

## UMA ANÁLISE DO DIREITO ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIGENAS NO BRASIL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

### *AN ANALYSIS OF TRADITIONALLY LAND RIGHTS OCCUPIED BY INDIGENOUS PEOPLE IN BRAZIL FROM THE PERSPECTIVE OF HUMAN RIGHTS*

### *UN ANÁLISIS DE LOS DERECHOS TRADICIONALES A LA TIERRA OCUPADO POR INDÍGENAS EN BRASIL DESDE LA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS*

---

*Yuri Pereira GOMES<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente artigo visa a analisar o direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas no Brasil na perspectiva dos direitos humanos. Os direitos humanos consistem em direitos de caráter universal garantidos a qualquer indivíduo, de todos os povos e nações. Em relação à legislação internacional, destacam-se na proteção internacional dos povos indígenas a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais. No que respeita à metodologia, o trabalho utilizou a pesquisa bibliográfica e documental e, como método de abordagem, o dedutivo bibliográfico. A pesquisa se ateve a doutrinas e normas, a fim de fundamentar os conceitos de direitos humanos, povos indígenas e terras tradicionalmente ocupadas. Pode-se concluir que a legislação internacional serve de justificativa para que as terras indígenas sejam demarcadas no Brasil, considerando sua cultura de sustentabilidade do território, servindo de modelo para promover o desenvolvimento territorial sustentável.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Pelotas, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: [yuripgdd@gmail.com](mailto:yuripgdd@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0687-6324>.

**Palavras-chave:** direitos humanos; desenvolvimento sustentável; povos indígenas; terras tradicionalmente ocupadas.

**Abstract:** This article aims to analyze the right to lands traditionally occupied by indigenous peoples in Brazil from a human rights perspective. Human rights consist of universal rights guaranteed to any individual, of all peoples and nations. With regard to international legislation, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and Convention 169 of the International Labor Organization on Indigenous and Tribal Peoples stand out in the international protection of indigenous peoples. With regard to methodology, the work used research bibliographic and documents and, as a methodological approach, bibliographical deduction. The research focused on doctrines and norms in order to support the concept of human rights, indigenous peoples and traditionally occupied lands. It can be concluded that international legislation serves as a justification for demarcating indigenous lands in Brazil, considering its culture of territorial sustainability, serving as a model to promote sustainable territorial development.

**Keywords:** humanrights; sustainable development; indian people; traditionally occupiedlands.

**Resúmen:** Este artículo tiene como objetivo analizar el derecho a las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas en Brasil desde una perspectiva de derechos humanos. Los derechos humanos consisten en derechos universales garantizados a cualquier individuo, de todos los pueblos y naciones. Encuanto a la legislación internacional, se destacan en la protección internacional de los pueblos indígenas la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Encuanto a la metodología, el trabajo utilizo la investigación bibliográfica y documental y, como método de abordaje la deducción bibliografica. La investigación se centro em doctrinas y normas com el fin de sustentar los conceptos de derechos humanos, pueblos indígenas y tierras tradicionalmente ocupadas. Se puede concluir que la legislación internacional sirve como justificación para la demarcación de

tierras indígenas en Brasil, considerando su cultura de sostenibilidad territorial, sirviendo de modelo para promover el desarrollo territorial sostenible.

**Palabras claves:** *derechos humanos; desenvolvimiento sustentable; indigena; tierras tradicionalmente ocupadas.*

## Introdução

Neste artigo propomos uma análise do direito às terras tradicionalmente ocupadas por indígenas no Brasil, na perspectiva dos direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 revela um esforço do Constituinte originário no sentido de criar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos povos indígenas. Essa proteção alcançou um nível de proteção satisfatório, dando um passo à frente na proteção dos povos indígenas, com vários dispositivos referentes à propriedade das terras ocupadas por esses povos, além das relações dessas comunidades indígenas com suas terras, a preservação de suas línguas, usos, costumes e tradições.

O artigo 231 da CF/88 reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios, com o que reconhece a existência de minorias nacionais e institui normas de proteção de sua singularidade étnica especialmente de suas línguas, costumes e usos (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, é importante destacar que os direitos previstos aos povos indígenas para assegurar o direito às terras tradicionalmente ocupadas encontram amparo legal no texto constitucional vigente e nos tratados e convenções internacionais.

Como reflexo de sua Constituição e do importante papel que assume na política internacional com o compromisso de direitos humanos, o Estado Brasileiro reconhece os principais instrumentos internacionais de direitos humanos que resguardam os direitos dos povos indígenas. A saber, o Direito

Internacional dos Direitos Humanos é o ramo do Direito Internacional que visa a proteger e a promover a dignidade humana em todo o mundo, consagrando uma série de direitos dirigidos a todos os indivíduos sem distinção de qualquer espécie, inclusive de nacionalidade ou do Estado onde a pessoa se encontre.

Em relação à legislação internacional, destacam-se na proteção internacional dos povos indígenas a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, não tendo caráter vinculante. Esta Declaração é uma referência à legislação internacional na formulação e execução de políticas internacionais para os indígenas. Nessa declaração constam princípios como o direito à autodeterminação e a necessidade do consentimento e do acordo de vontades entre povos indígenas e Estados. A Declaração da ONU garante o direito de os povos indígenas serem consultados antes da adoção de medidas legislativas ou administrativas de qualquer natureza, incluindo obras de infraestrutura, mineração em seus territórios.

A Convenção nº 169 Sobre os Povos Indígenas é considerada o primeiro instrumento internacional vinculante com enfoque na proteção de direitos dos povos indígenas. Esse é o documento internacional mais abrangente em respeito às condições de vida dos indígenas. A Convenção destaca o direito de consulta e participação dos povos indígenas no uso, gestão e conservação de seus territórios. Também prevê o direito a indenização por danos e proteção contra despejos e remoções de suas terras tradicionais.

São consideradas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, as terras por eles habitadas em caráter permanente, imprescindíveis à preservação dos recursos naturais indispensáveis ao seu bem-estar, à sua reprodução cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

A metodologia utilizada na pesquisa adota a abordagem qualitativa, com enfoque no método dedutivo na análise das informações, baseando-se nas pesquisas de cunho bibliográfico e documental realizadas em legislação, livros, periódicos, artigos e em meios digitais.

## 1 Direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas

Pretende-se neste tópico apresentar os principais dispositivos relacionados ao direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas no Brasil, pontuados na Constituição Federal de 1988.

No que se refere às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, o artigo 231 da Constituição Federal estabeleceu a preservação da liberdade e continuidade histórica das comunidades indígenas, de modo a assegurar-lhes a sobrevivência física e cultural.

José Afonso da Silva (2005, p. 855) evoca que a base da proteção às terras indígenas contida no art. 231, §1<sup>o</sup> da Constituição de 1988, está fundamentada em quatro condições, a saber: i) serem por eles habitadas em caráter permanente; ii) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; iii) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; iv) serem necessárias à sua reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos, costumes e tradições.

José Afonso da Silva (2005, p.856) expõe que:

O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao

---

<sup>2</sup>Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988).

modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize de acordo com seus usos, costumes e tradições.

Para o autor (2005, p.858) a expressão permanente revela a relação dos indígenas com suas terras, estando ligada à ideia de uma garantia futura, de que as terras tradicionais indígenas serão destinadas para sempre a ser seu habitat.

O segundo elemento – a utilização da terra para atividades produtivas – está ligado à concepção de desenvolvimento de atividades necessárias para a subsistência da comunidade indígena, sendo elas: a caça, a pesca, agricultura, etc.

Quanto às terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, trata-se de que a utilização dessas terras pelos povos indígenas não inviabilize a conservação dos recursos naturais dos quais eles necessitam para sobreviver.

Por fim, o último elemento, a condição de que as terras sejam necessárias à sua reprodução física e cultural, significa que essas terras devem garantir o crescimento populacional sem prejuízo, bem como o espaço territorial deve ser suficiente para proporcionar o desenvolvimento cultural da comunidade indígena (SILVA, 2005, p.856).

Vale dizer que essas terras são de domínio da União (CF, art. 20, XI), a quem compete privativamente efetivar o processo demarcatório dessas terras destinadas à posse permanente dos indígenas, que possuem o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (CF, art. 231, §2º).

Deve-se ter em conta, também, a vedação constitucional de remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nas hipóteses constitucionalmente

previstas (CF, art. 231, §5º), em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. (SILVA, 2005, p. 855).

A Constituição considerou como nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, assim como a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar. Estabeleceu ainda que a nulidade e a extinção não geram direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, §6º).

Assim, compete à União demarcar as terras indígenas (CF, art. 231). O art. 67 do Ato das Disposições Transitórias determina que a União deveria concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição. Esse prazo encerrou-se em 5 de outubro de 1993 sem que pudesse ter sido concluída a demarcação de todas as áreas indígenas no país. Apesar disso, de acordo com a Fundação Nacional dos Indígenas (2022), o Brasil tem 672 terras indígenas, sendo 115 delas em fase de estudo, ou seja, ainda não foram definidos os tamanhos dessas áreas, de modo que possam ser demarcadas.

No artigo 232, a Constituição consagrou a legitimidade de indígenas, de suas comunidades e organizações, para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, devendo o Ministério Público intervir em todos os atos do processo.

A intervenção do Ministério Público é indispensável, haja vista que a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas se encontra elencada dentre suas funções institucionais elencadas no texto constitucional (SILVA, 2005, p. 860-861).

## 2 Instrumentos Internacionais de Proteção aos Direitos dos Povos Indígenas

Como reflexo de sua Constituição democrática e do importante papel que assume na política internacional com o compromisso de direitos humanos, o Estado Brasileiro reconhece os principais instrumentos internacionais de direitos humanos que resguardam os direitos dos povos indígenas.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é uma importante ferramenta de proteção a qualquer cidadão no mundo. Ainda assim, existem diversos casos de desrespeito a esses direitos, colocando pessoas em situações de abuso, intolerância, discriminação e opressão.

A promoção desses direitos é imprescindível para o pleno exercício de qualquer democracia.

A Segunda Guerra Mundial resultou na perda de um grande número de pessoas, sobretudo com as muitas violações a direitos individuais cometidas por governos fascistas e nazistas durante o período. Logo após o fim do conflito, formou-se a Organização das Nações Unidas, cujo objetivo declarado é trazer paz a todas as nações do mundo.

A criação da ONU favoreceu a edificação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 10 de dezembro de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais.

Ao se internacionalizar a proteção dos direitos humanos, passaram a surgir os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, com o fim de complementar a proteção interna que os Estados oferecem, quando aquela é insuficiente para assegurar o pleno exercício dos direitos que estes se comprometeram a respeitar e a garantir. Surgem então os sistemas universal,



regional americano e regional europeu e, mais recentemente, os sistemas africano e asiático (PIOVESAN, 2019, p.70).

A proteção dos direitos humanos é um dos principais objetivos da Organização das Nações Unidas. Com a adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, a ONU desenvolveu normas internacionais de Direitos Humanos, bem como mecanismos para promover e proteger esses direitos.

Essa universalização dos direitos humanos ajudou na formação de um sistema global de proteção dos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas, cujos principais mecanismos são: o Conselho de Direitos Humanos da ONU, a Revisão Periódica Universal, os Relatores Especiais e os Órgãos de Monitoramento.

O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos não é regulado somente no âmbito global, mas também no âmbito regional, por meio da reunião de países de um determinado continente. São os chamados Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, que têm como atribuição defender e proteger juridicamente os Direitos Humanos previstos em acordos internacionais nos países que fazem parte do sistema.

Os três sistemas regionais de direitos humanos mencionados fazem parte de sistemas de integração regional com uma atribuição bem mais ampla do que apenas a dos direitos humanos; no caso da África, a organização matriz é a União Africana (UA); nas Américas é a Organização dos Estados Americanos (OEA); e na Europa é o Conselho da Europa (CE).

A fim de conhecer as violações individuais e sistemáticas de direitos humanos por parte de um Estado, firmam-se no âmbito do sistema global dois tipos de mecanismos de proteção dos direitos humanos, os convencionais e os extra-convencionais.

Os mecanismos convencionais de proteção dos direitos humanos são assim chamados porque foram estabelecidos através de convenções. Já os mecanismos extra-convencionais de proteção dos direitos humanos são aqueles criados através de resolução de órgãos legislativos da ONU, como a Comissão de Direitos Humanos, o Conselho Econômico e Social ou a Assembleia Geral.

O Sistema de Proteção dos Direitos Humanos no âmbito internacional tem manifestado preocupação com a situação das comunidades tradicionais, que incluem os povos indígenas.

A adoção desses instrumentos internacionais é um avanço para a proteção dos povos indígenas, pois que são instrumentos dedicados à promoção do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, língua ou nacionalidade.

No entanto, a maioria desses instrumentos não é suficientemente eficaz para proteger esses direitos, sobretudo porque focam em proteger os direitos individuais das pessoas indígenas. Os povos indígenas necessitam do reconhecimento de direitos coletivos específicos para buscar garantir a sua sobrevivência, bem-estar e dignidade como grupo humano.

Consciente dessa necessidade, a comunidade internacional vem trabalhando na adoção de normas de caráter coletivo destinada a proteger os povos indígenas. A adoção desses instrumentos específicos é um avanço importante que compensa a insuficiência dos instrumentos dedicados a abordar a discriminação sofrida pelos povos indígenas.

Deste modo, os principais instrumentos internacionais em vigor, dedicados exclusivamente aos direitos dos povos indígenas são: a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho em 07 de junho de 1989 e Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos

Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de setembro de 2007.

## 2.1 Convenção nº 169 da OIT Sobre os Povos Indígenas e Tribais

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais é um tratado internacional adotado pela Conferência Internacional do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho em 1989.

Essa Convenção parte do princípio de que os povos indígenas em diversas partes do mundo, esses povos não têm condições de gozar de seus direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e ainda veem violados os valores característicos de suas respectivas comunidades.

A Convenção também reconhece "as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram". Lembra também "a particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais".

A Convenção 169 aplica-se "aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial". Aplica-se também "aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas" (art. 1º).

A Convenção 169 é regida pelo princípio da não discriminação e estabelece que “os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação” (art. 3).

Os Estados deverão assumir a responsabilidade pela aplicação das normas desta Convenção. Nesse sentido, os Estados deverão adotar as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados, que deverão ser reconhecidos, protegidos e respeitados em sua integridade, desde que tais providências não sejam contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados (arts. 4 e 5).

A Convenção visa a promover a maior participação possível das comunidades tradicionais nas decisões, onde os Governos deverão consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente (art. 6).

Os povos indígenas possuem o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que essas ações afetem as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural (art. 7).

A proteção das terras indígenas é regulada entre os artigos 13 a 19 e parte do princípio de que toda ação relativa às comunidades tradicionais deverá levar em conta a importância especial da relação desses povos com suas terras e territórios.

Os artigos 14 e 15 enfatizam o direito de consulta e participação dos povos indígenas no uso, gestão e conservação de seus territórios. Além disso, preveem o direito a indenização por danos e a proteção contra despejos e remoções de suas terras tradicionais.

Os Estados deverão "reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam", e deverão tomar providências "para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência", dando, neste último caso, especial atenção a povos nômades e agricultores itinerantes. Deverão ser "especialmente protegidos" os direitos das comunidades tradicionais aos recursos naturais existentes em suas terras.

Em relação à proteção das terras das comunidades tradicionais, o artigo 15, parágrafo 2º, referente à existência de recursos minerais em terras indígenas, dispõe que:

Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades (OIT, 1989).

Os povos indígenas não deverão ser trasladados das terras que tradicionalmente ocupam. Porém, quando necessário, deverá ocorrer apenas a partir do consentimento livre dos integrantes dessas comunidades e, quando não

for possível obter esse consentimento, "o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional", com representação efetiva dos povos interessados (art. 16).

A convenção ressalta que, quando tal retorno não for viável, os povos interessados deverão idealmente receber terras "cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro", ressalvada a possibilidade de tais povos "preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas".

Por fim, os Estados signatários dessa Convenção deverão adotar medidas, inclusive por meio de lei adequada, "contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações" (art. 18).

## 2.2 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada pela Resolução 1/2, do Conselho dos Direitos Humanos da ONU, de 29/06/2006, e pela Resolução 61/295, da Assembleia Geral da ONU, de 2007. Vale ressaltar que a Declaração não é juridicamente vinculante. Esta Declaração serve de referência para a legislação internacional na formulação e execução de políticas internacionais para as comunidades indígenas (ONU, 2008).

O texto reflete o conjunto das reivindicações dos povos indígenas acerca da melhoria de suas relações com os Estados nacionais e serve para estabelecer parâmetros mínimos para outros instrumentos internacionais e leis nacionais. Na declaração constam princípios como a igualdade de direitos e a proibição de

discriminação, o direito à autodeterminação e a necessidade de fazer do consentimento e do acordo de vontades o referencial de todo o relacionamento entre povos indígenas e Estados.

A Declaração dispõe que os povos indígenas têm os mesmos direitos de todos os demais grupos humanos. “Reconhecendo a necessidade urgente de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas estruturas políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e de sua concepção da vida, especialmente os direitos às suas terras, territórios e recursos (ONU, 2008).

Também reconhece o respeito aos conhecimentos, às culturas e às práticas tradicionais indígenas que contribui para o desenvolvimento sustentável e equitativo e para a gestão adequada do meio ambiente (ONU, 2008).

Em seu artigo primeiro, a Declaração reitera que "Os indígenas têm direito, a título coletivo ou individual, ao pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o direito internacional dos direitos humanos" (art. 1º).

Em seguida, entre os artigos 2 e 40, a Declaração consagra um rol de direitos em favor dos povos indígenas, dentre os quais destacamos o direito às terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas.

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação, pela qual "determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural" e "têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas", e "têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais" (arts. 3º-5º).

O direito à autodeterminação garante aos povos indígenas que conquistem o seu bem-estar de acordo com suas próprias práticas, modos de vida e costumes. Esse direito é muito importante, pois garante a sobrevivência dos povos indígenas como povos distintos. Assegura-lhes, também, o direito de buscar o seu bem-estar e um futuro de acordo com suas próprias práticas, modos de vida e costumes. Para assegurar que esses povos usufruam deste direito, os Estados devem garantir aos povos indígenas o efetivo reconhecimento do direito de determinar e elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento de suas terras ou territórios, assim como dos recursos naturais que ali se encontram.

Os povos indígenas têm "direito à vida, à integridade física e mental, à liberdade e à segurança pessoal" e "não serão submetidos a qualquer ato de genocídio, ou a qualquer outro ato de violência, incluída a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo" (arts. 7º- 8º).

A declaração garante o direito de os povos indígenas serem consultados antes da adoção de medidas legislativas ou administrativas de qualquer natureza, incluindo por exemplo, obras de infraestrutura. "Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso" (art. 10).

As normas internacionais estabelecem diretrizes sobre como devem ser realizados os processos de consulta aos povos indígenas. Deste modo, determinando que as consultas sejam prévias, livres e informadas; devendo ser feita através de procedimentos culturalmente adequados, e através de suas instituições representativas. Além do mais, a consulta deve ser de boa-fé e realizada de forma a obter o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados.



O direito à terra é regulado pelos artigos 26 a 28 e 32. Ficou estabelecido que "Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido", tendo também o "direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuam". Devem os Estados estabelecer procedimentos de "reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos das terras indígenas" (arts. 26-28).

Por isso, os povos indígenas têm direito à reparação "pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado", podendo tal reparação consistir em indenização ou restituição da terra (art. 28).

Vale novamente mencionar que, conforme os artigos 8 e 10, os povos indígenas não podem ser privados ou removidos à força de suas terras, territórios ou recursos.

A Corte de Direitos Humanos também se pronunciou sobre o dever de proteção ao meio ambiente, regulado pelos artigos 29 a 31. Dentre os direitos consagrados, "os Estados adotarão medidas eficazes para garantir que não se armazenem, nem se eliminem materiais perigosos nas terras ou territórios dos povos indígenas, sem seu consentimento livre, prévio e informado" (art. 29).

O direito à propriedade das terras indígenas não pode desvincular-se da questão do acesso aos recursos naturais que tradicionalmente foram usados pelas comunidades indígenas. Esses recursos são componentes desses territórios, pois são necessários para a sobrevivência, desenvolvimento e continuidade do modo de vida desses povos. Nessa medida, os recursos naturais ligados às suas culturas são de propriedade dos povos indígenas e devem ser protegidos.

Cabe enfatizar que “não se desenvolverão atividades militares nas terras ou territórios dos povos indígenas, a menos que essas atividades sejam justificadas por um interesse público pertinente ou livremente decididas com os povos indígenas interessados, ou por estes solicitadas” (art. 30).

Ao final, a Declaração estatui que "Nada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar de uma atividade ou de realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas, ou será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes" (artigo 46).

### 3 Incorporação ao direito interno brasileiro

No Brasil a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 4º, inciso II é categórica ao afirmar que nas relações internacionais a República Federativa deve ser regida com prevalência dos direitos humanos.

Em 2002 o Brasil ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, por meio do Decreto Legislativo nº 143, em vigor desde 2003. E em 2007, em Nova Iorque, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas.

Tanto a Convenção 169 da OIT, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas protegem o direito à propriedade das terras indígenas.

A execução dessas normas internacionais Nos Estados só é possível graças a sua incorporação ao Direito interno, que é o processo pelo qual os tratados passam a fazer parte do ordenamento jurídico nacional dos entes

estatais, adquirindo status semelhante ao das demais espécies normativas da ordem estatal.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 regulamentou a forma de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito interno, incluindo as convenções, recomendações, resoluções e demais normas aprovadas nas conferências ONU e da OIT.

Com a incorporação, os tratados podem ser invocados por qualquer pessoa natural ou jurídica dentro do território de um Estado Nacional e podem fundamentar as ações e decisões dos órgãos e autoridades nacionais dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

### **3.1 Processo de internalização dos tratados de Direitos Humanos no Brasil**

No Brasil, a incorporação de um tratado internacional decorre da aprovação do tratado no Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, a ratificação do ato internacional pela Presidência da República e a entrada em vigor do tratado no âmbito internacional e conclui com a promulgação, ato de competência do Presidente da República, formalizado por meio de decreto que determina a execução do tratado no âmbito nacional e com a publicação no Diário Oficial da União, conferindo ao ato internacional força normativa dentro do território brasileiro.

Esse sistema é regulado pela Constituição da República e envolve a competência dos poderes constituídos para celebrar tratados e a sistemática de incorporação dos tratados no ordenamento interno. Trata-se de um sistema de colaboração complexo entre os poderes Executivo e Legislativo (BONAVIDES, 2009, p. 1100).

Segundo Sarlet, Mitidiero e Marinoni (2020, p. 445), a regra adotada pelo direito constitucional brasileiro tem sido a de procedimento formal de

incorporação, o qual resulta da atuação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, conforme estabelecido pelos artigos 84, VIII, e 49, I, ambos da CF, acrescidos, por força de emenda constitucional, do § 3.º do art. 5.º da CF, que se refere especificamente aos tratados em matéria de direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 84, que “compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, e o artigo 21 dispõe como sendo competência da União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. Prevê o artigo 49 que “é da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (BRASIL, 1988).

Diz a Constituição que os tratados internacionais são assinados, no Brasil, pelo Presidente da República, que possui competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, na forma do artigo 84, VIII, da Constituição Federal.

Após assinatura do tratado pelo Presidente da República e posterior envio, pelo chefe do Executivo, ao Congresso Nacional para aprovação do Poder Legislativo, que se oficializa o aprovado por meio de Decreto Legislativo, que constitui ato da competência exclusiva do Congresso Nacional, portanto, não sujeito à sanção presidencial.

No Brasil, após a sua ratificação, o tratado, ainda, é promulgado por decreto do Presidente da República, e publicado no Diário Oficial da União, é que o procedimento terá sido completado, passando o tratado a vincular tanto na esfera interna quanto na esfera internacional (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2020, p. 445).

Embora o procedimento habitual seja o mencionado, no caso dos tratados internacionais de direitos humanos, a partir da Emenda Constitucional nº

45/2004<sup>3</sup>, a Constituição Federal passou a contar com um rito especial para aprovação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2020, p. 445).

A Emenda Constitucional 45 introduziu o parágrafo 3º no artigo 5º, que fixou regras específicas para os tratados de direitos humanos, os quais poderão adquirir status de emenda constitucional caso sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

O tratado de direitos humanos que foi promulgado incorpora-se ao ordenamento jurídico brasileiro e, dessa forma, passa a ter caráter vinculante, conferindo direitos e estabelecendo obrigações, podendo ser invocado pelo Estado e por particulares para fundamentar pretensões junto aos órgãos jurisdicionais e, também pautar a conduta de todos os membros da sociedade. Como parte da ordem jurídica interna, o descumprimento das normas do tratado enseja a possibilidade de sanções previstas no próprio Direito brasileiro (PORTELA, 2017, p. 127).

Por fim, a inserção de um tratado internacional ordem jurídica brasileira implica a possibilidade de conflitos com outras normas, a serem solucionados de acordo com os critérios que os Estados adotam. Com isso, é possível que uma norma internacional não prevaleça, no caso concreto, diante de outra norma, provocando a violação do tratado. Esse assunto será discutido no próximo tópico.

---

<sup>3</sup>A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, publicada em 31/12/2004, alterou significativamente o quadro constitucional brasileiro. Não só a criação do Conselho Nacional de Justiça e a redistribuição de algumas competências entre os Tribunais Superiores concorreram para esse novo momento constitucional, mas, principalmente, a escolha legislativa do constituinte derivado ao inserir no art. 5º da Constituição Federal o parágrafo 3º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

### 3.2 Hierarquia normativa dos tratados internacionais perante o direito brasileiro

A Constituição de 1988, em nenhum de seus dispositivos, estatuiu com clareza a posição hierárquica dos tratados internacionais perante o Direito brasileiro.

Desde 1977 vigora na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal esse último sistema, em que o tratado, uma vez formalizado, passa a ter força de lei ordinária, podendo revogar as disposições em contrário, ou ser revogado diante de lei posterior.

Discutimos, neste tópico, a posição hierárquica que o STF atribui aos tratados e convenções internacionais frente à Constituição Federal e às leis ordinárias.

Antes de 1977, o STF posicionava-se no sentido da primazia do tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Com efeito, Philadelpho Azevedo, então Ministro da Excelsa Corte, publicou, em 1945, comentário em que demonstrava a posição da Suprema Corte, quanto à prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno infraconstitucional. Tal situação veio a ser modificada a partir de 1977, no julgamento do *RE* 80.004/SE, quando se assentou que ante o conflito entre o tratado e a lei interna deveria prevalecer a mais recente das normas, aplicando-se a máxima *lex posterior derogat priori*.

A discussão versava sobre o conflito entre o Decreto-lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória na repartição fiscal, sob pena de nulidade, e a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, aprovada pela Convenção de Genebra, ratificada pelo Brasil e com vigência reconhecida pelo próprio STF. O fundamento de toda a controvérsia residia na pretensão de nulidade do Decreto-lei nº 427/69, que

exigia o registro da nota promissória na repartição fiscal não previsto na Lei Uniforme de Genebra (MAZUOLLI 2020, p. 473).

O posicionamento acerca da situação dos tratados na ordem jurídica brasileira é sintetizado pelo Ministro Celso de Mello, nos seguintes termos:

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico *{lex posterior derogat priori}* ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

Para Canotilho (1993, p. 1112) o entendimento acerca da infraconstitucionalidade dos atos internacionais está fundamentado no artigo 102, III, b, da Constituição Federal, que dispõe que os tratados internacionais estão sujeitos a controle de constitucionalidade, ao determinar que

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Na doutrina, destacam-se os argumentos de que as normas constitucionais devem ser aprovadas por um procedimento mais complexo.

Nesse julgamento, o STF preferiu apoiar-se na ideia de que não há prevalência hierárquica entre tratados internacionais e leis internas e, sendo assim, um compromisso internacional poderia ver-se revogado, sem maiores consequências no plano do Direito interno, por legislação ordinária posterior. Portanto, após 1977 e antes da Emenda Constitucional nº 45, a posição do STF é de que todos os tratados internacionais seriam recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária.

### **3.3 Hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro**

Neste item é examinada a hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, no que diz respeito aos direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos, que, por via da abertura propiciada pelo art. 5º, §2º<sup>4</sup> da CF, passam a integrar o catálogo constitucional de direitos fundamentais, o problema da força normativa no plano interno tem sido objeto de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial.

Outrossim, Flávia Piovesan (2013, p.124) considera que os tratados de direitos humanos apresentam posição hierarquicamente superior em relação aos

---

<sup>4</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º 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).



demais tratados internacionais de caráter mais técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens*.

Contudo, a posição do Supremo Tribunal Federal referente ao tema do conflito entre tratados e leis internas, deu-se com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, de 29 de março de 2000, no RHC 79.785/RJ, que entendeu ser possível considerar os tratados de direitos humanos como documentos de caráter supralegal.

O Ministro Gilmar Mendes, na sessão plenária do dia 22 de novembro de 2006, no julgamento do RE 466.343-1/SP, em que se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia defendeu o a tese de que os tratados de direitos humanos estariam num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional. Segundo o seu entendimento, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos, segundo a qual os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

A partir de então, afirma Flávia Piovesan (2010, p. 91-2):

[...] conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §1º – aplica-se a sistema de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. Com efeito, salvo na hipótese de tratado de direitos humanos, no Texto Constitucional não há dispositivo que enfrente a questão da relação entre o Direito Internacional e o interno. Isto é, não há menção expressa a qualquer das correntes, seja à monista, seja à dualista. Por isso, a doutrina predominante tem

entendido que, em face do silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista [...]. Embora seja essa a doutrina predominante, este trabalho sustenta que tal interpretação não se aplica aos tratados de direitos humanos, que, por força do art. 5º, §1º, têm aplicabilidade imediata. [...]. Logo, defende-se que a Constituição adota um sistema jurídico misto, já que, para os tratados de direitos humanos, acolhe a sistemática da incorporação automática, enquanto para os tratados tradicionais acolhe a sistemática da incorporação não automática.

A polêmica referente à aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil levou à criação da possibilidade de que as normas internacionais de direitos humanos alcançassem status mais condizente com sua importância. Para isso, a Emenda Constitucional 45, de 2004, introduziu o parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição, que passou a dispor que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988).

A inserção desse parágrafo na Constituição abriu a possibilidade de que as normas internacionais de Direitos Humanos adquiram também status de formalmente constitucionais a depender tão somente do quórum de aprovação (PORTELA, 2017, p. 133).

Sarlet, Mitidiero e Marinoni (2020, p. 445) preceituam que os tratados incorporados antes da inserção do §3º no art. 5.º da CF possuem hierarquia supralegal, prevalecendo, portanto, sobre toda e qualquer norma infraconstitucional interna, mas cedendo em face da Constituição Federal. Por sua vez, os tratados aprovados pelo Congresso Nacional na forma do art. 5º, § 3º, da CF possuem hierarquia e força normativa equivalentes às emendas constitucionais.

Os primeiros tratados de direitos humanos aprovados no Brasil nos termos da norma do parágrafo terceiro do artigo quinto do texto constitucional foram a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo<sup>5</sup> e, e por último o Tratado de Marraqueche<sup>6</sup>, que também foi aprovado no Congresso Nacional pelo procedimento previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, fato que ocorreu no ano de 2015.

Deste modo, é necessário destacar que a entrada em vigor da EC 45, que introduziu no texto constitucional o parágrafo 3º do artigo 5º, não gerou a perda da eficácia dos direitos humanos anteriores, os quais continuam em vigor na nova ordem constitucional, pela qual foram recepcionados, ainda que com o status de supralegalidade, não como equivalentes às emendas constitucionais (PORTELA, 2017, p. 136).

## Considerações Finais

Diante do exposto, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 dedicou capítulo especial aos indígenas, considerados minoria, devendo, portanto, ter um tratamento especial, considerando a igualdade material em nosso ordenamento jurídico.

Os direitos constitucionais dos indígenas estão expressos num capítulo específico da Constituição de 1988 (título VIII, "Da Ordem Social", capítulo VIII,

---

<sup>5</sup>O texto da convenção foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006 e promulgado pelo Brasil em 25 de agosto de 2009, através do Decreto n. 6 949. A Convenção tem por diretrizes: proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade.

<sup>6</sup> O Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso foi promulgado no Brasil com a assinatura do Decreto nº 9.522, de 8 de outubro de 2018, publicado no Diário Oficial da União de 9 de outubro de 2018. Com o objetivo combater a carência de livros e de outras obras, vivenciada pelas pessoas com deficiência em todo o mundo, o Tratado de Marraqueche cria condições para a disseminação de obras intelectuais em formatos acessíveis mediante limitações ou exceções obrigatórias aos direitos autorais. Em outros termos, o Tratado possibilita a criação de cópias e o intercâmbio transfronteiriço de obras em formatos acessíveis, sem que, com isso, haja violação aos direitos autorais dos titulares das respectivas obras.

"Dos Índios"), além de outros dispositivos dispersos ao longo de seu texto e de um artigo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A Constituição de 1988 reconheceu expressamente aos índios "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens" (art. 231).

Esclarece o §1º desse mesmo artigo que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Tais terras, declara o §2º, destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes".

Ainda dispôs o §6º do art. 231, que "são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção do direito à indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé".

Ademais, constatou-se o caráter vinculante da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, que apresenta importantes avanços no reconhecimento dos direitos indígenas coletivos de aspectos de direitos econômicos, sociais e culturais. De acordo com a Convenção, as terras indígenas devem ser concebidas como a integralidade do meio ambiente das áreas ocupadas ou usadas pelos povos indígenas abrangendo aspectos de natureza coletiva e de direitos econômicos, sociais e culturais além dos direitos civis.

Reconheceu-se na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas o seu direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Para tanto, os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

Neste sentido, o parágrafo 3º do artigo 5º da Emenda Constitucional nº 45/2004 confere hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados através de quórum qualificado. Entretanto o legislador não estabeleceu a posição hierárquica dos tratados recepcionados anteriormente à emenda constitucional. Tendo em vista as diferentes perspectivas adotadas pelo legislador, o STF sustentou que enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional.

Em face do exposto, é evidente que o Estado Brasileiro deve cumprir o seu dever de policiar e de manter estas terras e estes povos protegidos, conforme estabelece a Constituição da República. Por fim, assegurar a proteção desses territórios é, também, uma forma de preservar a identidade, o modo de vida, as tradições e a cultura desses povos.

## Referências

BONAVIDES, Paulo. **Comentários à Constituição Federal de 1988**, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1100.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm).

Acesso em: 19 de julho de 2022.

Org&Demo, Marília, v. 25, 2024. Fluxo contínuo

DOI: <https://doi.org/10.36311/1519-0110.2024.v25.e024009>



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution 4.0 International License.

BRASIL. **Convenção nº 169 da OIT**, de 07 de junho de 1989. Decreto nº 5.051/2004.

Disponível em:

<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em 13 de julho de 2022.

BRASIL. **Decreto 7.030, de 14.12.2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 19 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 427, de 22 de janeiro de 1969**. Dispõe sobre a tributação do imposto de renda na fonte, registro de letras de câmbio e notas promissórias e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0427.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0427.htm). Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 9522, de 08 de outubro de 2018**. Tratado de Marraqueche para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso. Disponível em:

<https://www.gov.br/turismo/pt-br/secretaria-especial-da-cultura/assuntos/direitos-autorais/tratado-de-marraqueche/pdfs/tratadodemarraqueche.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **ADI-MC 1480/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 04. set.97. DJ de 18.05.01. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1646696>. Acesso em: 20 jul. 22.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 80004/SE**. Rel. Min. Xavier Albuquerque. Julgado em 01/06/1977. Tribunal Pleno, Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>. Acesso em 14 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. RE nº 466343**. Tribunal Pleno. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC nº 79785 RJ**. Tribunal Pleno. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de março de 2000. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/964202/mod\\_resource/content/1/RHC%2079785.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/964202/mod_resource/content/1/RHC%2079785.pdf). Acesso em: 11 jul. 2022.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

FUNDAÇÃO NACIONAL DOS POVOS INDÍGENAS. Ministério dos povos indígenas. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br>

MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAZZUOLI, V. O. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. **Revista CEJ**, Brasília, DF, n. 14, p. 112-120, mai./ago. 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf) Acesso em 12 de julho de 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Genebra, 27 jun. 1989. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/conven%C3%A7ao-n-169-da-oit-povos-indigenas-e-tribais>

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PORTELA, P. H. G. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SARLET, I. W.; MITIDIERO, D.; MARINONI, L. G. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1552 p.

SILVA, J. A. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

Submetido em: 10/03/2023

Aceito em: 27/09/2024