

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	25
-------------------------	-----------

Parte I O DIREITO E OS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS

CAPÍTULO 1

A JUSFUNDAMENTALIDADE DO DIREITO INDÍGENA	39
1.1 O FENÔMENO JURÍDICO INDÍGENA	40
1.1.1 Um enfoque antropológico	42
1.1.2 Um enfoque sociológico	52
1.1.3 Um enfoque dogmático jurídico.....	59
1.1.3.1 Positivismo jurídico.....	59
1.1.3.2 Direito e sistemas jurídicos.....	62
1.1.3.3 A teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano	69
1.1.3.4 A teoria do ordenamento jurídico conforme Norberto Bobbio	72
1.1.4 A intersecção entre os diferentes enfoques	86
1.2 O PLURALISMO JURÍDICO.....	89
1.2.1. Multiculturalismo.....	89
1.2.2. Monismo e pluralismo jurídico	93
1.2.3. Tipos de pluralismo	102
1.2.4. A Interlegalidade	106

1.3	MODELOS CONSTITUCIONAIS PARA O RECONHECIMENTO DO FENÔ- MENO JURÍDICO INDÍGENA	109
1.3.1	O constitucionalismo liberal	109
1.3.2	O constitucionalismo social.....	112
1.3.3	O constitucionalismo pluralista	114
1.3.3.1	O constitucionalismo multicultural (1982-1988).....	116
1.3.3.2	O constitucionalismo pluricultural (1989-2005).....	117
1.3.3.3	O Constitucionalismo Plurinacional (a partir de 2006)	120
1.4	O PROBLEMA DA IMPORTAÇÃO DE IDEIAS ESTRANGEIRAS.....	129
1.5	SÍNTESE DO CAPÍTULO: MARCOS TEÓRICOS ADOTADOS	131

CAPÍTULO 2

A IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO INDÍGENA: DA SUPERAÇÃO DO COSTUME A UMA PROPOSTA DE CONSTRUÇÃO CONCEITUAL

2.1	O PARADIGMA DO COSTUME: O FENÔMENO JURÍDICO INDÍGENA VISTO COMO COSTUME PELO DIREITO ESTATAL	135
2.1.1	O hábito e a convenção como elementos do costume	137
2.1.2	A juridicidade do costume.....	141
2.1.3	Os costumes jurídicos dos povos indígenas	150
2.1.4	Quando o costume jurídico se torna direito consuetudinário.....	157
2.2	O PARADIGMA DO DIREITO INDÍGENA: O RECONHECIMENTO DA JURIDICIDADE INDÍGENA COMO SISTEMA JURÍDICO PELO DIREITO ESTATAL	160
2.2.1	O direito indígena nos documentos internacionais.....	165
2.2.2	"Direito consuetudinário indígena" ou "direito indígena"?	168
2.2.3	O direito indígena como um ordenamento jurídico	171
2.2.4	A construção conceitual do direito indígena.....	174
2.2.4.1	Conceitos de direito indígena: marcos teóricos doutrinários...	176
2.2.4.2	Conceitos de direito indígena: o modelo teórico canadense ...	187
2.2.4.3	Conceitos de direito indígena: construção metodológica do modelo canadense	198
2.2.4.3	Proposta de uma construção conceitual própria de direito consuetudinário indígena.....	202
2.3	SÍNTESE DO CAPÍTULO	206

CAPÍTULO 3**A IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO INDÍGENA: CONSTRUÇÃO SISTEMÁTICA**

A IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO INDÍGENA: CONSTRUÇÃO SISTEMÁTICA	209
3.1 OS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO INDÍGENA	209
3.1.1 Os elementos constitutivos do direito indígena em documentos normativos	211
3.1.2 A esfera político-jurídica	217
3.1.3 A esfera jurídica substancial	219
3.1.4 A esfera procedimental <i>lato sensu</i>	220
3.2 FONTES DE DIREITO INDÍGENA	225
3.2.1 O Sagrado	227
3.2.2 O mundo natural	229
3.2.3 As instâncias deliberativas	230
3.2.4 As normas positivadas	230
3.2.5 Os costumes jurídicos	232
3.3 RECURSOS METODOLÓGICOS	234
3.4 MODELOS DE RECONHECIMENTO DO DIREITO INDÍGENA PELO DIREITO ESTATAL	235
3.4.1. O problema da intersecção entre os sistemas jurídicos indígenas e o estatal conforme a Teoria dos Ordenamentos de Norberto Bobbio	236
3.4.2 A unidade do ordenamento e o problema das normas internalizadas em Bobbio	240
3.4.3 O modelo de delegação	242
3.4.4 O modelo de reconhecimento	244
3.5 PROPOSTA DE TIPOLOGIA DE DIREITO E SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS	247
3.5.1 Direito indígena infralegal, limitado ou restrito	248
3.5.2 Direito indígena supralegal, subordinado, unitário ou fraco	250
3.5.3 Direito indígena constitucional, igualitário, pleno ou forte	253
3.6 CRÍTICAS E PROBLEMAS DO DIREITO INDÍGENA	260
3.6.1 Críticas conceituais	260
3.6.1.1 Afirmção de que há “sistema jurídico indígena”, mas não “direito indígena”	260
3.6.1.2 A afirmação de “reificação do costume”	262
3.6.2 O problema da idealização do direito indígena	265

3.6.3	O problema da compreensão do direito indígena como universal e genérico	268
3.6.4	O direito indígena como uma expressão voluntária de cada povo	269
3.6.5	O problema das normas indígenas implícitas	269
3.6.6	O problema do direito indígena congelado no tempo e sua revitalização	270
3.6.7	O problema da aproximação ao direito indígena a partir de uma cultura indígena específica	272
3.6.8	O problema do papel do Estado	275
3.6.9	O desafio <i>gender issues</i>	277
3.7	OBJEÇÕES À APLICAÇÃO DO DIREITO E SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS	278
3.7.1	Inteligibilidade	278
3.7.2	Acessibilidade.....	279
3.7.3	Equidade.....	280
3.8.4	Aplicabilidade.....	282
3.8.5	Legitimidade.....	283
3.8	DESAFIOS PARA A IDENTIFICAÇÃO E COMPREENSÃO DO DIREITO E SISTEMAS JURÍDICOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS	283
3.9	SÍNTESE DO CAPÍTULO	286

CAPÍTULO 4

A IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO INDÍGENA: A EXPERIÊNCIA CANADENSE

4.1	BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO CANADENSE	289
4.1.1	Das escolas residenciais à reconciliação	289
4.1.2	O programa piloto de graduação em direito indígena da Universidade de Victoria.....	293
4.1.2.1	Exemplo de aplicação do direito indígena: o direito do povo Coast Salish acerca do bem-estar das crianças	297
4.2	O SISTEMA JUDICIÁRIO CANADENSE E OS TRIBUNAIS HÍBRIDOS.....	301
4.2.1	Do "Caso Gladue" aos Tribunais Indigenistas Híbridos	304
4.2.2	Os Tribunais híbridos especializados em questões indígenas.....	308
4.2.2.1	Tribunal Gladue em Ontário	309
4.2.2.2	O Tribunal do Povo Originário Tsuu T'ina, na Província de Alberta	311

4.2.2.3	Tribunal do povo originário da língua Cree e Dene, na Província de Saskatchewan	311
4.2.2.4	O Tribunal dos Povos Originários de British Columbia.....	313
4.2.2.5	Tribunal do Território Nunavut.....	314
4.2.3	Programas de funcionários indígenas nos Tribunais.....	315
4.2.4	Outras alternativas restaurativas baseadas na comunidade	316
4.2.4.1	Comitês de Justiça Comunitária	316
4.2.4.2	Círculos de Cura (<i>Healing Circles</i>).....	317
4.2.4.3	Círculos de Sentenças (<i>Sentencing Circles</i>).....	318
4.2.5	Programa Comunitário de Círculos de Cura Holística (<i>Community Holistic Circle Healing Program</i>) em Hollow Water	319
4.3	TRIBUNAIS INDÍGENAS NO CANADÁ.....	320
4.3.1	Programa de Justiça Indígena	321
4.3.2	Outras parcerias entre o Governo canadense e os povos indígenas	322
4.3.2.1	Os tratados canadenses com os povos indígenas.....	323
4.3.2.2	Os Acordos Autônomos de Autogoverno.....	323
4.3.2.3	Reconhecimento de direitos indígenas e autodeterminação	323
4.3.2.4	Acordos Setoriais Específicos de Administração da Justiça.....	324
4.3.3	Exemplos canadenses de reconhecimentos de sistemas de justiça indígena específicos.....	324
4.3.3.1	Acordos com o Povo Cree	325
4.3.3.2	Acordos com os Povos Indígenas do Território Yukon.....	325
4.3.3.3	Outros exemplos de acordos provinciais	327
4.3.4	Outras interações entre os sistemas de justiça indígena e o sistema jurídico canadense	328
4.4	SÍNTESE DO CAPÍTULO	328

CAPÍTULO 5

A IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO INDÍGENA: BALIZAS NORMATIVAS PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO E SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS NO BRASIL	331
5.1 BALIZAS NORMATIVAS NO DIREITO INTERNACIONAL RECEPCIONADO	331
5.1.1 A proteção-assimilação	333
5.1.2 A proteção como minoria	335

5.1.3	A proteção por declarações de direitos	339
5.2	BALIZAS NORMATIVAS NO DIREITO INTERNO	343
5.2.1	Na Constituição Federal	344
5.2.1.1	A Teoria do direito indigenista de Eloy Amado	348
5.2.1.2	A Constituição brasileira como a norma de abertura para o reconhecimento do direito e sistemas jurídicos indígenas.....	351
5.2.2	Convenção nº 169 da OIT	352
5.2.3	A Lei 6.001/73	354
5.2.4	No Direito Administrativo brasileiro – aplicável ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.....	354
5.3	POR UM MODELO BRASILEIRO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO E SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS	355
5.4	SÍNTESE DO CAPÍTULO	363

Parte II

OS SISTEMAS DE JUSTIÇA INDÍGENA

CAPÍTULO 6

O RECONHECIMENTO DO DIREITO E SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA DOS POVOS ORIGINÁRIOS

367

6.1	O RECONHECIMENTO DO DIREITO E SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA NOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS	372
6.1.1	Relatório E/CN/4/2004/80 de 26 de janeiro de 2004	374
6.1.2	Relatório A/HRC/15/37/Add.7 de 17 de setembro de 2010.....	377
6.1.3	Relatório A/HRC/17/30/Add.3 de 18 de abril de 2011	379
6.1.4	Relatório A/HRC/24/50 de 30 de julho de 2013.....	380
6.1.5	Relatório A/HRC/27/65 de 7 de agosto de 2014.....	383
6.1.6	Resolução A/RES/69/2 adotada pela Assembleia Geral em 22 de setembro de 2014.....	389
6.1.7	Relatório A/HRC/33/42/Add.1 de 8 de agosto de 2016	389
6.1.8	Relatório A/72/186 de 21 de julho de 2017.....	391
6.1.9	A chamada pública para informações sobre o acesso à justiça dos povos indígenas	393
6.1.10	Relatório A/74/149 de 17 de julho de 2019.....	398

6.1.11 Relatório A/HRC/42/37 de 2 de agosto de 2019.....	398
6.1.12 O objetivo 16 de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030.....	407
6.1.13 Acerca dos relatórios.....	409
6.2 O ACESSO À JUSTIÇA ESTATAL PELOS POVOS INDÍGENAS	411
6.2.1 Dificuldades econômicas	412
6.2.2 Dificuldades geográficas	413
6.2.3 Dificuldades interculturais	413
6.2.4 Preconceito e incompreensão	414
6.3 PRINCIPAIS DIREITOS INDÍGENAS RELACIONADOS AO RECONHECIMENTO DO DIREITO E SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS.....	414
6.3.1 O acesso à justiça como um direito fundamental indígena.....	415
6.3.2 Os três eixos de acesso à justiça para os povos indígenas: o acesso à justiça estatal, o reconhecimento do direito e sistemas jurídicos autóctones, e a interlocução entre os sistemas de justiça estatal e indígena	416
6.3.3 O direito ao reconhecimento do pluralismo jurídico como pressuposto teórico.....	417
6.3.4 O dever dos Estados de reconhecer os sistemas jurídicos indígenas e estabelecer marcos legais sobre o tema	417
6.3.5 Os direitos culturais como pressupostos para o direito e os sistemas jurídicos indígenas.....	418
6.3.6 Direito à interculturalidade como diretriz operativa.....	419
6.3.7 O direito à não discriminação	419
6.3.8 O direito à autodeterminação dos povos indígenas como pressuposto para os sistemas de justiça indígena	421
6.3.9 O direito à consulta	423
6.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO	423

CAPÍTULO 7

SISTEMAS DE JUSTIÇA INDÍGENA E SEU DIÁLOGO COM O DIREITO ESTATAL

7.1 CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO INDÍGENA	430
7.2 CRÍTICAS À JURISDIÇÃO INDÍGENA.....	436
7.3.1 Críticas relacionadas a direitos humanos.....	437
7.3.2 Críticas processuais.....	438

7.3	O PROBLEMA DA COMPATIBILIDADE DA JURISDIÇÃO INDÍGENA COM OS DIREITOS HUMANOS	439
7.3.1	Os direitos humanos processuais.....	450
7.3.2	Os direitos humanos das vítimas.....	454
7.4	PROBLEMAS PROCESSUAIS	457
7.4.1	O problema da jurisdição além da estatalidade.....	457
7.4.2	O problema da competência da jurisdição indígena	464
7.4.3	Proposta de aplicação da “teoria do foro indígena e seus condicionantes” à jurisdição indígena no Brasil	472
7.4.4	O problema da inafastabilidade da jurisdição estatal	478
7.4.4.1	A impossibilidade de exame pelo juiz estatal do mérito do ato administrativo discricionário.....	481
7.4.4.2	A impossibilidade de exame pelo juiz estatal do mérito a sentença arbitral.....	483
7.4.5	Acerca da atuação do Ministério Público.....	484
7.4.6	Coisa julgada indígena e o problema da revisão judicial	485
7.4.7	O problema do <i>bis in idem</i> ou <i>double jeopardy</i> e a (re)análise estatal das decisões indígenas	488
7.4.7.1	O princípio <i>ne bis in idem</i>	488
7.4.7.2	O princípio <i>ne bis in idem</i> entre diferentes jurisdições.....	491
7.4.8	Limites objetivos à jurisdição indígena	493
7.4.8.1	Limitação aos ilícitos e conflitos que envolvam pessoas indígenas – competência.....	498
7.4.8.2	Limitação aos métodos tradicionais de julgamento – tradicionalidade	498
7.4.8.3	Limitada à compatibilidade com o direito interno	499
7.4.8.4	Limitada à compatibilidade com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.....	500
7.5	VANTAGENS DO RECONHECIMENTO E VALORIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO INDÍGENA.....	502
7.6	PRINCÍPIOS DE INTERLOCUÇÃO ENTRE A JUSTIÇA INDÍGENA E A JUSTIÇA ESTATAL	503
7.7	SÍNTESE DO CAPÍTULO	509

Parte III

DIREITO E JURISDIÇÃO INDÍGENA NO ESTADO DE RORAIMA

CAPÍTULO 8

EXEMPLOS DE RECONHECIMENTO PRÁTICO DO DIREITO E SISTEMAS JURÍDICOS NO ESTADO DE RORAIMA	515
8.1 A CARTA DA 48ª ASSEMBLEIA GERAL DOS POVOS INDÍGENAS DO ESTADO DE RORAIMA E A DEMANDA PELO RECONHECIMENTO DOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS.....	516
8.2 O POLO INDÍGENA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO EM RORAIMA.....	523
8.3 A CONSTRUÇÃO DE REGIMENTOS INTERNOS PELOS POVOS INDÍGENAS RORAIMENSES	525
8.4 LIÇÕES DO “CASO DENILSON”: O ENCONTRO INTERCULTURAL ENTRE A JURISDIÇÃO INDÍGENA E A ESTATAL	539
8.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO	546
CONCLUSÃO.....	547
REFERÊNCIAS	561