades. Ações de acomodamento e ponderações entre esses grupos de direitos não só são possíveis, mas necessárias, como veremos a seguir.

4. Direitos dos povos indígenas como direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais com eficácia privilegiada dentro do ordenamento constitucional, sendo-lhes reconhecida a aplicabilidade imediata (§ 1º do art. 5º) e a proteção como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV). No caso das cláusulas pétreas, a proteção se estende a princípios fundamentais e não apenas aos direitos fundamentais, como a forma federativa de Estado, a separação dos poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Sobre os direitos fundamentais, embora o inciso IV do § 4º do art. 60 refira exclusivamente aos direitos e garantias individuais, a posição majoritária da doutrina é no sentido de ela abranger todos os direitos fundamentais que constam do Título II (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 307-309).

A Constituição Federal possui uma seção de direitos fundamentais que corresponde ao Título II, intitulando-os de direitos individuais e coletivos. Os direitos das populações tradicionais não constam expressamente do Título II. Entretanto, a cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Federal confere a natureza de direitos fundamentais não só aos expressamente enumerados no art. 5º e no Título II da Constituição Federal, mas também a outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹².

¹² Com relação à incorporação de tratados de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro como direitos fundamentais, é amplamente conhecida a disputa hermenêutica acerca do §2º do art. 5º da Constituição, bem como das teorias construídas a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o §3º ao art. 5º e o respectivo rito especial de incorporação de tratados de direitos humanos com status material e formalmente constitucionais. O §3º previu que os tratados internacionais aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equiparados às Emendas Constitucionais,

Exemplos disso, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, são as decisões reiteradas acerca do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado (art. 225) como direito difuso, direito fundamental de terceira geração, bem como a identificação de direito fundamental fora do Título II, na hipótese de limitações ao poder de tributar, como ocorreu quando julgou inconstitucional Emenda Constitucional que afastou incidência, do IPMF, do princípio da anterioridade tributária (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 310).

Na mesma linha, para Ingo Sarlet (2005), são direitos fundamentais em sentido material os que, por sua substância (conteúdo) e importância, possam ser equiparados aos constantes do catálogo, sejam os previstos na Constituição – mas fora do catálogo –, sejam os previstos em tratados internacionais (SARLET, 2005, p. 87).

Os direitos individuais e coletivos dos povos indígenas e comunidades tradicionais são direitos materialmente fundamentais por sua importância, como é o caso dos direitos territoriais, da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e tradições (art. 231), dos direitos das comunidades quilombolas aos seus territórios (art. 68 ADCT), bem como os direitos dos povos indígenas à educação bilíngue e a processos próprios de aprendizagem (art. 210, § 2º).

Em relação à fundamentalidade material dos direitos territoriais indígenas, Silva (2015) argumenta que a mesma se expressa pelos interesses e carências passíveis de positivação pelo direito. Se a violação de um interesse ou a não satisfação de uma carência geram consequências graves ao seu titular, como morte ou sofrimento, que tocam o núcleo essencial da autonomia, então tal direito é passível de ser considerado fundamental:

É de se aplicar, então, o teste da fundamentalidade ao direito à terra. Se ocorrer a violação ou a não satisfação desse direito, o que se produz como consequência é a morte ou um sofrimento grave dos índios, e isso porque, a par das tristes demonstrações estatísticas empíricas nesse sentido, a terra é um elemento imprescindível na autorreprodução das sociedades indígenas (SILVA, 2015, p. 77).

À propósito, julgado do Supremo Tribunal Federal enfatizou a relevância jurídica da demarcação de terras indígenas como instituto destinado à “[...] proteção jurídica, social,

formando o bloco de constitucionalidade restrito que serve de fundamento para o controle de constitucionalidade. Sobre os tratados aprovados anteriormente à emenda e os posteriores, mas que não seguiram o seu rito especial, o STF firmou a chamada “teoria do duplo estatuto”, ao julgar o Recurso Extraordinário 466.343-SP, sobre a impossibilidade de prisão do depositário infiel. A decisão foi no sentido de reconhecer que os tratados de direitos humanos aprovados sem o quórum qualificado do art. 5º, §3º, têm valor *supralegal*, ou seja, com hierarquia superior às leis infraconstitucionais, mas abaixo da Constituição. Esta é a situação, por exemplo, da Convenção nº 169 da OIT no direito brasileiro.

<http://www.culturasjuridicas.uff.br/>

antropológica, econômica e cultural dos índios, *dos grupos indígenas e das comunidades tribais*” (BRASIL, 1997, p. 19, grifo nosso), bem como ao considerar a destinação constitucional das terras indígenas como propriedade visando “[...] a proporcionar às *comunidades indígenas* bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (BRASIL, 1997, p. 20, grifo nosso).

Além disso, esses direitos são igualmente previstos, explicitamente, em tratado internacional de direitos humanos, como é o caso da Convenção nº 169, ou fundamentados em tratados, como é o caso da jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, visto anteriormente.

No caso Paiol de Telha, em que foi suscitado incidente de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) decidiu expressamente que o art. 23 ADCT da Constituição Federal fundamenta um direito fundamental e que, portanto, por força do § 1º do art. 5º, tem aplicabilidade imediata, ou seja, independe de regulamentação em lei (BRASIL, 2014).

Além disso, considerou que o Decreto nº 4.887 regulamenta a Convenção nº 169 e o art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, citando jurisprudência da Corte IDH. Consta da ementa:

[...] 3. Como direito fundamental que é, o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias guarda aplicabilidade imediata. “Princípio é imperativo. Princípio está no mundo jurídico. Princípio é mais do que regra. Não teria sentido exigir complementação para um princípio que é mais do que uma regra e que contém a própria regra”. (Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz). 4. Assim não fosse, ad argumentandum tantum, “...ainda o Decreto 4.887/2003 estaria a regulamentar a Convenção 169 da OIT. Portanto, ele não seria um decreto autônomo, ele estaria a regulamentar a convenção 169 e portanto não sofreria dessa eiva de inconstitucionalidade. Da mesma forma, ele estaria a regulamentar o art. 21 do Pacto de São José da Costa Rica, que a Corte vem aplicando de uma forma já agora em inúmeros casos a situações semelhantes à dos autos, não só com relação à terra dos índios, mas também a terras ocupadas, por exemplo, no Suriname por negros que fugiam do regime de plantation e que portanto têm uma situação fática e jurídica em tudo semelhante à dos nossos quilombolas visibilizados pela Constituição de 88.” (Dr. DOMINGOS SÁVIO DRESH DA SILVEIRA, citando FLÁVIA PIOVESAN, em seu parecer, evento 46, NTAQ1). 5. O art. 68 do ADCT contém todo o necessário à concretização de seu teor mandamental, absolutamente desnecessária qualquer “complementação”, que consistiria apenas em repetir aquilo que a Lei Maior já diz (...) (BRASIL, 2014).

De outro lado, há de se negar uma natureza exclusivamente individualista dos direitos fundamentais. Estes, assim como os direitos humanos, são resultados de lutas políticas, entre elas as lutas por reconhecimento de grupos marginalizados social e culturalmente. A origem individualista dos direitos humanos não impediu o desenvolvimento de uma jurisprudência, por exemplo, da Corte IDH, bem como a aprovação de normas internacionais que reconheceram expressamente direitos humanos coletivos, como é o caso da Convenção nº 169 da OIT. Nesse sentido, caminhou o TRF4 não somente no precedente antes citado, como também quando concluiu pela superação de uma visão colonialista diante das fases da vida e do mundo do trabalho, ao reconhecer o salário-maternidade a mulheres kaingang sem a necessidade de observância do critério etário (BRASIL, 2015).

Colisões entre direitos fundamentais coletivos e direitos fundamentais individuais de membros das comunidades podem ser resolvidas pelas conhecidas técnicas de ponderação e acomodamento. Como vimos na discussão sobre conflitos entre direitos humanos coletivos e individuais, podem-se estabelecer situações em que direitos fundamentais coletivos têm preferência sobre direitos fundamentais individuais dos membros destas coletividades e vice-versa. Há de se afastar, entretanto, qualquer viés colonialista que confira uma preferência absoluta dos direitos fundamentais individuais sobre os direitos fundamentais coletivos.

5. Conclusão

Os direitos coletivos de povos indígenas e de comunidades tradicionais enunciados nos artigos 210 e 231 da CF/88, e no art. 68 ADCT, entre outros, são direitos materialmente fundamentais, e em razão disso são armados com as garantias de que gozam os direitos fundamentais constitucionais, tais como a aplicabilidade imediata, que determina a sua aplicação mesmo quando ausente legislação regulamentadora, e a garantia das cláusulas pétreas, que os protege contra emendas constitucionais tendentes a aboli-los.

O debate sobre a existência de direitos humanos coletivos nos sistemas global e interamericano de direitos humanos e sobre a possibilidade de sua fundamentação, não obstante sua origem individualista, é aproveitado no debate sobre os direitos fundamentais internamente garantidos.

O caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, julgado pela Corte IDH em 2012, é emblemático, pois a ausência de positivação de direitos coletivos nos tratados

interamericanos não impediu o desenvolvimento de uma jurisprudência reconhecadora desses direitos, que, inclusive, deve servir de aporte hermenêutico para o exercício do controle de convencionalidade pelo Brasil. Do mesmo modo, no campo da fundamentação filosófica, é possível a construção de uma concepção contra-hegemônica de direitos humanos que critica uma suposta essencialidade individualista destes direitos. Aportes teóricos do pensamento descolonial e do pensamento de fronteira latino-americano, que questionam a produção eurocêntrica do conhecimento, se prestam para esta tarefa.

Importante mencionar que, além da relevância jurídica que advém da existência de direitos coletivos fundamentais destas coletividades, há também uma relevância política, na medida em que tais garantias podem dificultar, ou mesmo impedir, modificações legislativas consideradas prejudiciais aos direitos dos povos indígenas.

Atualmente, há uma série de iniciativas legislativas que podem ser questionadas quanto à sua tendência a abolir direitos fundamentais, à exemplo da PEC n° 215/2000, que objetiva transferir a competência da demarcação de terras indígenas – mas também territórios quilombolas e unidades de conservação da natureza – do Poder Executivo Federal para o Congresso Nacional, e a consolidação em norma positiva da tese jurisprudencial do marco temporal da ocupação, que autoriza a demarcação de territórios tradicionais somente nos casos em que as comunidades estivessem ocupando-os na data de promulgação da Constituição Federal de 1988. Todos estes aportes jurídicos, jurisprudenciais e filosóficos oferecem outras bases de discussão sobre os direitos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais no espaço público.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

ANAYA, S. James. Por qué no debería existir una declaración sobre derechos de los pueblos indígenas. In: MOLINERO, Natalia Álvarez; MARTÍNEZ, J. Daniel Oliva; GARCÍA-FALCÉS, Nieves Zúñiga (Orgs.). **Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: hacia un mundo intercultural y sostenible**. Madrid: Catarata, 2009, p. 37–64.

BEITZ, Charles R. **The idea of human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos:

contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Itajaí, vol. 19, n. 1, p. 201-230, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 183.188 – MS. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de dezembro de 1996. **Diário da Justiça Eletrônico**. 14 fev. 1997.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Arguição de Inconstitucionalidade nº 5005067-52.2013.404.000 – Corte Especial. Relator para Acórdão: Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, RS, 13 de janeiro de 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5001796-23.2015.4.04.7127/RS. Relator: Desembargador Roger Raupp Rios. Porto Alegre, RS, 28 de março de 2015.

CLAVERO, Bartolomé. **Derecho global**: por una historia verosímil de los derechos humanos. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

ESCOBAR, Arturo. Mundos y conocimientos de otro modo: el programa de investigación de modernidad/colonialidad latinoamericano. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 1, p. 51-86, 2003.

FALCÓN, Jaime Gajardo. Derechos de los grupos en el sistema interamericano de los derechos humanos. In: HIERRO, Liborio L (Org.). **Autonomía individual frente a autonomía colectiva**: derechos en conflicto. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales [etc], 2014.

HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no Estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles (org.). **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS; ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Indigenous and tribal peoples' rights over their ancestral lands and natural resources**: norms and jurisprudence of the inter-american human rights system. [S.l.]: Organization of American States, 2010.

KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship**: a liberal theory of minority rights. Oxford; New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1995.

MALDONADO, Daniel Bonilla. **La constitución multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre Ed., 2006.

MIGNOLO, Walter D. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF – Dossiê**: Literatura, língua e identidade, Niterói, n. 34, p. 287-324, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção no 169 da**

Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm>. Acesso em: 4 ago. 2017.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: BONILLA, Heraclio (Org.). **Los conquistados: 1492 y la población indígena de las Américas.** Ecuador: Libri Mundi, Tercer Mundo Editores, 1992.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação:** discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. Direito da antidiscriminação e direitos de minorias: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 22, n. 1, p. 126-148, jan./abr. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Derechos humanos, democracia y desarrollo.** 1. ed. Bogotá, D.C: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA; COMISSÃO DE ANISTIA; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Orgs.). **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Volume 2 – Direitos dos Povos Indígenas. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes. **Direitos dos índios:** fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas. São Paulo: Café com Lei, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

UNITED NATIONS. 1514 (XV). **Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples,** 1960. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514\(XV\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514(XV))>. Acesso em: 28 set. 2015.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). **El Derecho en América Latina:** Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.