

# Os Direitos Humanos e os Povos Indígenas

Melissa Volpato Curi

(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

## Introdução

Assim como a legislação pátria vem se aperfeiçoando em relação à defesa dos direitos indígenas, o discurso internacional dos direitos humanos também vem construindo as suas bases de fundamentação. Na esfera internacional, os direitos dos povos indígenas não tinham muita visibilidade, pois como os indígenas não eram considerados sujeitos legítimos de direitos, diante da sua suposta incapacidade<sup>1</sup>, a preocupação era apenas de, eventualmente, denunciar as atrocidades das quais eram vítimas.

A primeira tentativa de codificar os direitos indígenas na legislação internacional foi feita em 1957, pela Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, relativa aos povos indígenas e tribais em países interdependentes. Diante do discurso integracionista que permeava a época, a Convenção 107 mantinha a visão ultrapassada de que o único futuro possível para os povos indígenas seria a sua integração na sociedade nacional majoritária. Determinava ainda que todas as decisões relacionadas com a implementação de projetos de desenvolvimento em terras indígenas eram de competência exclusiva do Estado e não dos próprios povos diretamente afetados por tais propostas.

Reconhecendo a sua ineficiência para garantir direitos humanos fundamentais, principalmente diante das novas exigências, a Convenção 107 foi substituída pela Convenção 169 da OIT, adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, em junho de 1989. A nova Convenção passou a vigorar em 1991, sendo que a ratificação do Brasil se deu apenas em 2004, através do Decreto nº 5.051/2004.

A Convenção 169 da OIT, relativa aos povos indígenas e tribais em países interdependentes, assim como a nossa atual Constituição Federal, passou a reconhecer aos povos indígenas seus direitos permanentes. Retirou a proposta de integração e legitimou o direito dos povos indígenas de viverem segundo seus usos e costumes. Fundamentando-se em

---

<sup>1</sup> Os povos indígenas, até a década de 80, eram considerados pela legislação nacional e internacional como povos primitivos, ou seja, sociedades na infância e que, portanto, não possuíam capacidade plena de atuação no contexto da sociedade ocidental. Dessa perspectiva é que surgiu a visão integracionista ou assimilacionista, que tinha como proposta integrar os indígenas à sociedade envolvente para tirá-los do atraso cultural em que viviam.

princípios de respeito às culturas, às formas de vida e ao direito consuetudinário dessas comunidades, introduziu-se, dentre seus preceitos, o reconhecimento de que esses povos e suas organizações tradicionais devem ser profundamente envolvidos no planejamento e execução dos projetos de desenvolvimento que lhes digam respeito.

Dentre os seus mecanismos de legitimação, dois pontos fundamentais são constantemente evocados para garantir os direitos indígenas: a necessidade de consulta às comunidades indígenas, mediante procedimentos apropriados, quando medidas legislativas ou administrativas possam afetá-los diretamente; e o direito de definir seu desenvolvimento de acordo com as suas aspirações e modos próprios de vida, ou seja, o direito de escolher suas prioridades e promover o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.

No direito indígena contemporâneo está inserida uma figura pouco tratada pelo direito ocidental - o sujeito coletivo. Buscando legitimar direitos e deveres para o sujeito individual, o direito positivo, através de um Estado interventor e punitivo, estabelece normas individuais e sancionadoras. Nesse sentido, embora se reconheça a organização social indígena, o coletivo ainda não apresenta característica de sujeito de direitos e deveres.

Para os povos indígenas é esse sujeito coletivo que define o modo próprio de vida de suas comunidades, ou seja, o direito do grupo em gerir a sua sociedade e decidir o seu próprio destino.

Santos Filho (2006) ressalta que ao ratificarem instrumentos formadores do direito internacional dos direitos humanos (Pactos e Convenções), o Estado obriga-se a respeitar os direitos protegidos, a garantir o gozo e pleno exercício desses direitos às pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, e a adotar as medidas necessárias para dar efetividade aos direitos que se quer legitimar.

A vinculação gerada pelos instrumentos internacionais dos direitos humanos impõe, portanto, o dever dos Estados de oferecer proteção a todos os cidadãos que se encontram sob sua jurisdição, inclusive os indígenas.

Os direitos dos povos indígenas estão inseridos nos chamados direitos humanos fundamentais de terceira geração, que são aqueles que têm como titulares uma coletividade. Estão relacionados com a proteção da dignidade humana, como a proteção do meio ambiente, do desenvolvimento e a promoção da paz.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana encontra também respaldo

internacional nos Pactos de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas - ONU, de 1966, ratificados pelo Brasil através dos Decretos 591 e 592 de 1992. Internamente, a nossa Carta Magna, em seu artigo 1º, inciso III, coloca a dignidade da pessoa humana dentre os seus princípios fundamentais.

Diante desse princípio, a atuação estatal deve promover condições para que todos possam ter uma vida digna, que no caso dos povos indígenas não é apenas individual, mas também coletiva. Assim, a aplicação dos direitos humanos em relação aos povos indígenas necessariamente deve considerar a organização social, os usos, costumes e tradições desses povos, bem como a natureza coletiva dos bens que formam seu patrimônio cultural, territorial e ambiental. Isto porque os direitos individuais relacionais à liberdade e à igualdade e seus corolários que fazem parte da legislação doméstica e internacional não têm extensão suficiente para proteger os direitos e interesses coletivos dos povos indígenas.

Norteando os pactos, tratados e a legislação nacional, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que é reconhecida como um mecanismo formador e balizador de instrumentos na esfera internacional para a promoção da defesa dos direitos humanos fundamentais. Pode-se dizer que a Declaração reflete um conjunto de preceitos que atua como uma espécie de princípios gerais do direito internacional.

No ano de 2000, foi criado o Fórum Permanente sobre Questões Indígenas, um órgão consultivo do Conselho Econômico e Social da ONU, que conta com a participação de 8 representantes indígenas e 8 representantes dos Estados, com mandato de quatro anos. As sessões do Fórum Permanente são realizadas uma vez a cada ano em Nova Iorque. A partir das informações e debates, o Fórum Permanente elabora seu relatório e encaminha recomendações ao Conselho Econômico e Social.

Dentre a importância de sua criação, vale ressaltar a sua influência para a aprovação da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, pela ONU, no dia 13 de setembro de 2007. O texto foi aprovado por votação da maioria dos países presentes: 143 votos a favor, 4 votos contra (Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia e Austrália<sup>2</sup>) e 11 abstenções.

Dentre os seus preceitos, está o direito dos povos indígenas de conservar e reforçar as suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo o direito de participar, se assim desejarem, da vida política, econômica, social e cultural do

---

<sup>2</sup> Em 2009, a Austrália modificou o seu posicionamento e se manifestou a favor da Declaração Universal

Estado

## 1 - Direitos Humanos X Direitos Indígenas

Alguns autores, como Martinez (2006), descrevem sobre as divergências entre as tendências reducionistas em concepções individualistas e comunitaristas nos debates sobre os direitos indígenas. A tendência individualista está presente na interpretação dos Estados, que argumentam que os direitos indígenas já se encontram protegidos pelos princípios universais dos direitos humanos que oferece proteção aos indivíduos. Já o movimento indígena internacional, argumenta que os direitos indígenas são de natureza coletiva e que devem ser protegidos diante dessa perspectiva, recorrendo-se aos fundamentos do relativismo cultural.

Esse embate, composto de impasses e contradições, tem como pano de fundo a defesa intransigente pelos governos da estrutura estatal clássica, e, pelos povos indígenas, de suas instituições tradicionais.

Um dos pontos críticos do embate é a contraposição do universalismo dos direitos humanos ao relativismo dos direitos culturais. Para os universalistas, os direitos humanos decorrem da dignidade humana, enquanto valor intrínseco à condição humana, defendendo, nessa perspectiva, a aplicação das normas para todos os grupos sociais indistintamente.

Por outro lado, para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, social, cultural, moral e social vigente em determinada sociedade, visto que cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, não há moral universal, já que o seu conceito está ligado ao sistema de valores construídos historicamente pelas diversas sociedades existentes no mundo.

O que se constata é que a defesa extrema das duas teorias inviabiliza a proposta maior de legitimação dos direitos humanos, no qual está inserido o respeito à diversidade cultural. O posicionamento radical promove exatamente o que ambas as teorias buscam erradicar – o preconceito. O universalismo não reconhece as particularidades e o relativismo promove o congelamento cultural.

Enquanto os valores universais não garantirem a diversidade cultural, ou seja, deixarem de reconhecer que todos possuem o direito de terem os seus princípios fundamentais próprios defendidos e respeitados, não haverá a possibilidade da construção de um mundo formado por direitos iguais, diante da mesma condição humana, mas particulares, diante da

---

dos Direitos dos Povos Indígenas.

diversidade cultural.

O reconhecimento da pluralidade étnica como princípio fundamental da dignidade humana exige a proposta não de um universalismo ou relativismo, mas de um mínimo ético comum, onde o diálogo e o respeito sejam os caminhos para a construção de uma nova ordem internacional contemporânea.

A garantia dos direitos humanos na perspectiva indígena, portanto, deve reconhecer o multiculturalismo, ou seja, a diversidade cultural que permite concepções diversas e, ao mesmo tempo, redefinições do significado de dignidade humana. A legitimidade do outro é o caminho para o diálogo entre as culturas, o caminho plural que não se esbarra no debate entre o discurso universalista e o relativista.

## 2 - O Direito Consuetudinário e o Pluralismo Jurídico

Os direitos próprios dos povos indígenas são denominados pela legislação vigente como direitos consuetudinários ou costumeiros. De modo geral, esses direitos são definidos como um conjunto de normas sociais tradicionais, criadas espontaneamente pelo povo, não escritas e não codificadas.

A palavra “consuetudinário” significa algo que é fundado nos costumes, por isso, chamarmos essa espécie de direito também de direito costumeiro. Diante de suas características, distinguimos o direito consuetudinário do direito positivo, pois este se fundamenta pela existência de uma autoridade política constituída, o Estado, do qual emana todo o seu poder, sendo que aquele vigora e opera independentemente da existência dessa autoridade.

Por outro lado, embora estejamos tratando essas formas jurídicas (direito costumeiro e direito positivo) como distintas, para Cunha (1990), o direito costumeiro só existe em relação ao direito positivo, portanto, não há como se pensar nem na sua anterioridade nem na sua autonomia frente ao Estado. O direito costumeiro, nesse sentido, só existe em oposição ao direito positivo e seu próprio conteúdo é, parcialmente ou por contraste, informado pela presença do Estado.

Os costumes representam fontes importantes do direito, visto que as normas derivam, em boa parte, dos modos de viver de uma sociedade. No entanto, o direito positivo vigente, no qual estamos inseridos, dá aos costumes um valor secundário, colocando o direito costumeiro como algo inferior ou atrasado, como se fosse um estágio anterior à constituição do direito

positivo normativo emanado pelo Estado.

Essa concepção deriva das teses antropológicas evolucionistas, que fundamentam suas teorias na idéia de que toda a humanidade atravessa sucessivamente, seguindo uma única direção, uma trajetória do simples para o complexo, do irracional para o racional, compreendendo três fases de desenvolvimento: a selvageria, a barbárie e, finalmente, a civilização. Na selvageria estão o arco e as flechas e uma forma de organização política denominada de horda primitiva. Na barbárie estão as cerâmicas, as ferramentas de ferro e uma forma política: a “tribo”. Já no estágio mais avançado, na civilização, ocorre o surgimento da escrita e da forma política do Estado (WOLFF, 2004).

Diante dessa visão, o direito consuetudinário ou costumeiro dos povos indígenas deve ainda transpor essa barreira autoritária que, cada vez mais, tende vincular o direito ao Estado, a privilegiar a lei, a codificação das normas, em detrimento da tradição oral e dos usos e costumes que acompanham uma dada sociedade. A idéia da sociedade dominante, que converte a sua cultura em paradigma universal, é a de que esses povos ditos “primitivos” não possuem um sistema de leis, pois a ausência de Estado e de normas escritas demonstra o atraso e o caráter simplificado de sua estrutura social. Nos dizeres generalizados dessa sociedade, os povos indígenas não possuem direito, arte ou religião, mas, no máximo, costumes, artesanato e superstições.

Corroborando com essa perspectiva, a doutrina jurídica tradicional é unânime em considerar que o direito codificado, ou seja, escrito, favorece mais a certeza do direito que as normas costumeiras. Sendo justamente este o motivo que dá à lei uma superioridade sobre o costume. Coloca-se ainda, que com a evolução das sociedades, estas deixam a forma consuetudinária e se transformam, progressivamente, em direito codificado (NADER, 1988).

Muito embora os pensamentos predominantes em relação aos povos indígenas e, conseqüentemente, aos seus direitos costumeiros sejam de preconceito e discriminação, vale ressaltar, como já mencionado anteriormente, que existe um movimento crescente no direito internacional de se criar instrumentos para o reconhecimento por parte do Estado dos direitos consuetudinários dos povos indígenas<sup>3</sup>. Pode-se dizer, que uma das razões de existir essa abertura, é o fato do direito internacional público ter o costume como sua fonte universal, já que não é comandado por um poder centralizador.

---

<sup>3</sup> Convenção 169 da OIT, Agenda 21, Convenção sobre Diversidade Biológica, Declaração Universal dos

## 2.1 - O direito Costumeiro dos Povos Indígenas

O direito que estamos nos propondo aqui analisar é aquele que representa não apenas os princípios normativos existentes em uma dada sociedade, mas também o que atua como parte integrante dos processos sociais. É a perspectiva que se aproxima da antropologia do direito que, segundo Oliveira (1985), tem como característica fazer uma abordagem das leis através de um fenômeno histórico e cultural, cuja eficácia social e dinamismo devem ser explicados pela inter-relação entre valores e interesses de determinados grupos sociais, com contextos sociais mutáveis e com usos e costumes diversificados (preexistentes ou alternativos).

Essa característica de compreender o direito respeitando o dinamismo social e os fenômenos históricos e culturais é muito importante para situar o direito costumeiro, pois este, ao contrário do que se possa imaginar, não se refere a um conjunto de normas imutáveis e inalteradas desde um tempo imemorial, mas sua concepção atual é de que ele contempla diversos aspectos, que vão desde elementos culturais de períodos pré-coloniais até referenciais contemporâneos que foram incorporados dinamicamente em sua cultura.

Antes de darmos mais profundidade às características do direito indígena, talvez seja importante analisar o que seria, genericamente, o Direito. Existem várias formas de interpretação, mas vamos nos ater àquelas que consideramos relevantes para a análise da questão.

Segundo o Dicionário de Política (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, 2000), o Direito está definido como ordenamento normativo, que *“abrange o conjunto de normas de conduta e de organização, constituindo uma unidade e tendo por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social, tais como relações familiares, econômicas (...)”*. Mais adiante, coloca que para obter o respeito das normas, em última instância, o Direito recorre à força física (p. 349).

De uma outra forma, Chase-Sardi (1987) define o Direito como sendo a existência de normas articuladas em um sistema coerente, dirigidas a estabelecer um ordenamento social para regular seu funcionamento e assegurar sua continuidade, impondo-se de forma coativa e sancionando a transgressão de seus preceitos<sup>4</sup>.

---

Direitos dos Povos Indígenas.

<sup>4</sup> Outros autores, ressaltam que o Direito não implica necessariamente uma sanção e que a licitude, assim como a juridicidade de um sistema, devem ser estudadas em função do próprio sistema jurídico e não em relação

Entender o significado do Direito, diante das mais variadas sociedades existentes, de fato não é tarefa fácil. Considerando a complexidade de interpretação, Korsbaek e Vivanco (2001) ressaltam que existem três posturas diferentes para construção da conceituação das normas jurídicas. A primeira seria aquela fundamentada nos preceitos de Kelsen que entende o Direito como sinônimo de Estado<sup>5</sup>. A segunda, em uma concepção muito mais antropológica, defende a existência do Direito mesmo que não exista a figura do Estado na sociedade analisada<sup>6</sup>. E a terceira, que relaciona os dois conceitos anteriores, defende a possibilidade de analisar sistemas normativos de interação dinâmica.

A terceira postura propõe um novo conhecimento e uma estruturação para a antropologia jurídica moderna. Busca um mecanismo de análise das normas que leve em consideração todos os atores sociais que participam do chamado “sistema normativo”, observando as formas de subordinação existentes nas relações sociais, para que se torne possível a criação de leis mais justas diante da diversidade social existente (KORSBAEK e VIVANCO, 2001).

O entendimento sobre o conceito de Direito, faz-se necessário para compreender como ele se estabelece dentro de uma comunidade indígena. A afirmação de que os indígenas não têm leis, inculcada no senso comum e na compreensão de juristas mais conservadores, é alimentada pela idéia de que a “primitividade” das relações sociais desses povos não comportaria as características do Direito. Como foi visto, uma concepção ultrapassada dentro da antropologia jurídica moderna.

Como afirma Davis (1973): em toda sociedade existe um corpo de categorias culturais, de regras ou códigos que definem os direitos e deveres legais entre as pessoas; em toda sociedade surgem disputas e conflitos quando essas regras são rompidas e, para resolver essas divergências, existem meios institucionalizados através dos quais as regras jurídicas são reafirmadas e/ou redefinidas.

Para caracterizar o direito indígena como um direito consuetudinário ou costumeiro,

---

a outros sistemas (SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, 1998).

<sup>5</sup> KELSEN (2000).

<sup>6</sup> Essa abordagem foi levantada, inicialmente, por antropólogos britânicos, como Bronislaw Malinowski e Isaac Schapera. Posteriormente, foi desenvolvida por estudiosos como Max Gluckman. Essa forma de interpretação deu um novo rumo para as ciências sociais, pois explicitou que a teoria geral do Estado não era mais suficiente para as explicações dos fenômenos políticos e jurídicos que a ciência passou a reconhecer (KORSBAEK E VIVANCO, 2001).

podemos, de modo geral, levantar dois traços específicos: 1) ele se encontra imerso no corpo social, firmemente entrelaçado com todos os outros aspectos da cultura, com o qual forma uma unidade compacta; 2) ele extrai sua força e seu conteúdo da tradição comunitária expressada nos usos e costumes.

Como ensina Cuevas Gayosso (2000), o direito costumeiro para os povos indígenas atende a uma cosmovisão baseada em princípios ancestrais que está relacionada com a ordem natural dos acontecimentos. São regras aceitas e aplicadas pela sociedade porque a consciência coletiva diz que são boas para os homens. Sua aplicação não requer a inclusão de tais regras em textos normativos, pois o que as tornam legítimas é a consciência comum do grupo que, através do conhecimento dos princípios gerais que regem as suas condutas, sustenta as regras determinadas para a resolução de problemas específicos.

Assim, dentre outras peculiaridades, o direito costumeiro se diferencia do direito positivo das sociedades modernas por não separar o aspecto social do aspecto jurídico. O direito para as comunidades indígenas atua submerso no corpo social, nos usos e costumes comunitários, envolvendo tradição oral, sistemas de cargos, fundamentos mágico-religiosos, que formam a cosmovisão particular da comunidade. Por outro lado, as sociedades modernas têm necessidade de separar esses dois aspectos – o social do jurídico, criando uma dicotomia entre a forma e o conteúdo.

Uma definição considerada relevante para Cuevas Gayosso (2000), é aquela que define o direito costumeiro como sendo uma regra de organização comunitária enraizada em uma visão cosmológica. Segundo o autor, dessa definição é possível retirar duas características principais: flexibilidade e profundidade.

O termo “regra” permite conceber o direito costumeiro como algo que não tem a mesma rigidez do termo “norma jurídica”, utilizado pelo direito positivo. Enquanto o primeiro permite uma adaptação dentro da sociedade em que se manifesta, o segundo, inserido em um contexto diverso, é rígido e sua aplicação corresponde à imposição da referida norma de conduta nos fenômenos sociais.

As regras terão que se adequar às características da sociedade, convertendo-se em uma expressão comum de um grupo determinado e com tendência em resguardar seus valores e princípios essenciais. Nessa perspectiva, Cuevas Gayosso (2000) ressalta a origem fundamental das regras costumeiras, aquela que denomina “visão cosmológica”.

Através da “visão cosmológica”, observa-se as diversas fontes do direito. Constatase que não apenas a vontade do legislador é responsável em criar o direito, mas que as práticas cotidianas, relacionadas à cosmovisão de diversos grupos sociais, resultam também nas criações de regras costumeiras que, mesmo informalmente, tornam-se legítimas para ordenar o convívio social.

Outras características atribuídas ao direito costumeiro, que o difere do direito positivo, é o de não ser escrito, nem codificado e o de vigorar sem a presença do Estado. Nessa espécie de direito existe um corpo de regras e costumes delimitado, reconhecido e compartilhado por uma dada coletividade.

O fato de não ser escrito e codificado suscita diversas críticas na tentativa de empobrecer o direito costumeiro. Como visto anteriormente, o direito escrito é visto pela doutrina como um direito mais seguro, dando mais garantias à lei. Entretanto, apesar dessa consideração, não há questionamentos, por exemplo, sobre o sistema jurídico inglês, que não possui uma Constituição escrita. Pelo contrário, todos reconhecem e dão legitimidade a esse ordenamento legal.

O que se constata, portanto, que o mais relevante não é o fato de ser escrito ou não, mas o de estar relacionado às comunidades ditas “primitivas”, que sempre tiveram seus direitos deixados em segundo plano. Talvez a preocupação maior seja de que uma vez reconhecidos, esses direitos deverão ser compatibilizados na prática com o direito positivo vigente. E como diz Venne (1989), *“se os sistemas legais têm raízes em necessidades e preocupações diferentes, há muito poucas chances de que sejam compatíveis”*. Esse seria um outro grande desafio – encontrar os mecanismos adequados para compatibilizar o direito consuetudinário indígena com as leis positivas do país.

Para Cunha (1990), embora o direito positivo e o direito costumeiro sejam de natureza e de utilização social diferentes, eles podem conviver pacificamente. No entanto, isso não significa que possam ser reduzidos a um sistema único, ou seja, não há como replicar no direito positivo, de forma explícita e substantiva, o direito costumeiro que só faz sentido dentro do sistema em que está inserido.

## 2.2 - O Pluralismo Jurídico

Considerando a diversidade cultural existente no país e a perspectiva de que o conceito de cultura abrange aspectos sociais, mitológicos, religiosos, simbólicos, jurídicos etc.,

reconhece-se que cada sociedade, dentre elas as indígenas, possui modos próprios de expressar e traduzir a realidade a sua volta. Nesse contexto, contrapondo a proposta de um Direito Estatal monista, introduz-se, como forma de garantir normas internas, a idéia de pluralismo jurídico.

A concepção pluralista surge com a interface entre a antropologia e o estudo das leis, criando uma abordagem interdisciplinar denominada de antropologia do direito ou antropologia jurídica. Como pontos de referência do pluralismo, vale levantar dois aspectos: o primeiro é o fato de que a realidade plural levanta uma desigualdade fática que se manifesta em todos os aspectos da vida cotidiana, mesmo que os valores contidos nas concepções dos diversos grupos existentes estejam concebidos dentro das fronteiras de um mesmo país e relacionados por origens históricas; e o segundo aspecto é a coexistência de dois ou mais sistemas normativos em um mesmo espaço.

A proposta do pluralismo jurídico, embora ainda alcançando espaços restritos no meio acadêmico, vem sendo abordada como um novo caminho para a solução de conflitos e para o reconhecimento de normas particulares de grupos e sociedades. Seu objetivo central é demonstrar que o Estado Moderno não é o único agente legitimado a criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão surgindo, ou seja, que não possui o monopólio exclusivo da produção de normas jurídicas.

Nesse sentido, apresenta-se como uma forma de contrapor a doutrina do monismo jurídico e de reconhecer a multiplicidade das fontes e das relações de direito no interior de um mesmo sistema jurídico. Como ressalta Wolkmer (1994), a intenção não é negar o direito estatal, mas legitimar outras formas jurídicas existentes na sociedade.

Como ensina Sousa Santos<sup>7</sup> (2003), a Sociologia do Direito, nas três últimas décadas, investiga o pluralismo jurídico e chama a atenção para a existência de direitos locais nas zonas rurais, nos bairros urbanos marginais, no desporto, nas igrejas, nas empresas, nas organizações profissionais etc. São formas de direito, segundo o autor, denominadas infra-estatais, informais, não oficiais e mais ou menos costumeiras.

Conforme Sánchez-Castañeda (1998), o primeiro teórico a falar sobre um Direito vivo

---

<sup>7</sup> Boaventura de Souza Santos é português, professor de Sociologia do Direito e precursor nos estudos do pluralismo jurídico e na teoria crítica do Direito. No Brasil, o jurista Antônio Carlos Wolkmer, fundamentado pelos estudos de Boventura, desenvolveu um estudo sobre a teoria pluralista.

e na possibilidade de uma pluralidade de sistemas jurídicos foi Eugène Ehrlich<sup>8</sup>, que ressaltou o caráter arbitrário e fictício da unidade do ordenamento jurídico. Para esse autor, o ponto central do Direito não se encontra na legislação, nem na ciência jurídica ou na jurisprudência, mas se situa na própria sociedade. Existe um Direito vivo que pode ser conhecido através de diferentes fontes, particularmente pela observação direta da vida social, das transformações, dos hábitos e costumes dos grupos (EHRlich, 1913 *apud* SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, 1998).

O Direito não é necessariamente um produto do Estado, pois a sua principal origem está nas relações sociais, podendo, portanto, ser tratado como um conjunto de regras que determina a posição e a função dos indivíduos dentro de um grupo social.

Como já foi ressaltado, para as sociedades indígenas, o pluralismo jurídico introduz um sujeito de direito diferente do proposto pelo sistema envolvente. Enquanto o direito estatal cria regras para o indivíduo, as sociedades indígenas possuem normas coletivas, operadas e recriadas através da figura do sujeito coletivo.

Esse coletivo, como sujeito de direitos e deveres, é o que garante a autodeterminação dos povos indígenas, ou seja, o direito do grupo em gerir a sua sociedade e decidir o seu próprio destino. Com base nessa perspectiva, impõe-se um limite de interferência ao direito impositivo e centralizador do Estado. Diferente do papel de interventor, o Estado deve assumir um posicionamento de mediador de conflitos e interesses.

Na prática, não raras vezes existem conflitos entre o sistema positivo vigente e as normas próprias das comunidades indígenas. Invariavelmente, o posicionamento estatal é o de querer ferir a autonomia dos povos indígenas ao impor as suas regras e sistemas de valores. Para exemplificar, tomemos a análise diferenciada que cada cultura faz sobre o ato de levar à morte crianças recém nascidas.

O Direito Estatal, criminalizando o ato, denomina essa prática de infanticídio. Já algumas comunidades indígenas, por razões diversas, não tratam a questão como uma infração às regras internas, mas, simplesmente, como uma prática natural e costumeira de sua comunidade.

Considerando a figura do sujeito coletivo nas sociedades indígenas, pode-se dizer que o ato é uma renúncia ao direito individual para que o direito coletivo seja garantido. A mãe, considerando a rejeição da comunidade à criança parida, renuncia ao direito individual à vida

---

<sup>8</sup> Em sua obra *Grundlegung der Soziologie der Rechts*, Munich y Leipzig, 1913 (SÁNCHEZ-

da criança e legitima o direito coletivo da comunidade como garantia da ordem social.

Para Segato (2007), a questão suscita uma análise da expressão “direito à vida” a partir de duas espécies diferentes de direito: do direito individual à vida, isto é, da proteção do sujeito individual de direitos; e do direito à vida dos sujeitos coletivos, ou seja, o direito à proteção da vida de um povo enquanto povo.

O direito à vida de um povo é uma forma de proteção muito pouco elaborada no discurso jurídico e nas políticas públicas. O fato de a sociedade capitalista envolvente priorizar direitos individuais faz com que o sujeito coletivo apareça de forma vazia no texto da lei. Reconhece-se a organização social, os costumes, as tradições indígenas (art. 231, *caput*, CF) e a autodeterminação desses povos (art. 7º, Convenção 169, OIT), mas não há uma garantia efetiva para a legitimação prática desses direitos.

Diante dessa realidade, Segato (2007) defende que entre o direito individual e o coletivo, deve-se priorizar o segundo, ou seja, deve-se “salvar a comunidade onde ainda há comunidade, e salvar o povo onde ainda persista um povo”. Nesse caminho, o Estado não pode assumir o papel de um interventor rígido e punitivo, mas deve ser capaz de restituir os meios materiais, a autonomia e as garantias de liberdade no interior de cada coletividade, para que seus membros possam deliberar a respeito dos seus costumes em um percurso próprio de transformação histórica.

No caso do infanticídio ou de qualquer outro conflito entre culturas, o entendimento da maioria dos juristas e antropólogos tem sido de opor o relativismo cultural ao universalismo dos Direitos Humanos. Nessa perspectiva, a defesa dos direitos próprios dos povos indígenas é pautada como uma forma de ferir o direito à vida, ou seja, de colocar a cultura à frente de um direito humano fundamental. Tal entendimento apresenta, por si só, contradições.

O pluralismo jurídico não defende o congelamento da cultura e a imposição de sua forma, mas reconhece que cada povo possui uma dinâmica própria para definir seus conceitos e decidir seu caminho. O entendimento predominante é de que não é a tradição o que constitui um povo, mas a deliberação conjunta. Muitos são os povos que já deliberaram e modificaram costumes, como, por exemplo, a prática do infanticídio.

## Conclusão

A legitimação dos direitos indígenas na esfera internacional, assim como na legislação

---

CASTAÑEDA, 1998).

nacional brasileira, veio, ao longo da história, redefinindo os seus conceitos para garantir aos povos indígenas o reconhecimento da sua organização social, crenças e costumes diferenciados. De uma visão integracionista, proposta pela Convenção 107 da OIT, em 1957, e pelo Estatuto do Índio, de 1973, passamos para a legitimação dos direitos indígena permanentes através da Convenção 169 da OIT, de 1989 e pela Constituição Federal de 1988.

Não mais pretendendo integrar o índio à comunhão nacional, o ordenamento jurídico garante aos povos indígenas o direito de viverem segundo seus usos e costumes, que se fundamenta na garantia da livre determinação indígena.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, promulgada em 1948, é a fonte originária de todos esses tratados, convenções, pactos e declarações que buscam a legitimação de direitos humanos fundamentais, como os direitos consuetudinários dos povos indígenas.

Com a proposta de uma nova ordem internacional de direitos humanos, os documentos buscam caminhos para superar o discurso universalista e relativista que inviabiliza o diálogo entre a garantia da dignidade humana e valores culturais. Reconhecendo que ambos estão intimamente interligados, o discurso reducionista vem sendo substituído por uma proposta de respeito à dignidade humana não apenas individual, mas também coletiva, que reconhece nas sociedades indígenas as suas formas internas de redefinição de valores e conceitos.

### Referências Bibliográficas

BARBOSA, Marco Antônio. **Autodeterminação: Direito à Diferença**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

CHASI-SARDI, Miguel. **Derecho Consuetudinario Chamacoco**. Asunción: RP Ediciones, 1987.

CUEVAS GAYOSSO, José Luis. **La Costumbre Jurídica de los Pueblos Indígenas em la Constitución Del Estado de Vera Cruz, México (2000), de la Norma a la Práxis**. México: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Universidad Veracruzana, año 1, 2000.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **El Concepto de Derecho Consuetudinario y los Derechos Indígenas em la Nueva Constitucion de Brasil**. In: **Entre la Ley y la Costumbre: el derecho consuetudinario indígena em América Latina**, Instituto Indigenista Interamericano

e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.

DAVIS, Shelton. **Antropologia do Direito – Estudo Comparativo de Categorias de Dívidas e Contratos**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KORSBAEK, Leif e VIVANCO, Florecia Mercado. **La Sociedad Plural y el Pluralismo Jurídico, un Acercamiento desde la Antropología Del Derecho**, Universidade do México, Cidade do México - México, 2001.

MARTINEZ, Oliva Daniel J. **Um intento de Fundamentacion de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ordenamiento internacional**. In: BERRONDO, Mikel (coord.). **Pueblos indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

OIT, CONVENÇÃO 169. **Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes**, 7 de julho de 1989. In: MAGALHÃES, E. D. (Org.). **Legislação Indigenista brasileira e Normas Correlatas**, 3º edição, Brasília: FUNAI/CGDOC, 2005.

OLIVEIRA, Paulo Celso de e SILVA, Leticia Borges da (Coords.). **Socioambientalismo: uma realidade - homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho**. Curitiba: Juruá, 2006.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo. **Los Orígenes del Pluralismo Jurídico**, 1998

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

SEGATO, Rita Laura. **Que cada povo trame os fios da sua história: em defesa de um Estado restituidor e garantista da deliberação no foro étnico**. Audiência Pública sobre o PL 1057/2007, em 05/09/2007, Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, Brasília, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Os direitos invisíveis**. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (org). **Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global**. Petrópolis: Vozes, 1999.

VENNE, Sharon. **The New Language of Assimilation: a Brief Analysis of ILO Convention 169**. In: **Indigenous Peoples and Law**. Without Prejudice – The EAFORD International Review of Racial Discrimination, vol II, n° 2, Washington, D.C., USA.

WOLFF, Francis. **Quem é Bárbaro?** In: **Civilização e Barbárie**. Org. Adauto Novaes, São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos para uma nova cultura no direito**. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.