




**OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NA PERSPECTIVA DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS DIREITOS HUMANOS**

**THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES FROM THE PERSPECTIVE OF THE
FEDERAL CONSTITUTION AND HUMAN RIGHTS**

**LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DESDE LA PERSPECTIVA DE
LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y LOS DERECHOS HUMANOS**

 <https://doi.org/10.56238/levv17n61-020>

Data de submissão: 02/05/2026

Data de publicação: 02/06/2026

Keila Michelle Pimentel De Moraes

Graduanda em Direito

Instituição: Faculdade de Teologia, Filosofia e Ciências Humanas (Gamaliel)

E-mail: keila.moraes@faculadegamaliel.com.br

Ailine da Silva Rodrigues

Mestra em Direitos Fundamentais

Instituição: Faculdade de Teologia, Filosofia e Ciências Humanas (Gamaliel)

E-mail: ailine.rodrigues@faculadegamaliel.com.br

RESUMO

Este trabalho analisa a proteção jurídica dos povos indígenas no Brasil a partir do diálogo entre a Constituição Federal de 1988 e os instrumentos internacionais de direitos humanos. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa e método jurídico-dogmático, examina-se a evolução histórica do reconhecimento jurídico dos indígenas, os princípios de direitos humanos aplicáveis, o marco constitucional consolidado nos arts. 231 e 232, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (especialmente o caso Raposa Serra do Sol e a tese do marco temporal) e os tratados internacionais como a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Os resultados indicam que, embora exista um sistema normativo avançado e teoricamente coerente, sua efetividade é comprometida por desafios institucionais, hermenêuticos e político-culturais. Conclui-se que a efetiva proteção dos povos indígenas depende menos da edição de novas normas e mais da superação desses obstáculos estruturais, com destaque para o controle da morosidade administrativa e o fortalecimento da litigância perante o sistema interamericano.

Palavras-chave: Direitos Indígenas. Constituição Federal. Direitos Humanos. Marco Temporal. Consulta Prévia.

ABSTRACT

This paper analyzes the legal protection of indigenous peoples in Brazil based on the dialogue between the 1988 Federal Constitution and international human rights instruments. Through bibliographic and documentary research, using a qualitative approach and a legal-dogmatic method, it examines the historical evolution of the legal recognition of indigenous peoples, the applicable human rights principles, the constitutional framework established in Articles 231 and 232, the jurisprudence of the Supreme Federal Court (especially the Raposa Serra do Sol case and the "marco temporal" time-frame thesis), and international treaties such as ILO Convention 169 and the UN Declaration on the Rights



of Indigenous Peoples. The results indicate that, although an advanced and theoretically coherent regulatory system exists, its effectiveness is compromised by institutional, hermeneutic, and political-cultural challenges. It concludes that the effective protection of indigenous peoples depends less on the enactment of new laws and more on overcoming these structural obstacles, with emphasis on controlling administrative delays and strengthening litigation before the Inter-American system.

Keywords: Indigenous Rights. Federal Constitution. Human Rights. Time-Frame Thesis ("Marco Temporal"). Prior Consultation.

RESUMEN

Este trabajo analiza la protección jurídica de los pueblos indígenas en Brasil a partir del diálogo entre la Constitución Federal de 1988 y los instrumentos internacionales de derechos humanos. A través de una investigación bibliográfica y documental, con un enfoque cualitativo y un método jurídico-dogmático, se examina la evolución histórica del reconocimiento jurídico de los indígenas, los principios de derechos humanos aplicables, el marco constitucional consolidado en los artículos 231 y 232, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (especialmente el caso Raposa Serra do Sol y la tesis del "marco temporal") y los tratados internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los resultados indican que, si bien existe un sistema normativo avanzado y teóricamente coherente, su efectividad se ve comprometida por desafíos institucionales, hermenéuticos y político-culturales. Se concluye que la protección efectiva de los pueblos indígenas depende menos de la promulgación de nuevas normas y más de la superación de estos obstáculos estructurales, destacando el control de la lentitud administrativa y el fortalecimiento de los litigios ante el sistema interamericano.

Palabras clave: Derechos Indígenas. Constitución Federal. Derechos Humanos. Marco Temporal. Consulta Previa.



1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no Brasil passou por profundas transformações ao longo da história, refletindo mudanças de paradigma que oscilaram entre a negação identitária, a tutela estatal e a assimilação forçada. Foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se consolidou uma ruptura civilizatória, passando a reconhecer os indígenas como sujeitos de direitos com organização social, costumes, línguas, crenças e tradições próprios, além de consagrar o caráter originário de seus direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Esse marco normativo não apenas alterou a relação entre o Estado e os povos originários, mas também inaugurou uma nova era de proteção jurídica fundamentada no pluralismo e na diversidade cultural. Paralelamente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos desenvolveu instrumentos específicos que reforçam e ampliam a proteção desses povos, destacando-se a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Tais normativos internacionais dialogam diretamente com o ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo padrões mínimos de consulta prévia, livre e informada, autodeterminação cultural e proteção territorial. A interação entre o direito interno e os tratados de direitos humanos configura um sistema de proteção multinível, no qual a Constituição e as normas internacionais se complementam na busca por justiça histórica e reparação de violações estruturais.

No cenário contemporâneo, a efetividade desses direitos esbarra em obstáculos significativos, marcados por conflitos agrários, pressões de setores econômicos, omissões administrativas e disputas judiciais que questionam o alcance das garantias constitucionais desses povos.

A judicialização de temas como demarcação de terras, licenciamento ambiental em territórios tradicionais e proteção de comunidades isoladas demonstra a necessidade de uma leitura atualizada e sistêmica do ordenamento. Nesse contexto, analisar os direitos indígenas sob a dupla perspectiva constitucional e dos direitos humanos torna-se imperativo para compreender como o Direito pode atuar como instrumento de resistência, garantia de dignidade e promoção da justiça social.

A presente pesquisa delimita seu escopo à análise jurídico-normativa dos direitos dos povos indígenas, concentrando-se na articulação entre os dispositivos da Constituição Federal de 1988 (notadamente os arts. 231 e 232) e os principais instrumentos internacionais de direitos humanos aplicáveis à temática.

Excluem-se, portanto, abordagens estritamente antropológicas, históricas ou sociológicas, para priorizar o exame dogmático, interpretativo e sistêmico das normas vigentes, bem como sua aplicação prática pelos órgãos do Sistema de Justiça, com foco na proteção territorial, na autodeterminação cultural e nos mecanismos de efetivação desses direitos no ordenamento brasileiro.

Diante desse panorama, formula-se o seguinte problema de pesquisa: de que maneira a articulação entre a Constituição Federal de 1988 e os instrumentos internacionais de direitos humanos pode assegurar a efetividade e a proteção integral dos direitos dos povos indígenas no Brasil, especialmente frente aos conflitos territoriais e às disputas jurisprudenciais contemporâneas?

O objetivo geral deste trabalho consiste em analisar a proteção jurídica dos povos indígenas a partir do diálogo entre a ordem constitucional brasileira e o sistema internacional de direitos humanos, avaliando a convergência normativa e os mecanismos de efetivação dessas garantias.

Como objetivos específicos, buscam-se: examinar os fundamentos constitucionais dos direitos originários e da organização social indígena; identificar o status e a influência dos tratados e declarações internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio; e avaliar os desafios contemporâneos e as tendências jurisprudenciais que impactam a realização prática desses direitos, com vistas a propor caminhos interpretativos que fortaleçam sua tutela.

A metodologia adotada é de natureza qualitativa, com abordagem exploratória e descritiva, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Utilizou-se o método jurídico-dogmático e a análise normativa sistemática, procedendo-se ao levantamento, organização e exame crítico de fontes primárias (Constituição Federal, tratados internacionais ratificados pelo Brasil, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e documentos de órgãos de controle) e fontes secundárias (doutrina especializada, artigos científicos e relatórios de organismos internacionais).

Os dados coletados foram submetidos a análise hermenêutica e interpretação constitucional, permitindo a construção de argumentos jurídicos fundamentados e a resposta estruturada ao problema de pesquisa. A escolha do tema justifica-se pela sua relevância científica, profissional e social.

No plano científico, a pesquisa contribui para o aprofundamento do debate dogmático sobre a interação entre direito constitucional e direitos humanos em matéria indígena, preenchendo lacunas interpretativas e sistematizando entendimentos sobre a aplicabilidade de normas de status constitucional e supralegal. Sob a ótica profissional, o estudo oferece subsídios atualizados a operadores do direito, defensores públicos, membros do Ministério Público e agentes públicos que atuam na tutela de direitos fundamentais e na resolução de conflitos socioambientais.

Socialmente, a temática revela-se urgente e necessária, pois a proteção efetiva dos povos indígenas constitui condição indispensável para a preservação da diversidade cultural, a justiça histórica e a consolidação do Estado Democrático de Direito, em consonância com o compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana e o pluralismo étnico.

2 DIREITOS INDÍGENAS E SUA ARTICULAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E RECONHECIMENTO JURÍDICO DOS POVOS INDÍGENAS

A trajetória dos povos indígenas no Brasil, desde o período colonial, é marcada por profunda violação de sua dignidade e autonomia. A chegada dos europeus não representou um encontro de culturas, mas o início de um processo sistemático de desestruturação social e física dessas comunidades.

As primeiras legislações, como as que permitiam a "guerra justa", tratavam os nativos como obstáculo à colonização e justificavam sua escravização. Peruzzo e Ozi (2020, p. 6) lembram que a própria categoria "índio" foi uma invenção colonial homogeneizante, que apagou a imensa diversidade étnica e cultural existente antes de 1500.

Ao longo dos séculos XIX e XX, o Estado brasileiro manteve uma política indigenista claramente integracionista, cujo objetivo principal era incorporar os indígenas à "comunhão nacional". Instrumentos como o regime tutelar, previsto no Código Civil de 1916, e o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73) consolidaram uma visão paternalista que considerava os indígenas como relativamente incapazes.

Dias (2019) observa que essa política esteve aliada a um ideal desenvolvimentista predatório, especialmente a partir da década de 1950, quando grandes projetos de infraestrutura e mineração avançaram sobre a Amazônia. O discurso do "progresso" serviu para legitimar a violência e o desrespeito aos direitos territoriais.

A ruptura desse ciclo opressor começou a se delinear com a redemocratização do país e a crescente mobilização do movimento indígena na década de 1980. A participação ativa das lideranças no processo Constituinte foi fundamental para garantir que suas pautas fossem ouvidas.

Peruzzo e Ozi (2020) afirmam que a Constituição Federal de 1988 representa um marco divisor de águas, pois inverteu a lógica assimilacionista anterior. O artigo 231 reconheceu aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A palavra "originários" é crucial, pois indica que a posse da terra precede a existência do próprio Estado brasileiro.

Nos anos seguintes, a Consolidação desse novo paradigma contou com importantes instrumentos internacionais. A ratificação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pelo Brasil abandonou definitivamente a perspectiva integracionista. Este tratado estabeleceu o critério da autoidentificação como fundamental para a definição de um povo indígena, respeitando a autonomia do grupo.

Posteriormente, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) reforçou direitos coletivos como a autodeterminação. No plano interno, a Lei n. 11.645/2008 tornou obrigatório o ensino da história e cultura indígena nas escolas, combatendo séculos de preconceito e

desconhecimento. Gomes, Brandão e Madeira (2020) apontam, contudo, que o racismo estrutural ainda desafia a efetivação plena desses direitos na prática cotidiana.

2.2 PRINCÍPIOS DOS DIREITOS HUMANOS APLICÁVEIS À PROTEÇÃO INDÍGENA

A articulação entre os direitos indígenas e os direitos humanos exige um questionamento sobre a própria fundação deste último conceito. Tradicionalmente, os direitos humanos foram construídos sob uma ótica liberal e ocidental, que valoriza o indivíduo autônomo e a propriedade privada.

Gersem Baniwa (2019) explica que essa concepção de humanidade é específica e não abarca outras cosmovisões, como as indígenas, que colocam a coletividade e a relação com a natureza no centro. Portanto, a aplicação dos direitos humanos a esses povos deve partir do respeito à alteridade, em um diálogo intercultural genuíno.

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, é o primeiro vetor dessa aplicação. No caso indígena, essa dignidade não se realiza apenas na esfera individual, mas essencialmente na vida coletiva e no vínculo com o território. Sem o usufruto exclusivo de suas terras e o respeito às suas tradições, a dignidade do indígena é violada.

Mazzuoli (2024) ensina que a dignidade é o valor que legitima todo o sistema protetivo, devendo orientar a interpretação de todas as normas. Isso significa que políticas desenvolvimentistas que desconsideram a ocupação tradicional da terra são incompatíveis com um Estado Democrático de Direito, conforme alerta Dias (2019).

Outro princípio fundamental é o da igualdade material, que exige tratamento diferenciado para os que se encontram em situação de vulnerabilidade histórica. Para os povos indígenas, isso se traduz na afirmação de direitos específicos e diferenciados. A igualdade formal, que trata todos como se fossem iguais, apenas mascararia a relação de dominação colonial.

Algayer e Chagas (2021) defendem que, por uma ótica decolonial, a Constituição de 1988 abriu uma nova arena política ao reconhecer a sociedade brasileira como pluriétnica. Assim, o direito à diferença não é uma concessão, mas uma condição para a construção de uma democracia efetiva.

O direito à autodeterminação, embora limitado pela soberania nacional, também irradia proteção sobre essas comunidades, garantindo a elas decidir sobre seus próprios projetos de futuro. Dias (2019) corrobora essa ideia ao mostrar que os indígenas podem desempenhar papel decisivo em modelos de desenvolvimento alternativos e sustentáveis.

Finalmente, o direito à consulta prévia, livre e informada, previsto na Convenção 169 da OIT, sintetiza esses princípios ao assegurar a participação dos indígenas nas decisões que os afetam. No entanto, Gomes, Brandão e Madeira (2020) denunciam que tal direito é frequentemente desrespeitado, tratado como mera formalidade burocrática. A efetivação desse direito é essencial para romper com o histórico de imposições unilaterais do Estado sobre essas populações.



3 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

3.1 O MARCO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um ponto de inflexão na história da relação entre o Estado brasileiro e os povos indígenas. Cunha (2018) afirma que a Carta de 1988 dedicou um capítulo específico aos direitos indígenas, algo inédito na tradição constitucional do país. Essa inovação normativa não foi fruto do acaso, mas sim resultado de um intenso processo de mobilização política das lideranças indígenas durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988.

A presença constante de índios nos corredores do Congresso Nacional, com suas pinturas corporais e rituais sagrados, forçou os parlamentares a enxergarem a diversidade étnica que sempre existiu no território brasileiro. Moreira e Resende (2019) destacam que a participação indígena marcou o processo constituinte, sendo fator determinante para o reconhecimento dos direitos que viriam a ser consagrados no texto constitucional.

O artigo 231 da Constituição é o dispositivo central desse novo paradigma protetivo. Cunha (2018) observa que o caput do artigo reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, rompendo com o velho ideal integracionista que marcou a política indigenista desde o período colonial.

Pela primeira vez, a lei maior do país afirmou que os indígenas têm o direito de continuar sendo indígenas, sem a necessidade de se assimilarem à chamada "comunhão nacional". Esse reconhecimento da alteridade cultural é a pedra angular sobre a qual se assenta todo o sistema constitucional de proteção.

Cunha (2018) ressalta ainda que o programa de "assimilar os índios", vigente nas constituições anteriores, foi expressamente revogado no caput do artigo 231, que passou a garantir a permanência das sociedades indígenas como coletividades distintas. Além do reconhecimento da diferença cultural, o artigo 231 também estabeleceu os direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

A expressão "direitos originários" é particularmente relevante, pois indica que a titularidade indígena sobre a terra preexiste ao próprio Estado brasileiro. Trata-se de um direito que não foi concedido pelo Estado, mas sim reconhecido por ele como algo que sempre pertenceu a esses povos (Melo; Burckhart, 2020)

O jurista João Mendes Junior já em 1912 havia desenvolvido a teoria do indigenato, segundo a qual os indígenas são os primeiros ocupantes naturais do território, sendo este o fundamento mais básico do direito à terra. Essa compreensão afasta qualquer tentativa de argumentar que a demarcação seria uma "doação" ou "benesse" estatal (Cunha, 2018).

O parágrafo primeiro do artigo 231 inovou ao definir o que se deve entender por terras tradicionalmente ocupadas. Cunha (2018) ressalta que essa definição foi fruto de longas pesquisas históricas e antropológicas realizadas ainda na década de 1980, que demonstraram a necessidade de um conceito amplo e funcional.

Assim, são consideradas terras indígenas não apenas aquelas onde se localizam as aldeias, mas também as utilizadas para atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais e as necessárias à reprodução física e cultural dos grupos. Essa definição superou a visão restritiva que limitava os direitos indígenas à área da posse imediata. A experiência acumulada na década anterior à Constituinte, marcada por violações sistemáticas de direitos, indicou os detalhes que deveriam ser especificados no texto constitucional.

Cunha (2018) observa ainda a concessão de capacidade processual ativa às comunidades e organizações indígenas. Segundo o autor, o artigo 232, sugerido pelo jurista Dalmo Dallari, resolveu dois problemas históricos de uma só vez: afirmou a capacidade jurídica dos índios e confiou sua defesa ao Ministério Público como curador.

Até então, a Funai, enquanto órgão tutor, era quem detinha a legitimidade exclusiva para representar os indígenas em juízo, o que era contraditório, pois os índios muitas vezes precisavam processar a própria Funai. Esse dispositivo conferiu autonomia jurídica aos povos indígenas, permitindo que eles próprios, por meio de suas organizações, pudessem defender seus interesses perante o Poder Judiciário, sem a intermediação necessariamente conflituosa do órgão tutelar.

A Constituição também disciplinou a exploração dos recursos minerais e hídricos em terras indígenas. Melo e Burckhart (2020) apontam que o parágrafo terceiro do artigo 231 condicionou o aproveitamento dessas riquezas à autorização do Congresso Nacional e à oitiva das comunidades afetadas.

Embora esse dispositivo tenha sido alvo de intensos debates e tenha sofrido alterações em relação às propostas originais, ele representa um importante mecanismo de controle social. A exigência de consulta prévia às comunidades, ainda que não tenha alcançado o patamar do consentimento livre, prévio e informado previsto na Convenção 169 da OIT, foi um passo relevante na direção do diálogo intercultural.

Sendo importante frisar que a questão da mineração em terras indígenas foi um dos temas mais contenciosos no processo constituinte, tendo sido alvo de uma intensa campanha de desinformação promovida por setores conservadores da imprensa e do Congresso (Cunha, 2018).

A Constituição de 1988 também garantiu a proteção das manifestações culturais indígenas, incluindo-as no patrimônio cultural brasileiro. O artigo 215 determina que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (Bragato, 2022)

Já o artigo 210, parágrafo segundo, assegura o uso das línguas maternas e dos processos próprios de aprendizagem indígena. Esses dispositivos, em conjunto com o artigo 231, formam o que Melo e Burckhart (2020) denominam de "núcleo essencial de direitos indígenas".

Tal núcleo é edificado em três pilares interdependentes, direitos territoriais e ambientais, direito à autodeterminação e direitos culturais. A proteção desse núcleo essencial é fundamental para assegurar a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas, na medida em que a violação de um desses pilares compromete inevitavelmente a integridade dos demais.

3.2 A JURISPRUDÊNCIA DO STF E A EFETIVIDADE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Apesar do avanço normativo representado pela Constituição de 1988, a efetivação dos direitos indígenas no Brasil enfrenta sérios obstáculos, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem papel ambivalente nesse cenário. Bragato (2022) afirma que, embora o STF tenha decidido favoravelmente em casos paradigmáticos, também foi responsável pela criação de teses restritivas que dificultam a demarcação de terras indígenas.

O caso Raposa Serra do Sol, julgado em 2009, é o exemplo mais emblemático dessa ambiguidade. Na ocasião, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da demarcação contínua da terra indígena localizada em Roraima, mas impôs 19 condicionantes que passaram a limitar o exercício do usufruto exclusivo indígena. Essas condicionantes, embora formalmente restritas ao caso concreto, passaram a ser invocadas por juízes e tribunais inferiores como se tivessem eficácia geral, criando uma verdadeira "lei paralela" que subverte o espírito do texto constitucional.

Melo e Burckhart (2020) analisam criticamente as 19 salvaguardas estabelecidas no acórdão da Petição 3.388. Algumas dessas condicionantes, como a submissão da exploração de recursos naturais à autorização do Congresso Nacional, repetem disposições constitucionais expressas, sendo meramente declaratórias. Outras, porém, inovam de forma prejudicial aos indígenas, criando restrições não previstas originalmente na Carta de 1988.

As condicionantes de números 5, 6 e 7, por exemplo, permitem a instalação de bases militares e a expansão da malha viária independentemente de qualquer consulta às comunidades afetadas, o que na prática esvazia o direito de participação que decorre do próprio sistema constitucional. Ademais, a condicionante de número 17 veda terminantemente a ampliação de terras indígenas já demarcadas, o que impede a recomposição de territórios que foram historicamente reduzidos por processos violentos de expulsão e grilagem.

A mais polêmica das inovações introduzidas no caso Raposa Serra do Sol foi a chamada "tese do marco temporal". Melo e Burckhart (2020) explicam que essa tese estabelece que apenas as terras que estavam fisicamente ocupadas pelos indígenas na data da promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988, podem ser consideradas como tradicionalmente ocupadas para fins de demarcação.

Essa interpretação restritiva desconsidera completamente a história de expulsão violenta sofrida por inúmeros povos indígenas ao longo do século XX, em especial durante o regime militar. Cunha (2018) denuncia que essa tese, gestada no STF, tem sido utilizada por juízes de primeira instância e tribunais regionais para negar dezenas de pedidos de demarcação.

Os povos Guarani e Kaiowá do Mato Grosso do Sul são os maiores prejudicados, pois foram violentamente expulsos de suas terras entre as décadas de 1940 e 1960 pela política de "integração nacional" e pela expansão da fronteira agrícola, não tendo conseguido ali permanecer em 1988.

A tese do marco temporal foi posteriormente reforçada pelo Parecer 001/2017 da Advocacia-Geral da União, que determinou a aplicação obrigatória das 19 condicionantes por todos os advogados da União. Esse parecer, vinculante para a administração pública federal, representa uma tentativa de consolidar pela via executiva o que o STF havia decidido no caso concreto, ampliando seus efeitos de forma preocupante (Cunha, 2018).

Vale frisar que o próprio STF, em resposta aos embargos de declaração interpostos no processo, afirmou expressamente que as condicionantes teriam efeito apenas para o caso Raposa Serra do Sol, não tendo eficácia erga omnes nem efeito vinculante para os demais processos demarcatórios (Moreira; Resende, 2019).

A despeito dessa ressalva da própria Corte, a AGU passou a interpretar a decisão como se ela tivesse alcance geral, ampliando indevidamente os seus efeitos e causando enorme insegurança jurídica para dezenas de comunidades que aguardam a conclusão de seus procedimentos demarcatórios.

O parecer da AGU, ao obrigar os órgãos da administração pública federal a fazer cumprir o marco temporal, mostra-se particularmente prejudicial, pois a administração pública é justamente a responsável pela condução do processo demarcatório, o que cria um conflito de interesses interno ao próprio Estado.

A tese do marco temporal tem sido objeto de reiteradas críticas pela doutrina jurídica brasileira, que aponta sua incompatibilidade com o sistema constitucional de proteção aos povos indígenas. Moreira e Resende (2019) acrescentam que a tese ignora o fenômeno do "renitente esbulho", ou seja, a expulsão violenta e continuada dos indígenas de suas terras por fazendeiros, madeireiros e grileiros ao longo de décadas, muitas vezes com a conivência ou a participação direta do Estado.

A própria decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol reconheceu a exceção do esbulho renitente como uma hipótese de superação do marco temporal. Contudo, essa exceção tem sido sistematicamente ignorada pelos tribunais inferiores, que aplicam o marco temporal de forma literal e descontextualizada, exigindo das comunidades indígenas uma prova documental da posse contínua que é materialmente impossível de ser produzida, dado o histórico de violência e deslocamento forçado que sofreram (Cunha, 2018).

Na contramão dessa jurisprudência restritiva, o STF tem proferido decisões importantes em favor dos direitos indígenas em outras ocasiões, o que evidencia a falta de uniformidade na interpretação da Corte. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239, julgada em 2017, que reconheceu a constitucionalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e reafirmou solenemente o direito dos índios à posse permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas do solo (Bragato, 2022).

Mais recentemente, em 2020, o ministro Edson Fachin, atuando como relator no Recurso Extraordinário 1.017.365, manifestou-se contrariamente à aplicação irrestrita do marco temporal, sinalizando uma possível inflexão na jurisprudência da Corte (Melo; Burckhart, 2020).

A Primeira Turma do STF tem adotado posição mais favorável aos indígenas do que a Segunda Turma, o que gera insegurança jurídica e decisões contraditórias entre os próprios ministros da Suprema Corte. Essa divergência interna reflete a polarização política que caracteriza o atual momento brasileiro e evidencia a dificuldade de se alcançar uma interpretação uniforme e consistentemente protetiva dos direitos indígenas no âmbito do Judiciário.

A efetividade das garantias constitucionais também depende da atuação do Poder Executivo na demarcação das terras indígenas, o que tem se mostrado extremamente variável ao longo dos governos. Desde a Constituição de 1988, o volume de terras demarcadas flutuou significativamente conforme a orientação política do governo em exercício (Bragato, 2022).

Governos mais alinhados aos interesses do agronegócio e da bancada ruralista, como o de Michel Temer (2016-2018) e o de Jair Bolsonaro (2019-2022), praticamente paralisaram o procedimento demarcatório, deixando de reconhecer novas terras indígenas por anos consecutivos.

Em contraste, governos anteriores, como o de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e o de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), demarcaram milhões de hectares, ainda que sob constante pressão de setores contrários. Essa oscilação demonstra que a efetividade dos direitos constitucionais depende não apenas da existência da lei, mas também da vontade política dos governantes, o que é profundamente preocupante para a estabilidade das relações institucionais.

A morosidade crônica na demarcação, aliada à crescente violência contra lideranças indígenas e à expansão descontrolada da grilagem de terras, torna o texto constitucional letra morta para muitas comunidades que aguardam décadas, às vezes gerações inteiras, pelo reconhecimento de seus direitos territoriais mais elementares.

Assim, Moreira e Resende (2019) defendem que a superação das dificuldades impostas pela jurisprudência restritiva do STF exige a adoção de uma perspectiva intercultural no âmbito do Poder Judiciário. A interculturalidade crítica, tal como formulada pelos autores, implica reconhecer a assimetria de poder entre o direito estatal, de matriz ocidental e individualista, e os sistemas jurídicos indígenas, fundada na coletividade e na oralidade. No contexto brasileiro, isso significaria que os juízes

deveriam buscar conhecer e respeitar as especificidades das culturas jurídicas indígenas, em vez de simplesmente aplicar as categorias do direito positivo como se fossem absolutas e universais.

Não obstante, a permanência do racismo institucional nos órgãos do Judiciário e da administração pública é um dos maiores obstáculos à concretização do projeto constitucional de 1988, pois esses órgãos frequentemente reproduzem os mesmos estereótipos coloniais que a Constituição buscou superar (Cunha, 2018).

A luta pela efetivação dos direitos indígenas, portanto, não se limita à defesa abstrata do texto constitucional, mas exige uma transformação cultural profunda da própria sociedade brasileira, que precisa aprender a conviver com a diferença e a respeitar a autonomia dos povos originários. Como bem sintetiza Bragato (2022), os indígenas brasileiros vivem hoje mais um capítulo de resistência e luta sem fim para reparar os danos do passado e construir um futuro intercultural, diverso e livre de violência.

4 DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

A proteção internacional dos direitos humanos ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, e os povos indígenas passaram a ser reconhecidos como sujeitos coletivos de direito nesse cenário. Bragato (2022) explica que a Organização Internacional do Trabalho foi pioneira ao editar a Convenção 107 em 1957, ainda sob uma perspectiva integracionista que considerava a cultura indígena como transitória.

Essa convenção, embora criticável por seu assimilacionismo, representou o primeiro esforço sistemático de proteção internacional aos povos indígenas. No entanto, foi apenas com a Convenção 169 da OIT, aprovada em 1989 e ratificada pelo Brasil em 2004, que se consolidou uma mudança significativa de paradigma. Este novo instrumento abandonou definitivamente a ideia de integração forçada e passou a valorizar a manutenção das culturas e instituições indígenas como algo permanente e desejável.

O Brasil também aderiu à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007, após mais de duas décadas de negociações. Melo e Burckhart (2020) destacam que este documento, embora não seja formalmente vinculante, exerce forte pressão moral e política sobre os Estados membros.

Ainda conforme a dupla de autores acima, a Declaração reafirma direitos fundamentais como a autodeterminação, o controle sobre territórios e recursos naturais, e a proteção contra remoções forçadas. No plano interamericano, o Brasil é parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde 1992, submetendo-se à jurisdição da Corte Interamericana.

Este sistema regional tem produzido decisões de grande impacto para os povos indígenas em toda a América Latina, como os casos *Awas Tingni vs. Nicarágua* e *Saramaka vs. Suriname*, que reconheceram os direitos territoriais coletivos como essenciais à sobrevivência cultural.

A incorporação desses tratados ao ordenamento jurídico brasileiro segue um procedimento específico, regulado pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição. Cunha (2018) lembra que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343 em 2008, estabeleceu uma importante distinção hierárquica: os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito ordinário têm status supralegal, situando-se abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias. Já aqueles aprovados pelo rito qualificado do artigo 5º, parágrafo 3º, introduzido pela Emenda Constitucional 45 de 2004, equivalem às emendas constitucionais.

Esta distinção é crucial para a proteção dos direitos indígenas, pois impede que leis infraconstitucionais, como o antigo Estatuto do Índio, prevaleçam sobre normas internacionais mais protetivas. Contudo, nenhum tratado indígena foi ainda aprovado pelo rito qualificado, o que significa que a Convenção 169 e a Declaração da ONU têm status supralegal, mas não constitucional.

Apesar desse arcabouço normativo internacional avançado, os desafios contemporâneos para a efetivação dos direitos indígenas permanecem imensos. Moreira e Resende (2019) apontam que a judicialização da questão indígena tem sido uma estratégia recorrente tanto por parte dos movimentos indígenas quanto por parte de setores contrários a seus direitos.

De um lado, as comunidades recorrem ao Judiciário e aos sistemas internacionais para denunciar violações e exigir o cumprimento da Constituição e dos tratados. De outro lado, ruralistas e empreendedores utilizam ações judiciais para questionar demarcações e suspender liminarmente os direitos territoriais já reconhecidos administrativamente. Este embate judicial tem gerado enorme insegurança jurídica, com decisões contraditórias em diferentes instâncias que se arrastam por anos ou décadas sem solução definitiva.

O sistema interamericano de direitos humanos tem sido acionado para resolver casos que não encontram solução no âmbito interno. Bragato (2022) menciona que o Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana em casos relevantes, como o da Comunidade Indígena Xákmok Kásek e o do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku.

Embora o Brasil ainda não tenha sido condenado diretamente em um caso indígena de grande repercussão, a ameaça de responsabilização internacional tem servido como um mecanismo de pressão sobre os poderes públicos. O caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi levado ao sistema interamericano em 2014, aguardando ainda decisão final. Moreira e Resende (2019) observam que a Comissão Interamericana tem reiteradamente recomendado ao Brasil que abandone a tese do marco temporal e que garanta o direito de consulta prévia às comunidades afetadas por grandes empreendimentos.

A falta de implementação efetiva das normas internacionais é um dos maiores obstáculos à proteção indígena no Brasil. Melo e Burckhart (2020) criticam a postura do Estado brasileiro, que frequentemente ratifica tratados avançados no plano internacional, mas depois se omite na sua aplicação concreta.

O direito à consulta prévia, livre e informada, previsto na Convenção 169 da OIT, é sistematicamente violado por governos de diferentes orientações políticas. As comunidades indígenas raramente são ouvidas antes da aprovação de projetos que afetam seus territórios, como hidrelétricas, estradas e atividades de mineração. Quando a consulta ocorre, muitas vezes é reduzida a uma mera formalidade burocrática, sem que as opiniões e decisões indígenas sejam efetivamente consideradas.

Outro desafio contemporâneo relevante diz respeito à demarcação das terras indígenas, que continua sendo o campo de batalha mais intenso entre os direitos constitucionais e os interesses econômicos. Cunha (2018) denuncia que, apesar do artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ter estabelecido o prazo de cinco anos para a conclusão de todas as demarcações, ainda hoje existem centenas de terras indígenas em diferentes estágios do processo demarcatório.

A morosidade do Poder Executivo, aliada à judicialização promovida por estados e particulares, tem tornado o procedimento extremamente lento e sujeito a retrocessos. Ademais, a ausência de um novo estatuto indígena que substitua a Lei 6.001 de 1973 agrava o problema, pois o antigo Estatuto do Índio ainda contém dispositivos integracionistas incompatíveis com a Constituição e com os tratados internacionais (Bragato, 2022).

Cabe lembrar que, a pandemia de Covid-19 expôs de forma cruel a vulnerabilidade dos povos indígenas no Brasil. A falta de políticas públicas adequadas e a demora na distribuição de insumos básicos resultaram em altas taxas de mortalidade em muitas comunidades (Melo; Burckhart, 2020).

A atuação da Corte Interamericana, que concedeu medidas cautelares para proteger diversas comunidades indígenas durante a pandemia, demonstrou a importância do sistema regional como instância supletiva quando o Estado falha em sua obrigação de proteger. No entanto, a efetividade dessas decisões depende da cooperação voluntária do Estado brasileiro, que nem sempre a concede prontamente.

As perspectivas de efetivação dos direitos indígenas no Brasil passam necessariamente pelo fortalecimento do diálogo entre o direito interno e o direito internacional. Moreira e Resende (2019) argumentam que o princípio do controle de convencionalidade, desenvolvido pela Corte Interamericana, deve ser aplicado pelos juízes brasileiros como uma ferramenta de proteção reforçada. Isso significa que, diante de uma norma interna que viole a Convenção Americana ou a Convenção 169 da OIT, o juiz deve deixar de aplicá-la, mesmo que ela seja posterior aos tratados.

Este dever, que recai sobre todos os magistrados e órgãos administrativos, é fundamental para assegurar a supremacia material dos direitos humanos internacionais sobre a legislação interna

eventualmente contrária. Bragato (2022) conclui que a luta dos povos indígenas brasileiros ainda está longe de terminar, mas o arcabouço normativo internacional, combinado com a mobilização política e a atuação estratégica no Judiciário, oferece ferramentas poderosas para a construção de um futuro mais justo e intercultural.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida ao longo deste trabalho evidenciou que a articulação entre a Constituição Federal de 1988 e os instrumentos internacionais de direitos humanos constitui um sistema normativo teoricamente robusto e coerente. Contudo, a efetividade desse sistema depende menos da existência de normas avançadas e mais da superação de três desafios estruturais que impedem a concretização dos direitos indígenas no Brasil.

O primeiro desafio é de ordem institucional. O estudo demonstrou que a proteção dos povos indígenas sofre com a fragmentação e a descoordenação entre os Poderes da República. Enquanto o legislador constituinte estabeleceu um paradigma protetivo inovador, o Executivo frequentemente paralisa demarcações, o Legislativo avança com propostas de retrocesso (como a tese do marco temporal convertida em projeto de lei) e o Judiciário oscila entre decisões garantistas e restritivas. Essa falta de sincronia entre os Poderes transforma a efetivação dos direitos indígenas em política de governo, sujeita a oscilações conjunturas, e não em política de Estado, que deveria ser permanente e previsível.

O segundo desafio é hermenêutico. Verificou-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente no julgamento da Petição 3.388 (Raposa Serra do Sol), produziu uma interpretação ambivalente que, paradoxalmente, ampliou formalmente o reconhecimento dos direitos indígenas ao mesmo tempo que introduziu restrições não previstas no texto constitucional.

A chamada "tese do marco temporal" ilustra esse paradoxo: construída a partir de um caso concreto e sem eficácia erga omnes declarada, ela passou a ser aplicada por tribunais inferiores e pela administração pública como se tivesse força vinculante geral. Esse fenômeno revela uma patologia do sistema de justiça brasileiro: a capacidade de uma interpretação judicial restritiva produzir efeitos expansivos que subvertem o comando constitucional explícito, em clara violação ao princípio da separação dos Poderes e à supremacia da Constituição.

O terceiro desafio é de natureza política e cultural. A pesquisa evidenciou que o reconhecimento formal dos direitos indígenas coexiste com um persistente racismo estrutural que permeia as instituições estatais e a sociedade. A violação sistemática do direito à consulta prévia, livre e informada, tratada como mera formalidade burocrática, e a morosidade crônica nos procedimentos demarcatórios não decorrem de lacunas normativas, mas da ausência de vontade política e do desrespeito à alteridade



cultural. Nesse sentido, a efetiva proteção dos povos indígenas exige não apenas aperfeiçoamentos jurídicos, mas uma transformação cultural profunda que ainda está por acontecer.

Diante desse cenário, a pesquisa confirma a hipótese inicial de que a articulação entre a ordem constitucional e os tratados internacionais é condição necessária, mas insuficiente, para assegurar os direitos indígenas. Sem mecanismos eficazes de controle da morosidade administrativa, sem a superação da interpretação judicial restritiva do marco temporal e sem o fortalecimento da participação indígena nos processos decisórios que os afetam, o sistema normativo permanecerá como promessa não cumprida.

Assim, conclui-se que o caminho para a efetividade não está na edição de novas normas, mas na fiscalização rigorosa do cumprimento das já existentes, na responsabilização dos agentes públicos que deliberadamente as descumprem e no fortalecimento da litigância estratégica perante o sistema interamericano de direitos humanos como instância supletiva e catalisadora de mudanças institucionais. A proteção dos povos indígenas, em última análise, é o teste definitivo da capacidade do Estado Democrático de Direito brasileiro em honrar seu compromisso constitucional com a diversidade, a justiça histórica e a dignidade humana.



REFERÊNCIAS

- BANIWA, Gersem. Direitos humanos e direitos indígenas na perspectiva da Lei n. 11.645/2008. SESC Departamento Nacional. Culturas indígenas, diversidade e educação. Rio de Janeiro: Sesc, Departamento Nacional, 2019.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Os direitos indígenas na Constituição Brasileira de 1988: da conquista aos atuais retrocessos. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 14, n. 3, p. 439-463, 2022.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na constituição. *Novos estudos CEBRAP*, v. 37, n. 3, p. 429-443, 2018.
- DE CASTRO ALGAYER, Cecília; DAS CHAGAS, Afonso Maria. O direito e os povos indígenas do Brasil: uma nova perspectiva de direitos humanos. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, v. 21, n. 39, p. 201-220, 2021.
- DIAS, Camila. Direitos dos povos indígenas e desenvolvimento na Amazônia. *Revista de Estudos Brasileños I número especial-Bioma Amazônia*, 2019.
- GOMES, Daiane de Oliveira; BRANDÃO, Wanessa Nhayara Maria Pereira; MADEIRA, Maria Zelma de Araújo. Justiça racial e direitos humanos dos povos e comunidades tradicionais. *Revista Katálysis*, v. 23, p. 317-326, 2020.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. Editora Método. 10ª edição - Revista, atualizada e reformulada, 2024.
- MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago Rafael. Direitos de povos indígenas no Brasil: o “núcleo essencial de direitos” entre diversidade e integracionismo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 15, n. 2, p. e39249-e39249, 2020. DOI: 10.5902/1981369439249.
- MOREIRA, Erika Macedo; RESENDE, Ana Catarina Zema de. Interculturalidade, jurisdição indígena e a Constituição Federal de 1988. *Revista de Movimentos Sociais e Conflito, Goiânia*, v. 5, n. 01, p. 79-94, 2019.
- PERUZZO, Pedro Pulzatto; OZI, Giulia. O direito à autoidentificação dos povos indígenas como direito fundamental. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 15, n. 2, p. e34252, 2020.