

Povos indígenas e o Direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de Direitos¹

*Estella Libardi de Souza*²
Universidade Federal do Pará
estellalibardi@gmail.com

Resumo: Por meio do diálogo entre a Antropologia e o Direito, este artigo propõe-se a discutir, a partir da Ação Penal nº 920001334-1, da Justiça Federal de Roraima (doravante, *Caso Basílio*), a situação de colonialismo jurídico a que estão submetidos os povos indígenas no Brasil hoje, e a possibilidade de superá-lo, garantindo a pluralidade de Direitos existentes no território brasileiro. O reconhecimento formal do direito à autodeterminação dos povos indígenas, efetuado pela Constituição Federal de 1988 ao afirmar o Direito à diferença, quebrou o paradigma da integração e da assimilação que dominava nosso ordenamento jurídico; no entanto, ainda não fez superar os vícios tutelares do Estado brasileiro, que perpetua velhas estratégias de homogeneização cultural. Entre estas, destacamos a imposição do Direito estatal aos povos indígenas, tentativa de homogeneização dos Direitos que nega a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos. Tal concepção etnocêntrica do Direito é questionada pelos povos indígenas, que reclamam o exercício de seus Direitos, os quais são parte importante de suas culturas, integram a identidade étnica dos povos, e expressam suas sensibilidades jurídicas peculiares. Desse modo, a prática jurídica brasileira, que hoje revela a enorme resistência dos órgãos do Poder Judiciário em *tolerar* a aplicação da justiça indígena, reclama mudanças, a fim de superar o colonialismo jurídico a que estão submetidos os povos indígenas. Nesse sentido, o *Caso Basílio* pode ser considerado um paradigma a ser perseguido: a Justiça brasileira considerou que a aplicação de pena, pela comunidade Macuxi, ao índio Basílio Alves Salomão, pela prática de homicídio, o isentava de pena pelo Direito estatal. Acredita-se que a análise do processo judicial em questão permite revelar como, em um caso concreto, o Direito indígena pôde ser aplicado e reconhecido como legítimo pelo Direito estatal; permite, além disso, identificar as condições e as limitações que possibilitam ou dificultam o pluralismo jurídico no Brasil.

Palavras-chave: Povos indígenas; Direitos indígenas; Direitos Humanos; sensibilidades jurídicas; colonialismo jurídico; pluralismo jurídico.

O Direito à diferença: da negação ao reconhecimento

Desde a instituição, o Estado brasileiro pautou sua relação com os povos indígenas muito mais pela negação que pelo reconhecimento de direitos. O interesse pelas terras das populações que ocuparam o, hoje, território brasileiro e a influência das concepções etnocêntricas a respeito desses povos, ditos primitivos, arcaicos ou selvagens, levavam o Estado a “apostar” na simples extinção dessas populações. Os índios ou indígenas, como foram genericamente chamados, não

¹ Trabalho apresentado no Grupo de Trabalho 4 – Diversidade, Identidades e Culturas Latino-americanas no Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos, realizado na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, nos dias 20 a 22 de agosto de 2008.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bolsista de Iniciação Científica do CNPq.

eram reconhecidos nem como iguais, negando-lhes o *status* de cidadãos, nem como diferentes, negando-lhes o direito de preservarem suas religiões, suas línguas, suas tradições.

No passado, o não reconhecimento da diferença se traduzia na inexistência de leis e políticas estatais que efetivamente garantissem a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas, combatendo a violência perpetrada por particulares e pelas próprias autoridades estatais. Como coloca Ana Valéria Araújo (2006),³ a Constituição de 1891 não fazia sequer menção à existência de índios no território brasileiro. Em tempos mais recentes, a negação do direito à diferença adquiriu contornos mais explícitos, manifestando-se na política integracionista, baseada numa concepção que buscava assimilar os índios à sociedade brasileira. Nas palavras de Araújo (2006), tratava-se, na verdade, da possibilidade de fazer com que os índios paulatinamente deixassem de ser índios.

Nesse sentido, as diferenças culturais dos povos indígenas, compreendidas pelo crivo da inferioridade, foram sistematicamente negadas e, desse modo, fadadas à assimilação pela matriz dominante. O decurso do tempo, entretanto, revelou a extrema capacidade de resistência dos povos indígenas que, diante de todas as violações de direitos enfrentadas, num processo que envolveu mudanças e continuidades, conseguiram manter formas próprias de vida, e, assim, garantir a sua existência enquanto coletividades diferenciadas da sociedade hegemônica.⁴ Ao mesmo tempo, os avanços da pesquisa etnográfica pouco a pouco conseguiram desvelar a complexidade da organização social dessas populações, significando uma tentativa de desconstrução das distorcidas imagens de selvageria produzidas pela visão etnocêntrica.

A vitalidade política dos povos indígenas no Brasil foi demonstrada na sua intensa mobilização durante o processo constituinte, que resultou na inclusão de um capítulo específico à proteção dos direitos indígenas na Constituição Federal de 1988, fato único em nossa história. A nova Constituição trouxe uma série de inovações no tratamento da questão indígena,

³ Cf. ARAÚJO, Ana Valéria *et alii*. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença*. Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível também em <http://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/producoes/index.htm>.

⁴ Segundo Araújo, o Brasil não tem ainda uma estimativa precisa sobre a população indígena em seu território, em razão de até hoje nunca se ter feito um censo indígena, e, portanto, as contagens variam e oscilam na medida em que se baseia em informações de diferentes e heterogêneas fontes. Conforme “... os números utilizados pela FUNAI, ... [existem] hoje no Brasil 215 povos indígenas, com uma população de aproximadamente 345 mil índios, o que representa cerca de 0,2% da população nacional. [Ainda] de acordo com a FUNAI, esses números referem-se somente a índios que vivem em aldeias, estimando-se a existência de cerca de 100 a 190 mil outros vivendo fora de terras indígenas, inclusive em cidades, enquanto há indícios de mais ou menos 53 grupos sem qualquer contato com a sociedade (isolados)...”. (2006: 23).

incorporando a mais moderna concepção de igualdade e indicando novos parâmetros para a relação do Estado e da sociedade brasileira com os índios.

Para Araújo (2006), a Constituição de 1988 quebrou o paradigma da integração e da assimilação que até então dominava o nosso ordenamento jurídico, assegurando aos índios o direito à diferença, calcado na existência de diferenças culturais, e garantindo aos povos indígenas permanecerem como tal, se assim o desejarem, devendo o Estado assegurar-lhes as condições para que isso ocorra. Além disso,

“ao reconhecer aos povos indígenas direitos coletivos e permanentes, a Constituição abriu um novo horizonte para o país como um todo, criando as bases para o estabelecimento de direito de uma sociedade pluriétnica e multicultural, em que povos continuem a existir como povos que são, independente do grau de contato ou de interação que exerçam com os demais setores da sociedade que os envolve.” (Araújo, 2006: 45).

Devemos ressaltar que os avanços obtidos pelos povos indígenas no Brasil não constituíram um caso isolado, mas são parte de um intenso processo de mobilização e protagonismo indígena, que, principalmente a partir do final da década de 1980, constitucionalizou os direitos de povos indígenas em diversos países latino-americanos que possuem uma história colonialista bastante similar à do Brasil, a exemplo da Colômbia, do Equador, do México e da Bolívia.

No âmbito internacional, os povos indígenas também conquistaram o reconhecimento de direitos, seja por meio de instrumentos específicos, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁵ e a recente Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas das Nações Unidas (ONU),⁶ seja por meio de construções jurisprudenciais, como a da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as quais deram aos instrumentos de proteção aos direitos humanos em geral um sentido e um alcance que permita uma proteção especial aos povos indígenas. (Melo, 2006)⁷

⁵ A Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes – Convenção 169 – da OIT – é considerada o primeiro instrumento internacional a tratar dignamente dos direitos coletivos dos povos indígenas. Foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro em 25 de agosto de 1993, entrando em vigor no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002.

⁶ A Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 13 de setembro de 2007, tendo o Brasil como país signatário.

⁷ Cf. MELO, Mario. “Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos”. In *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, nº 4, ano 3, 2006. Disponível também em: www.surjournal.org

Araújo (2006) observa que, desde 1988, houve um avanço significativo na proteção e no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no país, fazendo da Carta de 1988 uma espécie de marco divisor para a avaliação da situação dos índios no Brasil de hoje. Para Luciano (2006),

[a] conquista histórica dos direitos na Constituição promulgada em 1988 mudou substancialmente o destino dos povos indígenas do Brasil. De transitórios e incapazes passaram a protagonistas, sujeitos coletivos e sujeitos de direitos e de cidadania brasileira e planetária. (2006: 19)

No entanto, apesar dos avanços, e embora seja inegável avanço o reconhecimento formal do direito à autodeterminação dos povos indígenas, como adverte José Otávio Catafesto Souza (2004),⁸ as leis complementares e a regimentação jurídica e administrativa ainda não fizeram superar os vícios tutelares, autoritários e assistencialistas do Estado brasileiro. Nesse sentido, Araújo (2006) aponta a problemática coexistência de um texto constitucional extremamente avançado, de algumas leis modernas, ao lado do ainda vigente Estatuto do Índio arcaico e fundado em conceitos totalmente superados que, entretanto, (ainda) ditam as regras do dia-a-dia da aplicação dessas políticas públicas do Estado brasileiro. Desse modo, a ruptura dos paradigmas preconceituosos levada a cabo pela Constituição 1988 ainda não foi prontamente atendida, interpretada e executada pelo Estado e seus poderes,⁹ que não abandonaram as velhas estratégias de homogeneização cultural.

Da singularidade do caso *Basílio*

A discussão acerca dos Direitos indígenas, isto é, dos sistemas jurídicos dos povos indígenas, no Brasil, ganhou novos parâmetros após o reconhecimento da diversidade pela Constituição Federal de 1988. No entanto, nesses vinte anos, poucos avanços têm sido vislumbrados nessa questão: embora se pretenda sensível à diversidade, o Estado brasileiro permanece como um sistema único, impondo as normas jurídicas da sociedade hegemônica aos povos indígenas, ignorando (ou pouco considerando) as normas diferenciadas que regulam a organização social e o funcionamento das sociedades indígenas.

A prática jurídica brasileira tem revelado a enorme resistência dos órgãos dos Poder Judiciário em *tolerar* (para usar a expressão do Estatuto do Índio) a aplicação da justiça indígena.

⁸ Cf. SOUZA, José Otávio Catafesto. “Mobilização indígena, direitos originários e cidadania tutelada no sul do Brasil depois de 1988” In Fonseca, Claudia; Terto Jr., Veriano & Alves, Caleb Farias (orgs.) *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre, UFRGS, 2004: pp. 185-197.

⁹ Cf. SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. “As novas questões jurídicas nas relações dos estados nacionais com os índios”. In LIMA, Antonio Carlos de Souza & BARROSO-HOFFMANN, Maria (Orgs.). *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002 *apud* ARAÚJO, 2006.

Mesmo em delitos praticados dentro das terras indígenas, entre indígenas, os Tribunais têm-se considerado competentes para o julgamento. (Souza Filho, 2006)

Desse modo, a Ação Penal nº. 92.0001334-1, da Justiça Federal de Roraima (doravante *Caso Basílio*) pode ser considerada um contraponto.

Basílio Alves Salomão, indígena do povo Macuxi, foi denunciado pelo Ministério Público de Roraima em março de 1986 por homicídio contra Valdenísio da Silva, também Macuxi, na aldeia em que ambos viviam. O processo passou para competência da Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado de Roraima – em fevereiro de 1992, e em outubro de 1994, depois de ouvidos o réu e as testemunhas, o Ministério Público Federal solicitou laudo antropológico, tendo em vista a necessidade de avaliar, conforme se argumentou, “(a) como o fato criminoso praticado por Basílio repercutiu perante àquela comunidade indígena, tendo em vista seus usos e costumes; b) o grau de imputabilidade do referido índio [Basílio]; c) se houve alguma punição ou qual o sistema primitivo adotado pela comunidade, levando em conta, especialmente, ser ele um tuxaua.”¹⁰

Deferido pelo juiz, o laudo foi realizado por antropólogo da FUNAI, o qual ressaltou a importância do sistema de liderança para manter a identidade grupal e defender o território, e relatou as consequências do crime em questão para a comunidade Macuxi, uma vez que Basílio era o Segundo Tuxaua do pólo mais importante de uma das regiões do pólo Macuxi, o que abalou a comunidade e levou-a a re discutir suas práticas de controle social. Os Tuxauas reuniram-se, discutiram e decidiram o destino de Basílio: o desterro, durante o qual Basílio ficaria privado da companhia de seus familiares e privado de iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados e sem direito a possuir bens e a exercer os direitos de membro do grupo.

Quanto ao “grau de imputabilidade”, o laudo argumentou que não se pode basear num suposto “grau de aculturação”, por este revelar o etnocentrismo da sociedade nacional, que toma a si própria como parâmetro de comparação. Por fim, o laudo destacou a vigência de um sistema penal aplicado pela comunidade, que, como demonstrou o caso de Basílio, consiste no julgamento por um conselho de Tuxauas, que analisa os fatos e ouve o réu, aplicando pena de

¹⁰ Conforme explica o laudo antropológico, o Tuxaua, parte do sistema de lideranças Macuxi, é eleito em assembléia comunitária, havendo um para cada maloca, e sem prazo para a duração do mandato. Há ainda o Segundo Tuxaua, a quem cumprir substituir o Tuxaua principal em suas ausências, ou cumprir missões por ele designadas, devendo ajustar contas dos atos praticados.

acordo com as tradições e com o acordo da família do ofendido e do restante da comunidade, devendo o cumprimento da pena ser fiscalizado pelo Tuxaua. No caso de Basílio o laudo informa que este ainda se encontrava cumprindo a pena – de início, mais rigorosa, depois, mais flexível – e que contava, no momento de elaboração do laudo (junho de 1995), com quase 10 anos.

Não obstante o laudo ter sido requerido pelo Ministério Público Federal, em suas alegações finais (setembro de 1995), o representante do MPF (que não era o mesmo que pedira o laudo) manifestou-se pela pronúncia do acusado – isto é, que Basílio fosse levado a júri popular –, afirmando, entre outras coisas, que o laudo antropológico não cumprira com a finalidade para que havia sido requerido. A FUNAI, por outro lado, que atuou durante todo o tempo na defesa de Basílio, por meio de seus advogados, em suas alegações finais pede a absolvição do réu, com fundamento no *estado de embriaguez* em que este se encontraria no momento do crime, alegando ainda a relevância de se avaliar o “grau de aculturação” do indígena. Não faz o defensor qualquer menção ao laudo antropológico constante dos autos.

O juiz federal, na sentença em que pronunciou o réu, aceitou a tese do MPF de que o laudo antropológico não cumprira a finalidade a que se destinava. Afirma o juiz que Basílio “era um tanto quanto aculturado e integrado à cultura brasileira predominante” e, ainda, que não era “alienado da vida civilizada.”

Até esse momento, portanto, o *Caso Basílio* não parece diferir do que é a prática comum de nossos tribunais, ao insistirem no grau de *aculturação*, de *integração* ou de *civilização* de indígenas. Também não é considerado pelo juiz o fato de Basílio estar cumprindo pena imposta pela comunidade a que pertencia, ao se julgar competente para processar (e punir) Basílio.

Levado a júri popular em maio de 2000, Basílio foi absolvido. Entretanto, o que fundamentou sua absolvição pelo Conselho de Sentença (os jurados) não foi ausência de materialidade ou não comprovação da autoria. Apesar de terem decidido que Basílio desferiu a facada na vítima, e que esta facada levou Valdenísio à morte, os jurados consideraram que o fato de Basílio ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade indígena era suficiente para isentá-lo de pena no julgamento realizado pela Justiça Federal.

O reconhecimento pela Justiça Federal da aplicação de normas jurídicas que não estão previstas no Código Penal Brasileiro, prática pouco comum na jurisprudência brasileira, torna o *Caso Basílio* singular na prática jurídica brasileira. Com efeito, o desfecho do caso leva-nos à discussão sobre as possibilidades de reconhecimento do(s) Direito(s) indígena(s) no Estado

brasileiro, na tentativa de superar o colonialismo jurídico a que estão submetidos os povos indígenas, permitindo, assim, a construção de um Estado plural.

Povos indígenas e seu(s) Direito(s): a construção de um Estado plural

A construção de um Estado, verdadeiramente, plural implica em considerar a diversidade étnica existente, as diferenças culturais que, não obstante as tentativas de eliminá-las, permanecem entre os diversos povos que convivem no território brasileiro. Implica também em superar os velhos preconceitos a respeito dos povos nativos, que embaçam a percepção da complexidade de suas organizações sociais e contribuem para a manutenção de relações assimétricas e práticas tutelares, em prejuízo dos povos indígenas.

Tais preconceitos, como foi possível perceber no Caso *Basílio*, ainda se fazem presentes na prática jurídica brasileira, uma vez que a imagem do índio *aculturado*, *integrado* à comunidade *nacional*, perpassa o discurso de parte dos operadores do Direito (juízes, promotores, procuradores, advogados) que atuaram no caso durante os quatorze anos em que a Ação Penal tramitou no Judiciário brasileiro.

Além disso, no caso do Direito indígena, os velhos estereótipos e preconceitos, as antigas práticas autoritárias e tutelares, e o abismo cultural associam-se à tradição dogmática e ao monismo jurídico predominante na cultura jurídica positivista brasileira para tornar os Direitos diferenciados dos povos indígenas irreconhecíveis, simplesmente invisíveis.

Como afirma Manuel Moreira (2005),¹¹ a existência dos sistemas jurídicos diferenciados dos povos indígenas questiona os paradigmas fixados historicamente de um Estado soberano e criador de normas. O Estado contemporâneo e seu Direito sempre negaram a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos, acreditando que o Direito Estatal sob a cultura constitucional é único e onipresente. (Souza Filho, 2006).¹²

Segundo Antonio Carlos Wolkmer (2001),¹³ a cultura jurídica nacional foi sempre marcada pela ampla supremacia do oficialismo estatal sobre as diversas formas de pluralidade de fontes normativas que já existiam. O autor ressalta a condição de superioridade de um Direito Estatal que sempre foi profundamente influenciado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito

¹¹ Cf. MOREIRA, Manuel. *La cultura Jurídica Guarani*. Argentina: Antropofagia, 2005.

¹² Cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

¹³ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura jurídica no Direito*. 3ª ed. São Paulo, Alfa Ômega, 2001.

colonizador alienígena. Desde o início da colonização, as antigas práticas jurídicas nativas foram desconsideradas, impondo-se uma cultura legal proveniente da Europa e da Coroa Portuguesa, de modo que o(s) Direito(s) indígenas foram gradativamente sendo submetidos a uma ordem normativa que visava implementar as condições e as necessidades do projeto colonizador dominante.

No entanto, como observa Carlos Marés de Souza Filho (2006),¹⁴ antes da independência dos países latino-americanos, Portugal e Espanha mantinham leis de colonização (ou melhor, de conquista) que abrigavam ou protegiam os povos indígenas, muitas vezes reconhecendo Direito próprio, isto é, os reconhecia como povos diferentes. No entanto, o processo de formação do Estado brasileiro, como vimos, não admitia grupos diferenciados no (pretense) território *nacional*. Segundo Souza Filho (2006),

a cultura constitucional clássica não podia aceitar a introdução, nas constituições, do reconhecimento dos direitos de povos indígenas a um território e à aplicação nestes territórios de seu Direito próprio, porque entendia que seria um Estado dentro de um Estado. (2006: 68)

Desse modo, o Estado e o Direito que foram forjados teriam que ser unos e geradores de sua própria fonte: “Estado único e Direito único,... mesmo que para isso tivesse que reprimir de forma violenta ou sutil as diferenças...”. (Souza Filho, 2006: 63). Nesse sentido, assim como a formação do Estado brasileiro pressupôs uma única nação, pressupôs também um único Direito; a homogeneização das culturas significava também a homogeneização dos Direitos.

A cultura jurídica que pautou a ordem normativa que se foi impondo com a formação do Estado brasileiro foi a que predominava nos Estados europeus, nascida com a formação do Estado moderno, e que foi exportada (e imposta) para as colônias. Tal cultura jurídica é marcada pela doutrina do monismo, concepção que

atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção de normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo. (Wolkmer, 2001: 46)

Segundo Souza Filho (2006), a lei formou-se como um sistema que não admite concorrência e, por isso mesmo, privilegia uma única fonte, além de descartar como não-Direito tudo aquilo que não está claramente inserido no sistema. Para Araújo (2006),

[t]rata-se de uma interpretação etnocêntrica do Direito, que não admite que um conjunto de regras diferenciadas que organizam uma sociedade distinta possa ser acatado como Direito, convivendo lado a lado com o Direito estatal. Dessa forma, é que opta por se referir a usos, costumes e tradições, os quais se exige respeitar desde que não sejam incompatíveis com o sistema jurídico

¹⁴ Cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos para o Direito*. Curitiba, Juruá, 2006.

estatal. Na verdade, os sistemas jurídicos indígenas são vistos como mera fonte secundária do Direito, concepção carregada de preconceito que reclama providências no sentido da absorção de preceitos contemporâneos bem mais arrojados sobre o tema. (2006: 64)

Portanto, mesmo quando o Direito estatal admite a existência de Direitos indígenas próprios, como o faz o Estatuto do Índio, é sempre de forma secundária (quando a Lei for omissa) ou inferior (desde que não contrarie as normas estatais). Desse modo, os sistemas jurídicos diferenciados dos povos indígenas no Brasil vêm sendo ignorados, negados e, desse modo, violados, por meio da imposição do Direito estatal, próprio da sociedade hegemônica e, portanto, estranho aos povos indígenas. Configura-se, assim, o que Marcelo Fernandez Osco (2001)¹⁵ chama de colonialismo jurídico.

Desse modo, o reconhecimento dos Direitos indígenas exige a adoção de novos paradigmas jurídicos, capazes de considerar Direitos diferenciados, praticados e produzidos por uma coletividade que não forma um Estado (imaginado ou representado como) nacional, que não positiva suas leis em Códigos escritos, que não possui órgão destacados da sociedade para a elaboração das leis e tomada de decisões. Mas que, embora sejam de uma tradição diferente da ocidental hegemônica, possuem Direitos, considerados legítimos para as sociedades que os praticam.

Além disso, os Direitos indígenas precisam ser compreendidos nos seus próprios termos, isto é, sem serem qualificados ou hierarquizados conforme o padrão do Direito estatal, considerados “não escritos”, “sem tribunais” (entres outras qualificadoras negativas) e, desse modo, “inferiores” ou “subsidiários” em relação ao Direito estatal. Assim como a cultura dos povos indígenas não pode ser medida tendo por parâmetro a sociedade envolvente (sob o risco de, novamente, reproduzir os falsos paradigmas da “aculturação” e da “civilização” desses povos), os Direitos indígenas não podem ter como parâmetro de validade e legitimidade o Direito hegemônico.

Da mesma forma, reconhecer o direito dos povos indígenas organizarem suas sociedades de acordo com suas próprias normas jurídicas, implica também em retirar os Direitos indígenas da tutela do Direito estatal, que reconhece a aplicação das normas diferenciadas desde que não lhe sejam contrárias. Trata-se de um falso reconhecimento, que permanece violando autonomia jurídica dos povos indígenas. No caso *Basílio*, não podemos desconsiderar que o tribunal

¹⁵ Cf. FERNÁNDEZ OSCO, Marcelo. *La ley del Ayllu: Práctica de jach'a justicia y jisk'a justicia (Justicia Mayor e Justicia Menor) en comunidades aymaras*. La Paz-Bolivia, Programa de Investigación Estratégica en Bolivia, 2000.

brasileiro *permitted* a aplicação do Direito nativo porque, entre outras coisas, considerou que a pena aplicada era semelhante à penalidade prevista no Código Penal.

Como afirma Souza Filho (2006), a uma sociedade que não é uma não pode corresponder um único Direito; outras formas e expressões devem existir, ainda que dominadas, proibidas, simuladas. (Souza Filho, 2006) Cada povo indígena possui um Direito próprio, que compreende as formas de viver e pensar daquela comunidade e que expressa sua sensibilidade jurídica peculiar.¹⁶

De acordo com Oswaldo Ruiz Chiriboga (2006),¹⁷ o Direito indígena compreende os sistemas de normas, procedimentos e autoridades que regulam a vida social das comunidades e lhes permite resolver seus conflitos de acordo com seus valores, perspectiva de mundo, necessidades e interesses. Como afirma Maria Teresa Sierra (1998),¹⁸ o Direito é elemento central da identidade étnica, a tal ponto que um povo que perdeu seu Direito, perdeu parte importante da sua identidade.

O Direito, como propõe Clifford Geertz (1998), é uma formulação cultural e, como tal, é parte integrante e constituinte da cultura dos povos indígenas, em estreito vínculo com a cosmologia, religião e demais aspectos de cada cultura. Portanto, reconhecer aos povos indígenas o direito de manterem suas tradições culturais significa necessariamente possibilitar o exercício da jurisdição indígena, paralela à estatal. Desse modo, o exercício de seus sistemas jurídicos próprios é necessária condição para assegurar a permanência da diversidade cultural e da pluralidade de Direitos no território brasileiro.

Referências

Documentos

Processo N.º 920001334-1, Justiça Federal, Seção Judiciária de Roraima.

Bibliografia

¹⁶ De acordo com Clifford Geertz, as sensibilidades jurídicas referem-se aos significados emanados do campo jurídico-legal; traduzem conceito(s) de justiça específico(s), sentido(s) de Direitos particular(es) a cada cultura, variando conforme o saber local. Conferir: GEERTZ, Clifford. “O saber local: fatos e leis em perspectiva comparativa.” *In O Saber Local*. Petrópolis, Vozes, 1998.

¹⁷ Cf. RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. “O Direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano.” *In SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº 5, ano 3, 2006. _

¹⁸ Cf. SIERRA, María Teresa. “Autonomia y Pluralismo Jurídico: El Debate Mexicano”, em *América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, Volume LVIII, nº 1-2, México, 1998.

- ARAÚJO, Ana Valéria *et alii*. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença*. Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006.
- FERNÁNDEZ OSCO, Marcelo. *La ley del Ayllu: Práctica de jach’a justicia y jisk’a justicia (Justicia Mayor e Justicia Menor) en comunidades aymaras*. La Paz-Bolivia, Programa de Investigación Estratégica en Bolivia, 2000.
- GEERTZ, Clifford. “O saber local: fatos e leis em perspectiva comparativa.” *In O Saber Local*. Petrópolis, Vozes, 1998.
- LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Um grande cerco de paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.
- MELO, Mario. “Últimos avances em la justiciabilidad de los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos”. *In SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, nº 4, ano 3, 2006. Disponível também em: www.surjournal.org
- MOREIRA, Manuel. *La cultura Jurídica Guarani*. Argentina: Antropofagia, 2005.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. “O Direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano.” *In SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, nº 5, ano 3, 2006. _
- SIERRA, María Teresa. “Autonomia y Pluralismo Jurídico: El Debate Mexicano”, em *América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, Volume LVIII, nº 1-2, México, 1998.
- SOUZA, José Otávio Catafesto. “Mobilização indígena, direitos originários e cidadania tutelada no sul do Brasil depois de 1988” *In* Fonseca, Claudia; Terto Jr., Veriano & Alves, Caleb Farias (orgs.) *Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: diálogos interdisciplinares*. Porto Alegre, UFRGS, 2004: pp. 185-197.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2006.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura jurídica no Direito*. 3ª ed. São Paulo, Alfa Ômega, 2001.