

9

Pluralismo jurídico indígena: a emergência de um novo paradigma para além do direito positivo

Indigenous legal pluralism: The emergence of a new paradigm beyond the positive law

ALEXIA RODRIGUES BROTTTO

Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PPGD-PUC/PR. *E-mail* para correspondência: alexiabrotto@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Na modernidade, com o fenômeno do formalismo e monismo jurídico, aliados à colonização da América Latina, o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas foi marcado por diversas lutas contra os homens brancos até que se chegasse ao reconhecimento de alguns direitos coletivos, acabando-se com as teorias da integração, sobretudo com a própria Constituição Federal de 1988.

No entanto, verificar-se-á, no decorrer deste trabalho, em que pesem as garantias constitucionais de proteção, que se torna inconcebível a atribuição e submissão dos índios a iguais preceitos normativos do Direito estatal vigente, pois “cada mundo da vida provê aos seus membros uma bagagem cultural comum de conhecimento, padrões de socialização, valores e normas”¹, que se traduzem no seu próprio regramento político e jurídico.

Dessa forma, justifica-se a escolha do tema na importância de uma de explanação da necessidade do reconhecimento, não só de direitos dos povos indígenas, mas também do seu próprio ordenamento jurídico, apto a conviver,

¹ HABERMAS, Jürgen. Conceptions of modernity. In: HABERMAS, Jürgen. *The postnational constellation*. Cambridge: MIT Press, 2001. p. 152.

concomitantemente, com o ordenamento positivo do Estado nacional, superando-se o paradigma da modernidade, no intuito de um Estado essencialmente democrático e plurinacional, ainda que no mesmo espaço geopolítico.

2. A MUDANÇA PARADIGMÁTICA

Vive-se um contexto de transição: do direito, da ciência, da sociedade. Essa fase de mudanças, esse “entretempo” – entre o passado moderno e o futuro contemporâneo – reflete-se claramente na atualidade por meio das modificações dos princípios do Estado, do mercado e da comunidade, do pluralismo, da cultura, das transformações sociais e das relações jurídicas complexas.

De fato, são as transformações sociais, políticas e econômicas, bem como o seu contexto histórico, que orientam o alcance e o desenvolvimento do Estado e de suas relações com seus subordinados. No entanto, a ciência, como promotora de novos projetos e concepções, teoricamente proposta como um sistema aberto, passa a ser brutalmente funcionalizada a favor do capitalismo, diminuindo seu potencial de visão emancipatória, uma vez que o conhecimento científico, ao se transformar em conhecimento regulador hegemônico, inviabiliza o potencial emancipatório de um novo paradigma nascente. E, nesse sentido:

Repensar criticamente o paradigma da juridicidade estatal, no Brasil, nos impõe a tarefa de desmistificar toda a tradição hegemônica de uma cultura marcada, como lembra José Eduardo Faria, por “(...) uma visão formalista do Direito, destinada a garantir valores burgueses e insistindo em categorias formuladas desde a Revolução Francesa (como, por exemplo, a univocidade da lei, a racionalidade e a coerência lógica dos ordenamentos, a natureza neutra, descritiva e científica da dogmática etc.), reproduz um saber jurídico retórico, cuja superação é de difícil consecução, pois é justificadora e mantenedora do sistema político, entreabrindo a visão do Direito apenas como um instrumento de poder”. Daí por extensão, seus princípios fundamentais se identificarem com um dogmatismo que pressupõe verdades perenes e imutáveis, capazes de exercer o controle social sem sacrifício de sua segurança e aparente neutralidade².

A sociedade é complexa, e o paradigma da complexidade, abrangendo uma sociedade cada vez mais global e cada vez mais única, incita a juridicização da economia, da política, dos fenômenos sociais e da própria sociedade. E, sob o

² WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994. p. 79.

respaldo da inclusão e da integração, acabam-se unificando as propostas emancipatórias, sem que lhe seja concedido um espaço amplo de atuação, de reivindicação de direitos, de organização de sua própria estrutura, como acontece com os índios, sob o fundamento da integração “índios e brancos”. Acaba impondo aos primeiros o projeto de vida, organização, cultura e normatividade dos últimos.

De fato, o colapso da modernidade reflete-se nas questões críticas do conhecimento e em todos os ramos da ciência e da cultura. Isso porque o sistema tradicional – ainda que calcado num capitalismo “organizado” – não consegue atender às demandas sociais, ao novo grupo de pessoas que se forma sob a máscara do consumismo; aos anseios políticos; aos novos direitos e às novas concepções de ordenamento com a tendência do pluralismo jurídico; esquecendo-se do homem³ como sujeito concreto de direitos⁴, independentemente de sua raça, cor, cultura ou religião.

Nesse contexto, Boaventura de Sousa Santos⁵ entendeu que a função desempenhada pelo Direito é um papel central nessas relações entre o que é tradicional e sedimentado na doutrina e dogmática jurídicas, e as propostas de um porvir de inúmeras possibilidades, inclusive na seara da concomitância de novos ordenamentos jurídicos que atendam à realidade de determinadas estruturas culturais, uma vez que a diversidade não incide somente na relação Estado/sociedade, sobretudo no âmbito da distribuição e legitimação do poder diante da pluralidade de atores sociais.

Pensar nessa mudança, e pensar o modo como se pensa essa mudança, remete a uma reconstrução de saberes, conceitos e análise de possibilidades em uma caminhada para um novo paradigma social e, também, jurídico, propiciando não a mera “inclusão”, mas garantindo que o conhecimento, as tradições e as regras de determinada estrutura social possam ter autonomia perante o ordenamento estatal. Estes novos conceitos representam a oportunidade para o Direito clássico submeter-se à autocrítica⁶ na tentativa de superação do paradigma monista da modernidade. Para tanto:

³ “O que está hoje a morrer não é a noção de homem, mas sim a noção insular do homem, separado da natureza e da sua própria natureza (...). Dobram os sinos por uma teoria fechada, fragmentária e simplificante do homem, Começa a era da teoria aberta, multidimensional e complexa.” (MORIN, 1973: 193).

⁴ “Sujeito concreto e cidadania não se assentam na razão de uma compreensão exclusivamente abstrata do sujeito: passa a ter sentido o plano do seu conteúdo, bem como suas projeções concretas. Com isso, é possível afirmar que, quando a Constituição Brasileira de 1988 tutela o direito à vida – e coloca em um primeiro grau o direito de personalidade –, situando em um primeiro patamar o sujeito, não está fazendo homenagem àquele sujeito abstrato do sistema clássico. Refere-se a um novo sujeito, alguém que tenha uma existência concreta, com certos direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo (que compreende a habitação) e sobrevivência.” (FACHIN, 2003: 189).

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 164.

⁶ SILVA, Letícia Borges da. *Multiculturalismo e biodiversidade: um desafio ao direito vigente*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: PUC/PR, 2007. p. 165.

Tal superação implica o direcionamento para um modelo cultural estruturado na proliferação de espaços políticos locais, na pluralidade do “social”, nas prioridades concretas de um “mundo da vida cotidiana”, na emancipação e libertação de experiências humanas plurais e na construção de um conhecimento (...) a partir da práxis concreta⁷.

Eis que é neste cenário de transição que emerge o repensar da sociedade civil “enquanto espaço público de efetivação da pluralidade democrática”⁸. E, nesse contexto, a questão do pluralismo jurídico indígena torna-se tema a ser enfrentado por todas as áreas do conhecimento e, no caso do Direito, elemento indispensável na elaboração e no desenvolvimento de uma nova cultura normativa, ainda que discrepante do Estado centralizador, afetando suas bases monistas, as quais não conseguem subsistir aos acontecimentos sociais.

3. A TRAJETÓRIA

O pluralismo jurídico não é assunto inovador. Já na Idade Média, com o pensamento ideológico calcado na concepção corporativa da vida social, compreendiam-se os fenômenos coletivos, cada qual com sua autonomia interna para as funções políticas. Ademais, estava presente um sistema jurídico múltiplo e consuetudinário⁹, embasado na hierarquia e regalia dos nobres.

Roma, em relação aos estrangeiros e outros povos, era mais acolhedora e tolerante, não procurando impor aos povos uma assimilação forçada e, pelo contrário, respeitando seus direitos e tradições¹⁰. Com a crise na esfera da formação social, modo de produção da riqueza e organização político-institucional – fatores predominantes na transição da economia agrária para a economia mercantil –, passou-se a adotar um novo modelo de desenvolvimento econômico e social no qual o capital é o principal fundamento da produção e vida em sociedade.

Com a Idade Moderna e o sistema capitalista, emergiu também o monismo jurídico, concebendo um direito produzido unicamente pelo Estado, ao qual todos os indivíduos deveriam submeter-se. Sendo assim:

⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994. p. 314.

⁸ COLAÇO, Thaís Lígia. Os novos direitos indígenas. In: WOLKMER, Antonio Carlos & LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil – natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 416.

⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994. p. 24.

¹⁰ BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação – direito à diferença*. Série: Pluralismo Jurídico. São Paulo: Plêiade, 2001. p. 68-69.

O século XIX foi marcado, na América Latina, pela criação de Estados nacionais, alguns majoritariamente indígenas, mas construídos à imagem e semelhança dos colonizadores: Estado único e Direito único, na boa proposta de acabar privilégios e gerar sociedades iguais, mesmo que para isso tivesse que reprimir de forma violenta ou sutil as diferenças culturais, étnicas, raciais, de gênero, estado ou condição¹¹.

De tal feita, a Idade Moderna trouxe a expressão de um Estado liberal unitário e monocultural, respeitando a diversidade apenas quando não interferisse nos conceitos de Direito e de Estado. No Brasil, distintamente do processo de formação do Estado moderno europeu, foi construído um Estado desvinculado das necessidades da população e voltado para o atendimento dos interesses da metrópole, o que resultou na imposição de uma cultura legal proveniente da Europa. Pregando o discurso da liberdade coletiva e a prática dos direitos individuais, ele inviabilizou o reconhecimento das questões coletivas pelo seu grupo ou classe reivindicante, tornando os índios e seus direitos “invisíveis” (no mundo do “não direito”¹²).

Assim, no Brasil e nos demais Estados da América Latina – embora em alguns países se adotasse o Direito indiano –, o colonialismo implementou políticas liberais, de direitos individuais, incompatível com a seara indígena. A desigualdade de condições, bem como a crueldade e o genocídio – ainda que sob respaldo do discurso europeu (colonização) de construção de uma igualdade rumo ao progresso social dirigido pela burguesia e seus interesses – marcaram a luta travada com os povos indígenas:

A espoliação territorial foi acompanhada de uma vontade simultânea de desorganizar as estruturas políticas e sociais indígenas, através de uma inculcação de valores ocidentais nas reservas visando claramente a esvaziar todas as possíveis afirmações de soberania dos autóctones reconhecidas nos séculos precedentes¹³.

¹¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 63.

¹² “O sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribuiu a si próprio o poder de dizer o direito, e assim o fazendo delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina o direito do não direito; por essa via, fica de fora do sistema o que ao sistema não interessa, como, por exemplo, as relações indígenas sobre a terra; o modo de apropriação não exclusivo dos bens; a vida em comunhão que não seja a do modelo dado.” (FACHIN, 2003: 31). No entanto: “os direitos coletivos, portanto, já existem dentro do Direito e não fora dele, mas por ironia do sistema continuam invisíveis” (OLIVEIRA & PAOLI, 1999: 327).

¹³ BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação – direito à diferença*. Série: Pluralismo Jurídico. São Paulo: Plêiade, 2001. p. 212.

Essa situação de desintegração, sobreposição de valores ocidentais, mortes e não reconhecimento perdurou, concedendo-se aos índios apenas a possibilidade de integração como indivíduos, o que não condizia com suas reivindicações, eis que, ganhando direitos individuais, eles perdiam o direito de ser povo¹⁴; perdiam, portanto, sua própria vida, sua própria razão de ser. Por isso é que, conforme entendeu o Frei Bartolomé de Las Casas¹⁵, foi totalmente ilegítima a atitude da colonização de expulsar os povos indígenas de suas terras e impor um Direito que não era o deles, destruindo, além de sua organização social, toda a questão da terra e dos territórios indígenas.

Ademais, os índios já possuíam seu líder (o líder de sua comunidade, que visava ao bem comum). E, quando o homem branco tomou posse das terras e da sociedade indígena, impondo seu novo líder, a comunidade indígena ficou sem acesso às regras e organizações que promoviam o bem comum, pois o líder imposto, por fazer parte de outra comunidade e de outra realidade de vida, não implementaria o bem comum da sociedade indígena.

Destarte, diferentemente da Europa, a colonização da América não tinha o interesse de recolher as populações indígenas. Isso porque não havia trabalho para eles na concepção capitalista – não havia necessidade de mão de obra indígena. Por essa razão, o capitalismo da América não tinha como agir de outra maneira senão deixar os índios serem índios, alheios à organização capitalista.

À época do Império, mesmo existindo essa estrutura jurídica oficializada, o Direito estatal monárquico – Direito do Estado e leis oficiais – passou a conviver com a legislação canônica, admitindo um certo tipo de pluralismo jurídico, embora em razão de seu cunho elitista não representasse qualquer avanço social comunitário ou popular, muito menos na seara indígena.

Além disso, desde as origens da colonização, coexistia um dualismo normativo corporificado baseado, por um lado, nas leis estatais e, por outro, no direito comunitário (não estatal), utilizado por grandes parcelas da população – setores discriminados da vida social e política –, ainda que obstaculizado pelo monopólio do poder estatal. E, assim, com o advento da República, reforçou-se o papel do Estado como detentor exclusivo do monopólio da produção jurídica:

Segundo a perspectiva da nua força, o Estado surge como um instrumento ou um aparelho de domínio sobre a sociedade e os indivíduos, nenhum

¹⁴ SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 78.

¹⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Textos clássicos sobre o Direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 1992. p. 59.

direito se admitindo que não seja meramente consentido pelos detentores da maior força. No mundo atual esse tipo de Estado tende a desaparecer (...) ¹⁶.

Porém, “não se pode aceitar o emprego da autodeterminação do Estado”, eis que ele não age por si mesmo, senão como mandatário do povo, de acordo com as reivindicações populares, “não podendo ser ao mesmo tempo autodeterminante e legítimo” ¹⁷. Assim, ao contrário da concepção unitária e centralizadora do monismo, a formulação teórica do pluralismo designa a existência de mais de uma realidade ¹⁸, compreendendo múltiplas formas de ação prática e da diversidade de nichos sociais, com particularidades próprias, as quais convivem em um mesmo espaço geopolítico.

A primeira mudança veio com o reconhecimento e a proteção de direitos coletivos, com a Constituição Mexicana (1917) e, posteriormente, com a Constituição Alemã, de Weimar (1919), cedendo à realidade social. No Brasil, embora não se reconheça o pluralismo jurídico – ainda que este esteja vivo na sociedade ¹⁹ –, a ideia de ordenamento jurídico indígena sempre foi pautada na integração com os brancos.

Ocorre que apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 as perspectivas integracionistas das leis fundamentais anteriores cessaram, garantindo aos indígenas o direito à alteridade ²⁰. Com a Constituição Federal de 1988, “o velho conceito de assimilação cede lugar ao conceito da convivência” ²¹ e, com o reconhecimento da diversidade cultural, bem como do exercício de direitos individuais e coletivos não patrimoniais, os povos indígenas passaram a ser reconhecidos como povo, independentemente das normas legais em contrário, reconhecendo-se, também, o direito à sociodiversidade (direito à existência e manutenção de todos os povos) e

¹⁶ REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 232.

¹⁷ BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação – direito à diferença*. Série: Pluralismo Jurídico. São Paulo: Plêiade, 2001, p. 315.

¹⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994. p. 117.

¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994. p. 186.

²⁰ “A alteridade sempre foi refletida na política indigenista e na legislação que se seguiu e supôs sempre um juízo de valor: a sociedade ocidental definia os indígenas como ‘o outro’ e ora os considerava bons (bom selvagem); ora os considerava maus (primitivo, atrasado) e inferiores (evolucionismo). A alteridade também foi verificada no grau de proximidade traçado com os indígenas. O contato sempre foi direcionado à assimilação dos povos indígenas, sem qualquer reconhecimento dos valores e cultura destes” (CUNHA, Andréia. *Território e povos indígenas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: PUC/PR, 2006. p. 91).

²¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 165.

os direitos das minorias (enquanto membros de uma determinada comunidade), juntamente com os direitos territoriais e culturais.

Assim, acredita-se que a Constituição Federal de 1988 constitui o grande marco no processo de reconhecimento dos direitos coletivos²², retirando-lhes aquele rótulo da invisibilidade. Além disso, a Constituição Federal evidencia a quebra do paradigma individualista e a abertura de reconhecimento de direitos coletivos não só dos índios, mas também de outros povos tradicionais, favorecendo a propriedade da terra, sua função social (SANTOS, 2003: 98), bem como a integração de culturas e a proteção ao meio ambiente.

Nessa seara, o Poder Judiciário teve papel preponderante, mas permanecia com uma visão conservadora a respeito do tema. Isso porque as disputas judiciais persistem influenciadas pelos direitos individuais, o que restringe os direitos coletivos dos índios e demais povos tradicionais, não somente no que diz respeito à sua terra e ao seu território – ainda que se obtenha sucesso em algumas demandas judiciais nesse sentido –, mas, sobretudo, no tocante aos seus direitos não territoriais, o que engloba a dignidade e a autodeterminação²³, além de direitos humanos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, todos em caráter coletivo, potencializando sua função emancipatória.

4. PLURALISMO JURÍDICO INDÍGENA

Estudando-se as diversas facetas do pluralismo jurídico, como o pluralismo corporativo de Gierke, a doutrina negatória do monismo jurídico de Duguit, o pluralismo institucionalista de Hauriou²⁴ e o pluralismo comunitário de tipo participativo de Wolkmer, verifica-se que o Poder Judiciário, embora imbuído na tarefa de pacificação social, não tem sido a instância de apoio à difusão e ao reconhecimento da pluralidade cultural e étnica.

Aliás, a própria história do Poder Judiciário reflete sua atividade restritamente aos conflitos entre indivíduos sem, contudo, voltar os olhos aos interesses de massas – e, muito menos, às “gentes sem Deus e sem lei”²⁵, como eram concebidos os índios antigamente com o propósito de pacificar as questões coletivas.

²² “Reverter o erro se impõe ao jurista e ao legislador que já iniciou a construção da catedral com a promulgação da Constituição brasileira, cumpre sempre seguir a trilha, não desviar o caminho, para poder, olhando nos olhos do outro, chamá-lo de irmão” (SANTILLI, 1993: 312).

²³ SANTOS (2003: 570) lecionou que o princípio da autodeterminação confere aos povos indígenas o “direito de autonomia ou de autogoverno em relação a questões relacionadas a seus assuntos internos locais”.

²⁴ REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 266-287.

²⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 29.

Os valores culturais indígenas, seus usos e costumes – identificando-os e distinguindo-os dos demais – impedem a tentativa de integração com os valores culturais, usos e costumes do homem branco. Os índios possuem sua própria normatividade, seu próprio direito, ainda que não escrito, mas isso não deve ser questão levantada contrariamente à adoção do pluralismo jurídico indígena, pois:

Ninguém questiona o direito ou deixa de reconhecer o sistema jurídico inglês, muito embora não tenham os ingleses uma Constituição escrita. Da mesma forma, os sistemas legais indígenas não são escritos, mas suas leis são tão válidas e fundadas em princípios tão respeitáveis quanto às leis não indígenas²⁶.

Em análoga linha de pensamento:

Se um povo indígena criasse um novo Estado, o conceito de Estado continuaria o mesmo, só que em número maior e com territórios menores. Esta proposta não tem nenhum sentido porque não é, nem nunca foi, reivindicação dos povos indígenas americanos criar em algumas centenas de pequenos e novos Estados, mas rever alguns conceitos que possibilitem a sua jurisdição concomitantemente com o império do Estado, criando uma jurisdição plural²⁷.

A partir das constatações acima, é possível perceber a insuficiência do reconhecimento da cultura indígena e do direito à alteridade, se não se confere aos índios autonomia jurídica, pois os povos indígenas já habitavam pátria brasileira muito antes da colonização, e, já nessa época, continham um corpo ordenado de regras (não escritas) que regulamentavam toda a comunidade. Os valores, princípios, conceitos e sanções são muito bem identificados pela cultura indígena. O problema é que, em algumas circunstâncias, seus preceitos se chocam com os preceitos tradicionais do ordenamento jurídico estatal.

No entanto, antes de esses questionamentos acerca do choque do ordenamento indígena com o ordenamento estatal se constituírem em uma ameaça ao direito vigente, o pluralismo e a multiculturalidade devem ser vistos como uma forma de participação, uma forma de democracia, visivelmente importante num Estado democrático de direito. Não como uma mera participação da cultura mercantilista, do conhecimento transformado em produto – práticas de “inclusão” capitalista –, mas sim uma participação efetiva desses povos, que devem ter reconhecidos não só os seus direitos como seres humanos, mas sua própria ordem socioeconômica e jurídica.

²⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Tutela aos índios: proteção ou opressão? In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1993. p. 229-230.

²⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 193.

Destarte, muito embora alguns países da América Latina reconheçam a sociodiversidade (a Colômbia, em 1991, protegeu a diversidade étnica e cultural; o México, em 1992, assumiu sua composição pluricultural; o Paraguai, em 1992, declarou-se um país multicultural e bilíngue²⁸), ainda há muita resistência da maior parte dos Estados na adoção de um pluralismo sem a interferência do sistema jurídico nacional.

Na realidade, a barreira enfrentada a essa não aceitação da diversidade cultural – diversidade em relação ao branco e diversidade em relação aos outros povos indígenas – decorre da visão estereotipada dos índios, obrigando-os a praticar as formas “normais” ou “tradicionais” de vida (a vida do homem branco) com seus costumes alimentares, de vestimenta, de trabalho, de concepção de família, de propriedade etc.

Essa perspectiva de “integração” forçada dificulta ainda mais o alcance da autonomia dos povos indígenas em relação aos seus costumes e a seu direito. Negar a sustentabilidade desses povos é não reconhecer suas aspirações quanto ao seu desenvolvimento, sua cultura e sua expansão, assim como suas normas internas e seu relacionamento com os recursos naturais. E não reconhecer essas aspirações é inviabilizar seu espaço de relações, de suma importância para o fortalecimento de sua cultura e a identificação de normas, regramentos e costumes, essencialmente distintos dos do homem branco.

E, na medida em que a justiça se traduz no que os grupos comunitários reconhecem como justiça, correspondendo eficazmente aos padrões de suas relações comunitárias, a noção do justo acaba se constituindo em uma necessidade por liberdade, igualdade e emancipação. E esta emancipação somente se torna integralmente possível quando se reconhece que o índio possui seu próprio sistema de justiça, suas leis, seus preceitos normativos, convivendo com eles desde sua origem. No entanto, a visão restrita de repressão a outros sistemas de direito²⁹ inviabiliza a intercomunicação dos saberes (branco e índio), no sentido de que experiências, costumes e regramentos poderiam dialogar. Não pleiteando uma integração ou assimilação da comunidade indígena com outros povos, impondo-se um saber único, mas sim reconhecendo essa multiplicidade de saberes e concedendo aos povos indígenas autoridade para fazerem valer seus direitos de acordo com suas próprias regras internas.

²⁸ SILVA, Letícia Borges da. *Multiculturalismo e biodiversidade: um desafio ao direito vigente*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: PUC/PR, 2007. p. 30.

²⁹ HOEKEMA, André J. Hacia um pluralismo jurídico formal de tipo igualitário. In: *El Otro Derecho*, n. 26 e 27, Bogotá, Ilsa, 2002, p. 63.

De fato, a pressão social e as práticas internacionais fazem surgir novas perspectivas em relação à sociedade contemporânea, sobretudo no que diz respeito aos anseios coletivos. No âmbito internacional, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966) abominam toda e qualquer forma de discriminação racial, além de reconhecerem a autodeterminação dos povos.

No âmbito nacional, além da abolição de toda discriminação e do reconhecimento de direitos coletivos pela Constituição Federal de 1988, foram implementadas algumas tutelas específicas no âmbito infraconstitucional. Pela influência de ordenamentos internacionais, foi elaborado um Código de Defesa do Consumidor (1990), para atender às demandas de massa na seara do consumo. Recentemente, vários projetos de lei propuseram-se a adotar um Código de Processo Civil Coletivo, viabilizando a promoção das necessidades de massa.

No entanto, falar em demandas coletivas não representa pura e simplesmente a tutela jurídica de danos ambientais, danos do consumidor etc. O que deve ser entendido como coletivo é a concepção que se tem dos direitos, e não a visão individualista do que é coletivo. Pois há ainda inúmeras tensões sociais coletivas – relacionadas ao processo de afirmação de novos direitos – de sujeitos alheios a toda essa normativa. Alheios ao consumo, às regras jurídicas e até à própria noção e estrutura estatal oficial.

Para estes, não basta a mera tentativa de integração, objetivando sua inclusão num sistema que, além de não lhes pertencer, é completamente incompatível com sua estrutura de vida, organização social, economia etc.

Os “novos” direitos respaldados pelo ordenamento jurídico estatal restringem-se aos direitos de terceira dimensão (consumidor, ambiental), direitos de quarta dimensão (biotecnologia, bioética) ou de quinta dimensão (tecnologias da informação). Mas os direitos dos povos indígenas encontram guarida nos direitos de primeira dimensão (liberdade, igualdade, propriedade, segurança), além de também estarem inclusos entre os direitos de segunda dimensão, no que diz respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais. De forma que há um contrassenso na busca de proteção aos “novos” direitos de terceira, quarta e quinta dimensões, sem que sejam protegidos, efetivamente, direitos que já se encontravam estabelecidos e garantidos internamente por cada comunidade indígena.

Não entanto, justamente por não haver uma instituição centralizada das comunidades indígenas, da qual emanem normas e regulamentos, acredita-se não estar diante de um direito e, assim, desconsidera-se a própria identidade dos índios, como povo, cultura, costumes e ser humano.

A “identidade” deve ser compreendida como o reconhecimento de subjetividades libertadas e como recuperação de experiências compartilhadas por coletividades políticas, sujeitos coletivos e movimentos sociais. Nesta direção, a noção de “identidade” deve igualmente ser concebida como um processo de ruptura que permite que movimentos sociais tornem-se sujeitos de sua própria história³⁰.

E não se pode fazer história se não há o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, muito menos aceitação de uma outra cultura, de diferentes categorias e instituições do Direito moderno positivo, que não merecem ser desqualificadas, mas, ao contrário, são dignos de reconhecimento jurídico, ainda que coexistam com o Direito do Estado e se apliquem em âmbitos determinados dentro do mesmo território. Neste sentido:

Todo Estado nasce com uma tensão interna entre o poder central que tenta impor a unidade a povos diversos que compõem uma realidade heterogênea. A solução para este impasse seria a manutenção da unidade do Estado juntamente com o respeito à pluralidade das comunidades que o constituem³¹.

Porque não há como submeter os povos indígenas ao Direito oficial – positivo – se não há qualquer compartilhamento entre as concepções de território, soberania, propriedade, uso da terra etc., sendo imprescindível a atribuição de normas formadas integralmente no ordenamento indígena com a mesma validade das normas próprias do ordenamento estatal³², como forma de uma segunda postura que um Estado pode adotar ante os anseios de grupos étnicos diferenciados da comunidade nacional.

Alguns interesses dos povos indígenas são resguardados pelo sistema estatal vigente no País, como a possibilidade de reivindicação de terras e reparação por danos ambientais³³, por exemplo, o que, embora seja um avanço aos direitos dos povos indígenas, não representa sua emancipação como cultura, valores e autonomia jurídica, eis que figuram sob respaldo do ordenamento jurídico estatal. No entanto,

³⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994. p. 117.

³¹ COLAÇO, Thais Lígia. Os novos direitos indígenas. In: WOLKMER, Antonio Carlos & LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil – natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 94.

³² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 172.

³³ Algumas demandas propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas: (1) ação para remoção de garimpeiros na área indígena (Nambiquara – Sararé e Hahaintesu); (2) ação para desintrusão de fazendeiros da área indígena (Guarani – Comunidades de Sete Cerros e de Jaguapiré); (3) ação de reconhecimento do território tradicional parcialmente reocupado (Paraná); (4) ação de responsabilidade por danos ambientais causados por madeireiras que exploravam ilegalmente as áreas indígenas (Araweté, Parakanã, Xikrin do Bacajá, Assurini, Kararaô).

a luta pelo reconhecimento indígena, seu território, sua dignidade, juntamente com o fracasso dos governos centrais, o desenvolvimento sustentável dos recursos naturais e a questão da tradição e das culturas tradicionais vêm eliminando o conceito de abolicionismo do povo indígena, seus costumes e seu Direito³⁴.

Assim, por serem os povos indígenas detentores de cultura, costumes e regramentos diversos, devem ter suas prerrogativas reconhecidas e respeitadas, como um Direito próprio, um ordenamento diferenciado que conviva ao lado do ordenamento estatal.

Hoje, menciona-se o pluralismo no sentido não só de reconhecer o sistema indígena, mas os demais sistemas de grupos diferenciados da sociedade. Justamente porque o Direito do Estado muitas vezes não comporta as diferentes maneiras de se conceber a propriedade, o casamento, as relações familiares e até os crimes dessas sociedades.

Ora, se o Direito vigente encontra-se em crise, justamente por não atender, compreender e reconhecer a diversidade e o pluralismo, faz-se imprescindível uma abertura política, jurídica, social e ideológica – ou um “intercâmbio intenso de experiências”³⁵ – viabilizando a concretização do multiculturalismo de modo efetivo, e não apenas garantindo, formalmente, o direito do índio de ser índio e continuar a ser índio. As ferramentas para essa construção plural já se encontram disponíveis nas Constituições de Estados nacionais que, embora pendam para o reconhecimento da diferença, ainda se encontram arraigados ao monismo jurídico.

Sendo assim, para se instituir esse pluralismo, é importante refletir acerca da maneira como se articulam os dois sistemas (o indígena e o Direito vigente), bem como o reflexo do reconhecimento do poder jurisdicional indígena, para concepção de um Estado plurinacional.

A realidade de hoje, com os instrumentos coletivos e o reconhecimento da multiculturalidade, abdicada da concepção individualista, encaminha-se à superação da cultura formal e monista. Entretanto, ainda deve-se lutar – como fazem os índios desde a época colonial – pela força de seus direitos, agora com o objetivo maior de autonomia jurídica em convivência com a juridicidade do Estado nacional.

³⁴ HOEKEMA, André J. Hacia um pluralismo jurídico formal de tipo igualitário. In: *El Otro Derecho*, n. 26 e 27, Bogotá, Ilsa, 2002, p. 64-67.

³⁵ HOEKEMA, André J. Hacia um pluralismo jurídico formal de tipo igualitário. In: *El Otro Derecho*, n. 26 e 27, Bogotá, Ilsa, 2002, p. 95.

5. CONCLUSÕES

A presente pesquisa procurou analisar as tentativas de reconhecimento e proteção dos direitos dos povos indígenas, sob a perspectiva da necessidade de um sistema jurídico indígena, compatível com sua própria realidade e estrutura social.

Analisando-se a mudança paradigmática operada na seara do monismo jurídico, por meio do reconhecimento de um Estado plural³⁶ como fonte das possibilidades emancipatórias dos povos indígenas, investigou-se acerca da trajetória do reconhecimento dos direitos indígenas, passando pela fase da crueldade e indiferença postadas na colonização, atravessando a garantia de direitos coletivos e percepção de novos direitos não mais atrelados à individualidade, até chegar à proposta de um pluralismo jurídico estatal, que reconheça e conviva em pé de igualdade tanto com o ordenamento positivo do Estado como com o ordenamento jurídico dos povos indígenas.

Nesta lógica, sustentou-se que o reconhecimento do pluralismo jurídico importaria em maior emancipação e libertação dos povos indígenas, podendo atuar com maior autonomia, além de prever um Estado mais democrático, fomentado, também, pelo princípio da autodeterminação dos povos, bem como pela inaplicabilidade de um sistema positivo estatal a esses povos que possuem valores e regramentos próprios, ainda que não escritos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria (Org.). *A defesa dos direitos indígenas no Judiciário – ações propostas pelo núcleo de direitos indígenas*. São Paulo/Brasília: Instituto Socioambiental, 1995.

BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação – direito à diferença*. Série: Pluralismo Jurídico. São Paulo: Plêiade, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 1997.

³⁶ “Na presente modernidade, a cultura não pode ser caracterizada monolítica, imutável, homogênea e sem contradições. Os múltiplos sistemas filosóficos, sociais e políticos estão abertos a práticas, modelos e formas de representação, marcados pelas diferenças, identidades e especificidades culturais. As várias dimensões étnicas, morais e religiosas, bem como os ativismos complexos e os grupos de interesses insurgentes, comprovam a cada dia que o pluralismo é o paradigma nuclear das sociedades contemporâneas.” (WOLKMER, 2003: 419).

CASTRO, Caterine Vasconcelos de. 2007. *A proteção do conhecimento tradicional dos povos indígenas sob a concepção do pluralismo jurídico*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC.

CIMADON, Aristides. Os operadores do Direito: características e perspectivas. In: WOLKMER, Antonio Carlos & MEZZAROBIA, Orides. *Crise da Justiça & democratização do Direito*. Joaçaba: Unoesc, 1999.

COLAÇO, Thais Lígia. *Os novos direitos indígenas*. In: WOLKMER, Antonio Carlos & LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil – natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Andréia. 2006. *Território e povos indígenas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: PUC/PR.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Conceptions of modernity. In: HABERMAS, Jürgen. *The postnational constellation*. Cambridge: MIT Press, 2001.

HOEKEMA, André J. Hacia um pluralismo jurídico formal de tipo igualitário. In: *El Otro Derecho*, n. 26 e 27, Bogotá, Ilsa, 2002.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Diretos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1993.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.

_____. *Teoria do Direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Letícia Borges da. 2007. *Multiculturalismo e biodiversidade: um desafio ao direito vigente*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: PUC/PR.

SOUZA, Luiz Antônio Araújo de. 2008. *Desenvolvimento sustentável, cultura e alteridade: um estudo a partir das comunidades indígenas da Amazônia*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: PUC/PR.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Los índios y sus derechos indivisibles. In: GOMÉZ, Magdalena (Coord.). *Derecho indígena*. Mexico: Instituto Nacional Indigenista, 1997.

_____. Tutela aos índios: proteção ou opressão? In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1993.

_____. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. Os direitos indivisíveis. In: OLIVEIRA, FRANCISCO & PAOLI, Maria Célia. *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. São Paulo: Vozes/Fapesp, 1999.

_____. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Textos clássicos sobre o Direito e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 1992.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.

_____. *Pressupostos de legitimação para se pensar a Justiça e o pluralismo no Direito*. MERLE, Jean-Christophe & MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.