

Direito indígena: da pluralidade cultural à pluralidade jurídica

Rosely A. Stefanos Pacheco

Resumo: Este artigo tem por objetivo refletir sobre os três planos jurídicos e culturais do direito para os povos indígenas: o consuetudinário, o estatal e internacional, conforme proposto (Stavenhagen, 1988). No desenvolvimento do processo de ocupação e colonização os povos indígenas foram desconsiderados. A política indigenista foi pensada e efetivada no sentido de anulação de todos os sistemas jurídicos indígenas já existentes. Não se admitia a existência de grupos sociais com identidades e culturas próprias. Porém, diante de uma situação adversa, conquistas legais ocorreram. Entre elas, a Constituição Federal de 1988 e a Convenção 169 da OIT que estabeleceram novas bases para um projeto político plural, pensado a partir da diversidade étnica do país. Assim, diante das transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, com novos sujeitos e novos cenários, é necessário (re)pensar o Direito a partir de outros enfoques que levem em consideração um pluralismo cultural, lingüístico e legal.

Palavras-chave: identidade; direito indígena; pluralismo jurídico.

Abstract: This article aims at reflecting on the three juridical and cultural legal plans for indigenous peoples, which are: the consuetudinary, the state and the international law, according to the proposal (Stavenhagen, 1988). Throughout the development of the occupation and colonization process, the indigenous peoples were not taken into consideration. Policies regarding indigenous peoples were thought out and put into practice with the aim of annulling all existing indigenous judicial systems. The existence of social groups with their own identities and cultures was not taken into consideration. However, when facing adverse situations, legal conquests did take place. Amongst them, the Federal Constitution of 1988 and Convention 169 of the OIT, which established new support for a plural political project, thought out in relation to the ethnic diversity of the country. Thus, bearing in mind the social transformations which have taken place in recent decades, with new subjects and new situations, it is necessary to (re) think Law from other points of view which take into consideration cultural, linguistic and legal pluralism.

Key words: identity; indigenous law; juridical pluralism.

Graduada em História e Direito; Mestre em História pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e professora das disciplinas Direito Constitucional, Direitos e Garantias Fundamentais e Direito Ambiental na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Doutoranda de Direito pela PUC-PR.
roselystefanos@superig.com.br

Os sujeitos de direito, diferentemente dos sujeitos do direito, são ao mesmo tempo seres dotados de direitos e co-autores do direito. Ter direitos é ter, antes de tudo, o direito de participar do debate sobre o direito, de ser autor direta e indiretamente do seu próprio destino.

(Garapon, 2001, p.201)

Considerações Iniciais

No tocante ao respeito aos direitos indígenas, o Estado contemporâneo e seu Direito sempre negaram a possibilidade de convivência, em um mesmo território, de sistemas jurídicos diversos. Souza Filho (1992) aponta que ao mesmo tempo em que a construção do direito brasileiro manteve como inexistente qualquer manifestação jurídica das sociedades indígenas, foram sendo construídos institutos próprios para eles, cujo conjunto convencionou-se chamar de direito indigenista.

Nesse sentido, cabe esclarecer que, normalmente, ao tratarmos de Direito Indígena, referimo-nos ao direito que o Estado brasileiro reconhece aos índios – também tido como direito indigenista, e não ao direito dos índios propriamente dito, este já compreendido como o conjunto de normas próprias que regulam a conduta interna de cada sociedade indígena no Brasil (Souza Filho, 2003).

O direito indígena no Brasil consubstancia-se basicamente nos dispositivos da Constituição Federal de 1988, na Lei n. 6.001, de 19/12/1973 e mais recentemente na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), homologada pelo governo brasileiro em 19/4/2003.

Entretanto, a discussão sobre existência de direitos entre os povos indígenas, e seu reconhecimento não é recente e, nesse sentido, Souza Filho (1992), coordenou um trabalho, abordando alguns textos clássicos sobre os direitos indígenas, que, ao lado da publicação *Os Indígenas do Brasil, seus Direitos Individuais e Políticos*, de João Mendes Júnior, em São Paulo, em 1912, têm significativa importância para o estudo desta temática.

Entre os textos abordados por Souza Filho temos o trabalho de Bartolomé de Las Casas em seus *Princípios para defender a justiça dos índios*; texto de Manuel Miranda e Alípio Bandeira Memorial acerca da antiga e moderna legislação indigenista, publicado em 21/4/1911, fazendo um

levantamento da legislação brasileira no início do século XX. Esses autores relatam com acuidade, não apenas o conjunto de leis do começo do século XX, mas, sobretudo, a intencionalidade destas: texto de Souza Pitanga *O selvagem brasileiro*, publicado em 1901; texto de Oliveira Sobrinho *Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria*. O decreto legislativo n. 5.484, de 1928, publicado em 1929, que também analisa a legislação brasileira do início do século XX; Clóvis Beviláqua *Instituições e costumes jurídicos dos indígenas brasileiros ao tempo da conquista*, publicado em 1896, que procura estudar as instituições indígenas na época do descobrimento, apesar de se deixar envolver pelos pensamentos jurídicos de sua época, apresenta um estudo emocionado em defesa das sociedades indígenas, criticando o Direito positivo e os juristas por darem tão pouca importância a estas questões.

Apesar de os textos serem carregados de um caráter humanístico e, na sua essência, não ataquem o problema fundamental que era o de as leis e decretos referentes aos direitos indígenas nunca terem levado em consideração as aspirações indígenas, devemos considerar que esses são de grande valia, quando se trata de entendermos como se operou a construção do direito indígena até a Constituição de 1988.

Nesse sentido, podemos perceber da leitura destes textos clássicos sobre os direitos indígenas, pensamentos de grandes juristas, que mesmo antes deste *novo* pensar do direito brasileiro e da própria “visibilidade” das demandas indígenas, já haviam se manifestado sobre o tema, seja do ponto de vista humanístico, seja do ponto de vista jurídico.

Souza Filho (1992, p.16) registra que a *historiografia jurídica* comete dois grandes equívocos, quando trata de estudar as sociedades indígenas, que seriam:

- 1) O de acreditar que o direito e a organização das sociedades indígenas existiram apenas até 1500, sendo então substituídos pela proteção do Estado e direito português. Este entendimento desconsidera que, estas sociedades indígenas com ou sem contato com a sociedade nacional têm seus próprios princípios éticos, jurídicos e organizacionais;
- 2) Outro equívoco apontado por Souza Filho e que, na verdade, complementa o primeiro, é o de imaginar que existe apenas uma sociedade indígena, ou que todos os indígenas fazem parte da mesma sociedade, com um mesmo regime jurídico, ético e social. Sabe-se que hoje no Brasil convive uma população indígena formada por mais de 200 etnias. E que, embora convivam com as instituições sociais e políticas nacionais, as sociedades indígenas têm suas especificidades.

Para este autor, alguns estudiosos do direito, não têm querido admitir a existência de um conjunto de regras que organiza e mantém uma sociedade indígena, e que isto seja efetivamente Direito e, muito menos, que o Estado acate estes pressupostos.

Ademais, os sistemas jurídicos nacionais consideram que a aplicação das regras jurídicas indígenas é possível apenas de forma secundária ao Direito Estatal. Caso típico dessa situação encontramos na Convenção 169 da OIT que assim dispõe:

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (Art. 8º, n.2 da Convenção 169 da OIT; grifo nosso).

Da leitura deste artigo podemos compreender que o Estado admite a existência de um direito próprio das sociedades indígenas, mas de caráter inferior, pois esse deve se pautar pelos referenciais estabelecidos pelo sistema jurídico nacional ou pelos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Nesse sentido, a existência de sociedades diferenciadas, com realidades e direitos próprios, causa estranheza ao raciocínio do direito estatal tal qual está posto.

A legislação brasileira, apesar do que dispõe a Constituição Federal, não criou normas concretas que permitam o reconhecimento efetivo de regras de conduta interna das diferentes sociedades no país. O ordenamento estatal é sempre colocado em uma posição de supremacia, esperando-se que as leis próprias de uma determinada sociedade guardem observância ao que nele está disposto, sob pena de não ter garantida a sua eficácia. Assim, no tocante aos direitos indígenas, pelo que está posto, ainda não se consolidou um direito indígena e sim um direito indigenista, na medida em que sempre se adotou para as sociedades indígenas um sistema jurídico ocidental, imaginado como um conjunto de valores universais. Apesar de alguns Estados latino-americanos incluírem em suas Constituições o reconhecimento de sociedades plurais, isso não tem se revelado suficiente para afirmar que se trata de direitos indígenas, pensados pelas próprias sociedades indígenas.

De qualquer modo, é certo que, as leis estatais, como se apresentam, já não conseguem satisfazer as demandas indígenas, que cada vez mais se apresentam como realidades vigentes em nosso país.

As políticas indigenistas e a pluralidade legal

No desenvolvimento do processo de ocupação e colonização as sociedades indígenas foram desconsideradas. A política indigenista sempre foi pensada e efetivada no sentido de anulação de todo o sistema jurídico indígena já existente.

Sob a égide de um Estado-Nação unificado, foi estimulado o processo de integração dos múltiplos sistemas legais sob o fundamento da igualdade de todos os indivíduos perante uma legislação comum, não se admitia a existência de grupos sociais com identidades e culturas próprias.

Nesse processo, ensaiava-se um discurso de proteção aos direitos indígenas que se repetiria em inúmeras leis, cartas, decretos e alvarás, durante o todo o período colonial, monárquico e republicano, situação que somente começaria a mudar com a Constituição de 1988, passando então, do plano teórico para a tentativa de efetivação dos direitos indígenas.

Dessa forma, pouco a pouco, foram-se construindo institutos jurídicos que pudessem enquadrar as populações concebidas como indígenas distribuídas pelo território historicamente denominado e imaginado como brasileiro.

Já no início do século XX, com a República nos deparamos no Brasil com uma ação governamental protecionista embasada em um pretexto assistencialista, que passa a apresentar restrições aos direitos civis dos indígenas. É o que se observa do Código Civil de 1916, que equiparava os indígenas aos menores de idade (entre 16 a 21 anos), ao determinar que estes, denominados de silvícolas, eram relativamente incapazes para realizarem certos atos (Código Civil de 1916, art. 6º) e que estavam, portanto, sujeitos a um regime tutelar.

Dessa forma, as repúblicas latino-americanas, particularmente o Brasil, erigiram-se assentadas sobre o mesmo substrato, reeditando a diferença racial que recebeu o nome de *colonialismo interno* (Osco, 2004, p.33). Porém, a ficção de um Estado homogêneo se faz cada vez mais insustentável e, o que nos últimos anos se procura ou cobre com expressões de liberalismo jurídico, na realidade, não é senão, outra forma, de seguir tentando anular os povos indígenas através de uma pretensa colonização jurídica.

O sistema jurídico republicano sustentou-se debaixo desta mesma matriz. Assumindo-se como o único referencial de normatividade válida e superior.

Paolo Grossi, renomado estudioso da história do direito, argumenta que o direito moderno está intimamente vinculado ao poder político como comando de um superior a um inferior – de cima para baixo –, visão imperativista que o identifica a uma norma, ou seja, em uma regra respeitável e autoritária (...), que tem um custo altíssimo (Grossi, 2004, p.13).

Ao analisarmos as concepções do direito positivista presente nos ordenamentos jurídicos latino-americanos percebemos alguns problemas. Entre eles destacamos que a caracterização de *positivo* plenamente socializada na linguagem jurídica não é um bom determinante a ser empregado no diálogo com os povos indígenas, pois pareceria que todo o outro direito é “negativo” (Albó, 2003, p. 26).

De La Torre (2002) propõe uma definição de Direito e juridicidade afirmando que o direito e a juridicidade são fenômenos sociais complexos que não se esgotam nas leis ou normas legais, muito embora seja esse o sentido mais usual que se dá ao termo “direito”. O fenômeno jurídico, o mundo do direito está formado por direitos subjetivos, por grupos sociais que constituem, propriamente, os direitos humanos; também pelas idéias, aspirações e concretização da justiça e pelo reconhecimento sistemático do próprio fenômeno jurídico, que constitui o objeto da ciência do direito.

Conforme enfatiza De La Torre (2002), as condições de vida dos povos indígenas nos mostram,

a ausência de todos os direitos humanos básicos elementares, bem como, a total ineficácia de nossa normatividade jurídico positiva, enquanto pretensão de postular direitos e estabelecer relações justas entre os homens (De La Torre, 2005, p.116).

As mobilizações indígenas

As sociedades indígenas, no decorrer dos últimos cinco séculos, experimentaram diversas formas de enfrentamento e resistência. Nessa trajetória de contato interétnico¹ conquistaram muitas vitórias, em especial no que se refere às leis.

As leis, porém, não têm sido suficientes para garantir-lhes tais direitos na medida em que esses são constantemente violados. Para lutar contra essas violações e para fazer com que o Estado assegure seus direitos surgem as demandas, as mobilizações em torno de seus propósitos.

As demandas indígenas surgem da necessidade de estabelecer condições para exercer *el derecho a tener derechos*, e são radicais, ademais,

porque nos levam a refletir sobre a nossa relação com o outro, que implica primeiro não negá-lo, mas reconhecê-lo, pois, *La raíz de todo derecho es el reconocimiento de la dignidade del otro como otro* (De La Torre, 2005, p.116).

Nesse sentido, a dinâmica que as sociedades indígenas, não só do Brasil como também da América Latina empreenderam deve em grande parte seu sucesso e sua persistência à capacidade de construir alianças entre diferentes etnias e povos com outros movimentos sociais, com ONGs e com movimentos de solidariedade internacional.

O surgimento de mobilizações e manifestações indígenas no Brasil está diretamente relacionado com os movimentos étnicos que, a partir da década de 1970, emergem em diversos países da América Latina. No Brasil, foi basicamente a partir desta década (1970), que as diversas mobilizações indígenas alcançaram repercussão junto a opinião pública nacional e internacional. Naquele momento, alguns setores da sociedade acreditavam que o fim desses povos era iminente. Foi nesse contexto e na expectativa de se insurgir contra todo esse quadro desfavorável, que as sociedades indígenas iniciaram um intenso e profundo processo de articulações, fortalecimento da auto-estima e organização das lutas.

Assim, na década de 1980, com o crescente processo de organização e de articulação dos povos indígenas, aumentou a participação dos índios em diversas instâncias afirmando alianças com segmentos da sociedade civil e com setores populares que procuravam se reorganizar. Representantes indígenas estiveram presentes em congressos de trabalhadores rurais da Central Única dos Trabalhadores e do, então nascente, Movimento dos Sem Terra, dentre outros. Por sua vez, representantes de várias organizações apresentaram sua solidariedade, quando apoios e alianças foram sendo consolidados no interior do movimento popular, culminando na promulgação da Constituição de 1988.

Importante destacar que, desde a década de 1990, está em trâmite no Congresso Nacional o Estatuto das Sociedades Indígenas, apresentado para garantir a execução da Constituição referente aos direitos indígenas, este projeto sugere a revisão do Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/73.

Aparentemente, este novo projeto de lei garante *novos* direitos às sociedades indígenas, porém não podemos nos esquecer que existem muitas divergências que estão postas entre os interesses das sociedades indígenas e os interesses políticos e econômicos de setores da sociedade. Entre eles podemos citar os interesses de grupos econômicos que representam as madeireiras, as mineradoras, o agronegócio. A diversidade de

interesses é tamanha que até hoje o Estatuto das Sociedades Indígenas não foi aprovado.

O que se observa é que, além de estreitarem relações, as alianças indígenas desencadearam ações conjuntas e cooperações com Igrejas, organizações não-governamentais, entidades de apoio à causa indígena entre outros. Desta forma, o movimento indígena experimentaria variadas formas de organizações,

O movimento indígena brasileiro é mais do que uma resposta meramente reativa às condições e estímulos externos. [...] Deve-se ter em mente que os povos indígenas têm uma longa experiência de andar alinhados em trilhos sinuosos. O que para um pensamento ocidental podem parecer desvios à toa, pode verdadeiramente representar o caminho mais curto entre dois pontos, proporcionando-nos lições inesperadas de produtividade (Ramos, 1997 p.53 *apud* Neves 2003 p. 120).

Ademais, os povos indígenas e suas organizações têm mostrado não apenas uma grande e histórica capacidade de resistência, mas uma vitalidade e criatividade que vêm surpreendendo a todos, projetando-se no cenário público, deixando suas marcas em conquistas importantes na Constituição de 1988, traduzindo-se na construção de espaços plurais de representação de atores coletivos hoje reconhecidos como interlocutores válidos no cenário político nacional.

Sem dúvida, esta demanda dos povos indígenas, constitui-se em uma espécie de norte político e jurídico que põe em questionamento os elementos centrais do *mito da justiça estatal*, não porque a demanda se oponha a seus elementos, mas porque o direito positivo está embasado na negação, na violência desmedida, na supressão e na exclusão da realidade indígena (Grossi, 2004, p.10).

Importante destacar que, os movimentos sociais indígenas estão desmistificando toda a juridicidade positivada, levando-nos a refletir sobre a incapacidade desse sistema jurídico que aí está posto, como forma de gerar justiça para um setor amplo e plural da sociedade brasileira.

... E estas mobilizações têm provocado discussões sobre diversos temas conectados aos aspectos jurídicos, tais como: a democracia, as reformas constitucionais, a autonomia dos povos indígenas, bem como o respeito à vigência dos mais variados direitos humanos.

O direito indígena

O tema de direito indígena é por demais complexo e tem sido pouco tratado pelos estudiosos do direito no Brasil. Encontramos alguns aportes teóricos metodológicos para este estudo principalmente na área da Antropologia Jurídica latino americana. Entre alguns pesquisadores que se dedicam a esta temática, citamos: Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Rodolfo Stavenhagen, Bartolomé Clavero, Raquel Yrygoyen Fajardo, Fidel Tubino, Xavier Albó, Magdalena Gómez entre outros.

A disciplina da Antropologia Jurídica, desde o final do século XIX, dispensa um tratamento especial ao direito consuetudinário. Por volta de 1874 Maine elaborou sua obra *Ancient Law*, na busca por um “direito mais primitivo” para entender melhor o direito considerado mais “desenvolvido”. Posteriormente, em 1894, Post desenvolveu “a jurisprudência etnológica”, estudando “as infrações do direito” nas sociedades consideradas “primitivas”. Este debate alcançou reflexões de Malinowski (1926) e Radcliffe- Brown (1952). O primeiro postulava a universalidade da lei, argumentando que todas as sociedades, tanto as “aborígenes” quanto as “ocidentais”, têm sistemas normativos que respondem as mesmas lógicas, enquanto que o segundo estabelecia diferenças conceituais entre leis e costumes, aduzindo que a lei é uma atribuição unicamente de sociedades com governos centralizados e sua existência é sinal de um nível superior de desenvolvimento. Importante destacar que, esta postura perdura até hoje em nosso meio jurídico (Osco, 2004).

Porém, devemos considerar que há uma nova orientação na Antropologia Jurídica, como nos apresenta Clavero (1994), quando enfatiza que o tema do direito indígena deve ser tratado, não em sentido de direito individual, sem um sentido coletivo, como um direito coletivo que não está subordinado ao Estado e estabelecido segundo a lei estatal, mas sim, um direito coletivo de um valor como direito humano fundamental, constituinte.

Um importante ponto de referência para o estudo do direito indígena é sem dúvida a obra *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, publicado por Rodolfo Stavenhagen em 1988. Ainda que as informações sobre as legislações latino-americanas contidas nesta obra tenham perdido sua vigência, uma vez que muitas sofreram reformas, as reflexões presentes neste estudo nos tem proporcionado grandes diretrizes.

Para trabalharmos com a noção de direito indígena que emerge através do direito consuetudinário, nos utilizamos do conceito de Gonzáles (1994) que assim preceitua:

El derecho consuetudinario mesoamericano instrumentó, pues, las relaciones sociales apoyándose en la escritura y la oralidad, y no solo para resolver conflictos entre humanos, sino también los del hombre y la naturaleza. En este sentido, el derecho consuetudinario es el resultado de una visión global de la existencia donde todo está relacionado: el río, el árbol, el viento, el hombre, el fuego, el animal, el sol, la piedra [...] El derecho consuetudinario mesoamericano es un derecho cosmogónico. Así el orden que imagina toma en cuenta no solamente todo lo que existe, sino también lo desconocido, lo inesperado, el desorden. Este orden concebido con y a pesar de los conflictos está fundada en la palabra (la cual está estrechamente ligada a la acción (Gonzales 1994, p.76).

Os sistemas jurídicos indígenas têm sua própria construção conceitual, diversa do direito *positivo*. Assim, geralmente o direito indígena é apresentado pelo sistema jurídico ocidental, como um sub-conceito, um direito de segunda categoria.

Algo que corrobora para esta depreciação do direito indígena é, conforme observa Osco (2004), o fato de confundir-se direito consuetudinário com direito não escrito, o que, de acordo com o autor, é um grande erro, porque não é imperativo que o direito deva estar necessariamente escrito, sendo um exemplo o *Common Law*², sistema que prevalece no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, dentre outros países.

O mesmo autor enfatiza que, os textos legais geralmente trazem um conceito errôneo de direito consuetudinário como sendo equivalente ao direito indígena. Segundo o autor, fazer esta conceituação significa incluir no direito estatal o “outro direito”. Se a palavra consuetudinário etimologicamente significa costume – poderíamos dizer que o direito consuetudinário é aquele que se vai gestando por intermédio dos costumes que imperam em determinadas sociedades. Porém, devemos esclarecer que o legislador ao aduzir os direitos consuetudinários, não utiliza os substratos deste conceito em sentido jurídico, senão em termos eminentemente político-colonialistas.

O direito indígena deve ser tratado a partir de princípios constitutivos, como por exemplo, o direito à autonomia, à livre determinação ou sua própria historicidade. Portanto, reduzir o direito indígena a *usos e costumes* apresenta grandes perigos, pois poderíamos cair na armadilha de que estas expressões supõem a subordinação do direito indígena ao direito nacional, predominantemente unicista e homogeneizador da diversidade cultural, o que por sua vez poderá ensejar posturas estáticas com a conseqüente continuidade do pensamento evolucionista (Osco, 2004).

O conceito de direito consuetudinário ainda é uma seara nebulosa, pouco compreendida entre os nossos juristas e *aplicadores* do direito. Não é fácil romper com dogmas já estruturados pelo anterior esquema jurídico a este novo princípio regulador. Por outro lado, conforme propõe Albó (2003), há o risco de sacralizar os direitos consuetudinários, sem analisar criticamente suas potencialidades e limites.

O direito tal como a lei é uma construção histórica, resultado de um agir humano e, neste sentido, sujeito às lógicas da história e do poder. Sendo assim, o direito constitui-se em um espaço/campo (Bourdieu, 2003) privilegiado de manobras: de inclusão/exclusão, de legitimidade/ilegitimidade, de legalidade/ilegalidade, de direitos/usos/costumes.

Em contraste, ao direito indígena faz-se presente no sistema jurídico brasileiro o direito que denominamos de *positivo*. Trata-se de um sistema de direito que se aplica em leis e outros corpos normativos oficiais do Estado, claramente tipificados pela terminologia e conceitualização própria da ciência jurídica.

Questão relevante diz respeito à forma como este direito *positivo, ordinário* chega às comunidades indígenas. Este sempre é aplicado em uma atitude superior, hierárquica, como se fosse para preencher um vazio jurídico. Porém, o que se observa é que, muitas vezes, sua presença complica a situação. As comunidades não estão ali apenas como receptoras, esperando que juízes e advogados levem algo novo, ou melhor, trazido de fora. É preciso considerar que essas comunidades já têm na sua própria história e práxis elementos próprios para a solução de inúmeros conflitos. É necessário entender o critério de fundo como que funciona cada sistema jurídico indígena.

A idéia de ausência de um sistema jurídico nas sociedades indígenas é algo que tem perdurado ao longo dos séculos. É certo que as sociedades indígenas não possuíam instituições aos moldes dos padrões europeus, mas desconsiderar todo um saber anterior é algo que deve ser objeto de análises, pois conforme orienta Wolkmer:

Toda cultura tem um aspecto normativo, cabendo-lhe delimitar a existencialidade de padrões, regras e valores que institucionalizam modelos de conduta. Cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social (Wolkmer, 2001, p.19-20).

Conforme observa Osco (2004), é possível que os sistemas jurídicos indígenas levem consigo imbricadas as normas jurídicas coloniais, mesmo um sistema estranho pode integrar alguns componentes em seu próprio

corpo normativo, pois conforme propõe Canclini (1990, p.15, 71), para refletirmos sobre o sistema jurídico indígena é necessário considerar a heterogeneidade multitemporal, ou seja, a articulação ou o entrecruzamento das forças jurídicas multitemporais.

Dessa forma, as sociedades indígenas, muitas vezes, têm desenvolvido através de seus sistemas, formas mais harmônicas para a resolução de conflitos que a encontrada em nosso direito *positivo*. Para a resolução desses conflitos essas sociedades levam em consideração alguns aspectos, que passam despercebidos em nosso sistema *ocidental*. Entre eles podemos citar:

- Um conceito mais integral da terra, território e meio ambiente. Tudo está, de certa forma, intimamente relacionado com a organização social (e daí com uma determinada jurisdição geográfica), a cosmovisão e o mundo religioso.
- A compatibilização dos interesses individuais e coletivos, sem as categorizações excludentes que existem no direito positivo.

A Constituição boliviana, por exemplo, reconhece a competência das autoridades indígenas para resolver conflitos internos em suas comunidades, indicando que esta medida significa operar de maneira alternativa ao sistema oficial e, que as autoridades indígenas podem aplicar seus usos e costumes, tanto para julgar o ato como para aplicação da sanção (Albó, 2003).

Porém, o que se observa, no caso brasileiro, é que, a postura de aceitação da autonomia dos povos indígenas, dentro de um marco de pluralismo jurídico, não é aceita por todos, ao contrário, tem gerado inúmeras polêmicas.

E, um dos argumentos mais poderosos, apresentado na discussão frente ao tema da incorporação dos direitos indígenas no ordenamento jurídico pátrio, diz respeito ao princípio unitário tal qual é concebida a nação, uma vez que, existem alguns discursos, enfatizando que o reconhecimento indígena como sujeitos coletivos de direitos atentaria contra as bases da soberania nacional. Nessa explicação, os indígenas são reconhecidos como parte de um setor integrante da nação, mas não como titulares de direito à autodeterminação.

Importante esclarecer que, a consagração de um capítulo sobre povos indígenas na Constituição Federal de 1988, não pretende criar um Estado paralelo ao atual Estado Federativo brasileiro muito menos a separação dos demais povos. O que se almeja é que sejam reconhecidos os direitos específicos como ações distintas, uma vez que foram “esquecidos” por quem detinha o poder econômico e político deste país.

Instrumentos legais de proteção aos povos indígenas:

Os Tratados Internacionais

Tanto na esfera nacional quanto na internacional podemos perceber alguns avanços em termos de reconhecimento dos direitos coletivos indígenas. No plano internacional, foi feita uma revisão da *Convenção 107 sobre populações indígenas e tribais*, aprovada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em Genebra em 1957, cujos referenciais ainda eram assimilacionistas e integracionistas, inspirando e legitimando legislações e políticas entre os países signatários (entre eles o Brasil), que articuladas a projetos de desenvolvimento nacionais e regionais, passaram a legitimar os propósitos desenvolvimentista que alguns dirigentes queriam impor ao Brasil.

Ainda no plano internacional, em 1989, a Conferência Internacional da OIT concluiu uma discussão de três anos, com a participação de inúmeros representantes de organizações indígenas e governamentais, aprovando a Convenção n. 169. Esta, diferentemente da Convenção n. 107, quando os indígenas não foram ouvidos, representou um enorme avanço no reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos, com identidade étnica específica e direitos históricos imprescritíveis. Esta Convenção procura definir detalhadamente, além dos direitos dos povos indígenas, os deveres e as responsabilidades dos Estados na sua salvaguarda.

A Convenção 169 é constituída por quarenta e três artigos distribuídos em dez seções, a Convenção possui a marca de estabelecer, em definitivo, que a diversidade étnico-cultural dos indígenas e seus povos têm que ser respeitada em todos seus aspectos, e de obrigar os governos a assumirem a responsabilidade de desenvolver ação coordenada e sistemática de proteção dos direitos dos povos indígenas, e de garantia e respeito pela sua integralidade, com pleno gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Os artigos 8º, 9º, 10 e 12 da Convenção 169/OIT estabelecem:

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos humanos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacio-

nal nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio³.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

.....

Artigo 12

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

Neste processo, a revisão das normas internacionais sobre os povos indígenas coincidiu com o processo de revisão da legislação constitucional brasileira, que de maneira geral partilham dos mesmos propósitos.

O Constitucionalismo

O constitucionalismo emergente em toda a América Latina propõe várias rupturas epistemológicas e políticas a respeito da relação Estado, direito e povos indígenas concebidas dentro de um horizonte monista e monocultural do Estado Nação (Fajardo, 2003).

Conforme argumenta Clavero (1994), durante as últimas décadas tem-se difundido na América Latina o reconhecimento constitucional do direito indígena, somando-se a subscrição de tratados internacionais. Atualmente, tem reconhecidas diversas formas de direitos indígenas as Constituições do Panamá, Honduras, Guatemala, Nicarágua, Colômbia, Paraguai, Peru, Argentina, Bolívia, Equador, Venezuela, Brasil entre outros.

Entre as principais mudanças inseridas nas Cartas Constitucionais desses países, podemos apontar: a ruptura do modelo de Estado-Nação, para dar um passo rumo ao Estado pluricultural; a superação do conceito tutelar dos indígenas como objetos de políticas para defini-los como sujeitos políticos, ou seja, povos com direitos a *auto-definição* e autonomia; ruptura de um modelo de democracia excludente para um modelo de articulação democrática da diversidade; a ruptura da identidade Estado-direito ou monismo jurídico para abrir campo a um direito mais pluralista; a superação de um conceito individualista, monocultural e positivista dos direitos humanos para uma definição e interpretação intercultural dos direitos humanos (Fajardo, 2003, p.54).

A Constituição Federal de 1988

Por certo, o processo histórico de expansão das fronteiras não se fez sem conflitos. Foi necessário um longo período de lutas para que os direitos indígenas fossem assegurados. Nesse sentido, a Constituição de 1988 foi um marco importante, pois na expectativa de garantir e conquistar direitos na Constituição foi que os povos indígenas, escreveram parte de sua história, alcançando direitos até então nunca vislumbrados.

A mudança profunda que a Constituição de 1988 introduziu foi o reconhecimento de direitos permanentes aos índios, abandonando a tradição assimilacionista e integracionista vigente até então, e encampando a idéia de que os índios são sujeitos presentes e capazes de permanecer no futuro.

Esses direitos constitucionais estão inscritos em um capítulo próprio – *Dos Índios* – e em uma dezena de dispositivos que contêm referências específicas a direitos indígenas, constante de outras partes da Constituição.

A Constituição de 1988 consagrou, com ênfase, os direitos dos índios e de suas comunidades, inclusive o direito à identidade cultural e o

direito de ocupação permanente da terra e a exclusividade no uso de seus recursos e na exploração de suas riquezas. A nova visão consiste no reconhecimento pelo Estado brasileiro do direito dos índios continuarem a existir como diferentes. Reconhece os índios, suas comunidades e organizações como entidades capazes de conduzir o seu próprio destino e de serem representantes legítimos na defesa de seus próprios direitos e interesses. Essa perspectiva aboliu o regime de tutela, exercido pelo órgão indigenista e colocou novos parâmetros sobre os quais o Estado deve se relacionar com os povos indígenas. Assim, a nova Constituição lançou novas bases para o estabelecimento de um projeto político plural, fundado na diversidade étnica do País.

Do ponto de vista da garantia desses direitos, dois pontos merecem destaque, conforme sustenta Dallari (2001), quais sejam: A atribuição de competência à Justiça Federal para as questões que envolvam direitos de índios. Este procedimento é de suma importância, visto que em vários Estados brasileiros, sobretudo onde há maior número de terras indígenas, era muito forte a influência das elites econômicas e políticas sobre o Poder Judiciário; outro ponto que merece especial referência, diz respeito a atribuição constitucional ao Ministério Público Federal (MPF) para defesa dos direitos dos índios. Segundo o artigo 129, inciso V, uma das funções institucionais do MPF é *defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas*.

Trabalhando com notável dedicação, usando de todos os meios legalmente possíveis para repelir invasão de terras indígenas e para recuperação de áreas já invadidas, o MPF tem dado extraordinária contribuição para que tenham efetiva aplicação, as normas constitucionais relativas aos direitos dos índios e de suas comunidades.

No entanto, transcorrido mais de 17 anos de sua promulgação, este conjunto normativo constitucional continua incompleto. A regulamentação do Artigo 231, Parágrafos Terceiro e Sexto, que tratam por meio de Leis Ordinárias e Complementar respectivamente, encontra-se à espera de diligência do Congresso Nacional; negligenciando aos indígenas uma importante ferramenta de proteção e de gestão territorial, por meio da normatização da previsão constitucional do aproveitamento dos recursos minerais hídricos potencial energético, incidentes em suas terras. Outro aspecto importante é a regulamentação da hipótese do “relevante interesse público da União”, que excepcionaliza a ocupação de terras indígenas ou a exploração dos recursos naturais por terceiros, que atenderiam em tese, aos projetos governamentais, tais como os do setor elétrico, transporte entre outros. A falta de regulamentação de tais

dispositivos compromete a coerência e o sentido de complementaridade entre os artigos e seus parágrafos.

Muitos obstáculos foram colocados desde o início de sua vigência, a começar pelos discursos de alguns personagens da vida pública brasileira, que esposavam a idéia de que a Constituição Federal representava sério empecilho à governabilidade e ao progresso do Brasil. Interessante notar que, ainda hoje, este pensamento permeia parcela significativa da sociedade, quando se trata de questões indígenas, sejam empresários, fazendeiros, políticos e parte da imprensa.

Dada a complexidade dos problemas no plano constitucional, convém não deixar de afirmar, conforme leciona Bobbio (1992, p.63) “uma coisa é falar dos novos direitos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra é garantir-lhes uma proteção efetiva.”

Observa-se que, no tocante ao aparelho governamental, não existe um projeto de futuro decorrente de um padrão de diálogos intercultural e intersocial e sem novo instrumento regularizador das relações com os povos indígenas no Brasil. A tramitação do *Estatuto das Sociedades Indígenas* desde 1991, é apenas um exemplo de que os governantes não têm envidado esforços para tentar minorar uma situação que esta posta.

De certa forma, a Constituição Federal de 1988 reforça o monismo jurídico, uma vez que constitucionaliza o reconhecimento dos indígenas, seu direito a um território comum, como também oficializa o reconhecimento dos idiomas indígenas. Porém, paralelamente, deixa de lado a justiça indígena, ou seja, a presença de um sistema jurídico indígena para resolver seus próprios conflitos e interesses.

Portanto, em que pese, às conquistas indígenas, não só no âmbito nacional quanto internacional, na realidade, muito se está por fazer. Nos textos das leis, como já foi apontado, leva-se em consideração o reconhecimento da diversidade étnica do país e dos direitos a ela associados. Porém, no plano da efetividade destas legislações, como também na definição das políticas públicas e de sua efetivação, percebemos a grande distância que se impõe entre o que está estabelecido e o que, de fato, ocorre na prática.

Os indígenas e as novas perspectivas para o Direito

As transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, com novos sujeitos e novos cenários, impõem a construção de novas reflexões para a teoria jurídica em suas dimensões civil, pública e processual capaz de contemplar o crescente aparecimento de *novos* direitos, uma vez que, as necessidades, os conflitos e os novos problemas colocados pela sociedade engendram também *novas* formas de direitos que desafiam e põem em dificuldade a dogmática jurídica tradicional, seus institutos formais e materiais e suas modalidades individualistas de tutela (Wolkmer, 2003, p.03).

Uma das discussões apontadas por Wolkmer (2003), diz respeito aos preceitos jurídicos modernos nascidos na Europa Ocidental entre os séculos XVII e XIX, que foi engendrado por um longo processo interativo de fatores, como: o modo produtivo capitalista, a organização social, a projeção doutrinária liberal-individualista e a consolidação política da centralização estatal. Por certo é que, estimulou-se, sob a égide de um Estado-Nação, pretensamente unificado, o processo de integração dos múltiplos sistemas legais sob o fundamento da igualdade de todos os indivíduos perante uma legislação comum. Desta forma, a sociedade moderna europeia não só favorece a emergência de uma estrutura centralizada de poder (Estado-Nação Soberano), como edifica uma concepção *monista* de regulação social e uma racionalização normativa técnico-formalista que tem no Estado a fonte legitimadora do Direito. Impõem-se, neste sentido a teoria e a prática jurídica assentadas sobre uma concepção individualista, patrimonial e científica, em que o *Direito expressa o que está na lei escrita*, e o Estado, seria a fonte direta e exclusiva de todas as normas sociais válidas (Wolkmer, 2003, p.02).

Entretanto, cumpre observar que estes pressupostos que sustentavam os modelos de Estado e Direito Modernos vêm sofrendo, nas últimas décadas do século XX e início do XXI, fortes mudanças.

É certo que o grande acontecimento destes últimos anos é sem dúvida a descentralização do Estado. Este termo não deve ser entendido apenas no seu sentido jurídico; houve também uma transferência da soberania do Estado para as coletividades regionais, com um novo conceito político característico de uma sociedade policêntrica, visto que, vivemos um esgotamento do estado provedor.

Neste panorama, os *operadores jurídicos*, mesmo que timidamente, começaram a dialogar com as diversas áreas tentando compreender no-

vos referenciais epistemológicos sobre os quais pudesse ser construído e fundamentado o Direito, constatando que o Direito moderno se ancorava em obstáculos epistemológicos praticamente insanáveis que pertenciam à sua própria conformação e estruturação. Dessa forma, direitos de liberdade e direitos sociais não podiam conviver pacificamente em um mesmo ordenamento, para ser aplicado por uma mesma jurisdição. Entretanto, esta ordenação epistemológica foi submetida nas últimas décadas do século XX, a um estudo crítico, passando-se a estabelecer novas bases para uma Teoria Crítica do Direito.

Diante deste novo contexto, percebemos que não existem mais juristas “senhores de si”; há um incômodo geral, principalmente no sentido de que é preciso construir um novo diálogo com outras disciplinas, pois, na realidade, temos uma série de eventos, regulamentos, políticas, costumes, crenças, sentimentos, símbolos, procedimentos e conceitos agrupados.

De maneira geral, a concepção positivista predominante nos cursos de Direito reduz o fenômeno jurídico a um conteúdo meramente legalista e formal, o que tem sacrificado em muito as idéias de justiça, equidade, igualdade, transformando-se em um culto à lei, que juntamente com a crença da neutralidade do judiciário, provocou o alheamento deste Poder ao que, na realidade, se passa com as sociedade(s), conferindo-lhe indiferença em relação aos conflitos e sua falta de comprometimento com as injustiças sociais. Isso levou o Poder Judiciário a cair nas armadilhas das instâncias dominantes, funcionando, com frequência, como mecanismo de controle social, de produção e defesa de uma ordem jurídica mais consagrada de desigualdades do que de liberdades (Machado, 1996 p.13).

Importante destacar que os paradigmas da lei estatal caracterizam-se pela separação do discurso e do corpo social, da ruptura entre o presente e o passado, sobre toda a divisão entre direito e justiça. Contrariamente, as realidades jurídicas indígenas conduzem-se por processos diferentes (De Certeau 1993, p.16).

A importância do papel das representações em contextos nos quais as práticas e as ações da sociedade são edificadas sobre um pensamento, colocam-nos diante da problemática do papel fundamental que as instituições assumem como formadoras das verdades concebidas por outros grupos. Para Roger Chartier,

As representações do mundo social assim construídas, embora aspirem à universalidade de um diagnóstico fundado na razão, são sempre

determinadas pelos interesses de grupos que as forjam. Daí, para cada caso, o necessário relacionamento dos discursos proferidos com a posição de quem os utiliza. As percepções do social não são de forma alguma discursos neutros: produzem estratégias e práticas (sociais, escolares, políticas) que tendem a impor uma autoridade à custa de outros, por elas menosprezados, a legitimar um projeto reformador ou a justificar, para os próprios indivíduos, as suas escolhas e condutas [...] As lutas de representações têm tanta importância como as lutas econômicas para compreender os mecanismos pelos quais um grupo impõe, ou tenta impor, a sua concepção do mundo social, os valores que são os seus, e os seus domínios (Chartier, 1988, p.17).

Outra questão interessante diz respeito aos efeitos simbólicos do Direito, que de alguma forma concedem lugar especial a oficialização como reconhecimento público de normalidade.

E para que os *operadores do direito* possam compreender as realidades complexas, estes têm que transpor conceitos, já superados, que ainda encontram respaldo nesta ciência, como por exemplo: que o Estado é árbitro imparcial dos conflitos e que o Juiz, investido de poder pauta-se pela objetividade e neutralidade para a busca da *verdade real* (Pacheco, 2004).

Deve ser levado em consideração que o Poder Judiciário tem exercido um papel preponderante na aplicação desses *novos* direitos, mas mantido uma posição conservadora na maioria das vezes que é chamado a reconhecer os direitos indígenas. Em geral tem sido necessário ir à Justiça para obtê-los.

Importa esclarecer que o surgimento e a existência desses *novos* direitos devem ser observados a partir das exigências contínuas, locais e particulares da própria coletividade diante das novas condições de vida e das crescentes prioridades impostas socialmente. E, tais direitos ainda que chamados de *novos* direitos, não são inteiramente *novos*, na realidade, como propõe Wolkmer (2003, p.20), *novo é o modo de obter direitos que não passam mais pelas vias tradicionais – legislativa e judicial –, mas provêm de um processo de lutas específicas e conquistas das identidades coletivas plurais para se tornarem visíveis pelo Estado ou pela ordem pública constituída.*

Algumas reflexões para um horizonte pluralista

Um novo momento vem-se configurando nos quadros dos estudos do Direito no Brasil. Conforme aponta Wolkmer (2003), estamos vivendo o momento de uma nova juridicidade. Nesse sentido, apontamos a

necessidade de uma hermenêutica pluralista com o intuito de garantir a definição intercultural dos Direitos Humanos e as novas relações do Estado com os povos indígenas.

De acordo com Fajardo (2003), precisamos refletir como desenvolver formas democráticas de articulação da diversidade, como também refletir sobre que mecanismos institucionais poderemos utilizar para resolver conflitos interétnicos com base no diálogo intercultural, como também superar os modelos de assimilação e integração apresentados pelas agências tutelares ao longo dos séculos para as sociedades indígenas.

Este posicionamento para propor novas bases normativas de coexistência harmônica entre autonomia dos povos indígenas e Estado Nacional encontra fonte no pluralismo jurídico, que para sua implementação, prescinde de vontade política e atitude ética. Segundo De La Torre (2002), a aceitação do pluralismo jurídico nasce de um rompimento epistemológico, que implica uma filosofia de reconhecimento desde outros fundamentos. Começa por negar que o Estado seja, por sua normatividade e complexidade institucional, o único centro de poder político e a fonte de origem e exclusiva da produção do Direito.

De La Torre afirma que:

La importancia de la discusión sobre el pluralismo jurídico en cuanto expresión de un “nuevo” Derecho es plenamente justificada, por cuanto el modelo de cientificidad que sustenta el aparato de reglamentación estatal liberal-positivista y la cultura normativista lógico-formal ya no desempeña su función primordial, que es la de recuperar los conflictos del sistema institucionalmente, dándoles respuestas que restauren la estabilidad del orden establecido (Wolkmer, 1994, p.13 *apud* De La Torre 2002, p.72).

Os indígenas em suas lutas jurídico-políticas pela defesa de seus direitos defendem antes de tudo sua(s) identidade(s). Assim, a emergência e a afirmação da identidade étnica por diversos grupos está relacionada aos movimentos de reivindicação do respeito às diferenças, o que nos leva a compreender a identidade como um processo, em permanente construção. Por esta razão, as demandas indígenas questionam e põem em crise o direito da modernidade.

Paolo Grossi (2004) nos orienta ser necessário, perante essa realidade alarmante, repensar o sistema formal das fontes, também para torná-lo mais consoante ao projeto da nossa carta constitucional: como também repensar principalmente o papel da lei.

O mesmo autor ainda enfatiza que:

É claro que o Estado não pode abdicar da fixação de linhas fundamentais, mas também é claro que se impõe uma deslegifitação, abandonando a desconfiança iluminista do social e realizando um autêntico pluralismo jurídico, onde os indivíduos sejam os protagonistas ativos da organização jurídica do mesmo modo que acontece nas transformações sociais. Somente dessa forma será possível preencher o fosso que atualmente constatamos com amargura (Grossi, 2004, p.146).

Certo é que precisamos estabelecer princípios, pautados no diálogo intercultural com mecanismos de articulação e consulta aos povos indígenas, bem como uma redistribuição do poder de definição em espaços normativos, jurisdicionais e de políticas públicas. Ainda, estabelecer garantias institucionais e processuais que viabilizem a equidade com reconhecimento do direito à diferença cultural.

Outra medida relevante para o reconhecimento dos Direitos Indígenas, diz respeito a estabelecer, reforçar o diálogo com a comunidade jurídica, para que possam refletir a partir de novos pressupostos. E, para que passem a:

- conhecer as formas específicas em que cada povo indígena tem desenvolvido seus próprios mecanismos e critérios jurídicos;
- conhecer os avanços conquistados na legislação positiva; nacional e internacional;
- conhecer o debate atual do chamado pluralismo jurídico, que busca conciliar a universalidade dos direitos humanos com o direito de cada etnia e sua própria especificidade.

Muito há que se caminhar na busca de respostas aos graves problemas enfrentados pelos indígenas. Entretanto sem diálogo intercultural ou interétnico, com respeito à diferença, não há como avançar nestas reflexões. É necessário o respeito às formas escolhidas por estas sociedades para construir seus *projetos de futuro*.

E, mesmo com a larga distância que se impõe entre o que está estabelecido e o que poderá vir a ser, mesmo com todas as violações aos direitos indígenas, ainda podemos contabilizar algumas conquistas que se firmam como parâmetros para práticas inéditas de cidadania ativa, criando novos espaços em que, a criatividade, a negociação e a capacidade de mobilização são as mais importantes estratégias para conquistar um lugar nesta sociedade onde, homens e mulheres buscam a liberdade para serem o que são e o que desejam ser construindo seus *projetos de futuro*.

Como bem observa Clavero (1994), entre os ordenamentos nacionais e internacionais estão surgindo novos cenários, com novos sujeitos, que se apresentam por meio de iniciativas locais, reivindicando o reconheci-

mento de seu próprio direito. Não se trata de desprestigiar os instrumentos estatais, como em geral as Constituições ou os Tratados Internacionais, em particular o Convênio 169 da OIT, trata-se, sobretudo, de valorizar a interatividade que se pode produzir entre estes instrumentos e a parte justamente interessada: a indígena.

Notas

¹ Diante da visibilidade política que as populações indígenas vêm conquistando, estas passam cada vez mais pela necessidade de se reconsiderar a maneira de se pensar a história do contato interétnico, enfatizando o que Pompa (2002, p.22) argumenta sobre *a construção de uma linguagem simbólica negociada*.

² A *Common Law* provém do direito inglês não escrito que se desenvolveu a partir do século XII. É a lei 'feita pelo juiz': a primeira fonte do direito é a jurisprudência. Elaborados por indução, os conceitos jurídicos emergem e evoluem ao longo do tempo: são construídos pelo amálgama de inúmeros casos que, juntos, delimitam campos de aplicação.

³ Conforme já tratado nas considerações iniciais, o direito positivo admite a existência de um direito próprio dos povos indígenas, mas desde que este não seja incompatível com o direito positivado, seja pelas legislações internas dos países, seja pelos Tratados e Convenções Internacionais.

Referências

ALBÓ, Xavier. ¿Como manejar la interculturalidad jurídica en un país intercultural? In: *Poder Judicial*- Instituto de la Judicatura de Bolívia, Tupac Katari: Sucre, Bolívia, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 6.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

CANCLINI, Nestor Garcia. *Culturas Híbridas*. Estratégias para entrar y salir de la modernidad. Grijalbo: México, 1990.

CERTEAU, Michel de. *A escrita da história*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

CHARTIER, Roger. *A História Cultural: entre práticas e representações*. Lisboa, Rio de Janeiro: Difel/Bertrand Brasil, 1988.

CLAVERO, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional em América*. Siglo XXI: México, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In: *Conflitos de Direito sobre as terras Guarani Kaiowá*. Conselho Indigenista Missionário Regional Mato Grosso do Sul; Comissão Pró Índio de São Paulo. São Paulo: Palas Athena, 2001.

DE LA TORRE, Jesus Antonio. *El Derecho a tener derechos*. Ensayos sobre los derechos

humanos en México. Centro de Investigación Y Estudios Multidisciplinários de Aguascalientes. CIEMA, México, 2002.

_____. *El derecho que nasce del pueblo*. Editorial Porrúa, México, 2005

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Vislumbrando un horizonte pluralista: Rupturas y retos epistemológicos y políticos. In: CASTRO, Milka. *Los Desafios de la Interculturalidad: identidad, política y derecho*. Santiago, Chile: LOM ediciones, 2004.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GONZALEZ, Galvan Jorge Alberto. *Derecho consuetudinário Indígena en México: cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos Índios*. Cuadernos del IJ, UNAM, México, 1994, p.76.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

MACHADO, Marcello Lavenere. Justiça para o campo. In: *CPT, conflitos no campo*. Goiânia: Comissão Pastoral da Terra, 1996.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Ariel: Barcelona: 1982.

NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos dos Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

OSCO, Marcelo Fernandes. *La Ley del Ayllu: prática de jachá justicia y jiská justicia (justicia maior y justicia menor) em comunidades aymaras*. La Paz, Bolívia: Fundación PIEB, 2004.

PACHECO, Rosely A Stefanés. *Mobilizações Guarani Kaiowá e Ñandeva e a (re)construção de territórios: novas perspectivas para um Direito Indígena*, Dissertação de Mestrado em História- Linha de Pesquisa História Indígena, UFMS, 2004.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Textos clássicos sobre os direitos e os povos indígenas*. Curitiba: Juruá/NDI, 1992.

_____. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. In: *Fundamentos de História do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Os "Novos" Direitos no Brasil: natureza e perspectivas - uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Recebido em 03 de julho de 2006.

Aprovado para publicação em 28 de julho de 2006.