

Passagens



Passagens. Revista Internacional de
História Política e Cultura Jurídica

E-ISSN: 1984-2503

historiadodireito@historia.uf.br

Universidade Federal Fluminense
Brasil

de Freitas Michel, Voltaire

O caminho até Tsíhlqot in. O reconhecimento dos títulos nativos no Canadá e as lições de
Tsíhlqot in vs. British Columbia para o direito brasileiro

Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, vol. 7, núm. 2,
maio-agosto, 2015, pp. 321-337

Universidade Federal Fluminense
Niterói, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337338776007>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal

Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

DOI: 10.15175/1984-2503-20157206

O caminho até Tsíhlqot'in. O reconhecimento dos títulos nativos no Canadá e as lições de Tsíhlqot'in vs. British Columbia para o direito brasileiro

Voltaire de Freitas Michel¹

Resumo

Decisão recente, de junho de 2014, da Suprema Corte do Canadá, proferida no caso Tsíhlqot'in v. British Columbia, acrescenta um novo elemento no direito aborígene canadense, qual seja, a definição do que seria a suficiência de ocupação digna de proteção pela ordem jurídica. A decisão acentuou que a ocupação indígena digna de proteção pelo direito não deve ser avaliada segundo os mesmos parâmetros empregados pelo direito não-aborígene. O artigo apresenta o modo como o reconhecimento do título aborígene evoluiu no direito canadense e traça um paralelo com as características próprias do reconhecimento das terras indígenas no direito brasileiro, sugerindo aproximações entre as ordens jurídicas canadense e brasileira, sobretudo à luz da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no caso Raposa/Serra do Sol (Petição nº 3388/Roraima).

Palavras-chave: Título nativo; direitos indígenas; reconhecimento de terras ocupadas; direito aborígene; Canadá; Brasil.

El Camino hacia Tsíhlqot'in. El reconocimiento de los títulos nativos en Canadá y las lecciones de Tsíhlqot'in vs. British Columbia para el derecho brasileño.

Resumen

La decisión proferida recientemente, en junio 2014, por la Suprema Corte de Canadá en el caso Tsíhlqot'in vs. British Columbia, añade un nuevo elemento en el derecho aborígen canadiense: la definición de lo que sería la suficiencia de ocupación digna de protección por el orden jurídico. En síntesis, la decisión subrayó que la ocupación indígena digna de protección por el derecho no debe ser avalada según los mismos parámetros usados por el derecho no-aborígen. El artículo presenta la forma en que el reconocimiento del título aborígen evolucionó en el derecho canadiense y traza un paralelo con las características propias del reconocimiento de las tierras indígenas en el derecho brasileño, sugiriendo un acercamiento entre el orden judicial canadiense y el brasileño, sobre todo a la luz de la decisión tomada por el Supremo Tribunal Federal en el caso Raposa/Serra do Sol (Petición nº 3388/Roraima).

Palabras clave: títulos nativos; derechos indígenas; reconocimiento de tierras; derecho aborígen; Canadá; Brasil.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, professor de Filosofia do Direito e Direito das Coisas do Centro Universitário Ritter dos Reis, Rio Grande do Sul. Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul. E-mail: voltairemichel@hotmail.com

Recebido em 26 de julho de 2014 e aprovado para publicação em 06 de novembro de 2014.

The path to Tsilhqot'in. The recognition of Aboriginal titles in Canada and lessons from the Tsilhqot'in Nation vs. British Columbia for Brazilian Law.

Abstract

A recent ruling by the Supreme Court of Canada in June 2014 on the *Tsilhqot'in Nation v British Columbia* marks a development in Canadian Aboriginal rights as it defines the occupational pattern worthy of legal protection. In short, the ruling highlighted that indigenous land rights protected by law should not be assessed according to the same parameters employed in non-indigenous law. The article outlines the way in which the recognition of indigenous titles has evolved in Canadian law and traces a parallel with the characteristics of the recognition of indigenous territories in Brazilian law, suggesting similarities between the Canadian and Brazilian legal systems, particularly in light of the decision taken by the Brazilian Supreme Federal Court in the Raposa/Serra do Sol case (Petition no. 3388/State of Roraima).

Keywords: Aboriginal titles; indigenous rights; recognition of land; Aboriginal law; Canada; Brazil.

Le chemin qui mène à Tsilhqot'in. La reconnaissance des titres ancestraux au Canada et les leçons de Tsilhqot'in vs. British Columbia pour le droit brésilien

Résumé

Une décision récente de juin 2014 de la Cour suprême du Canada, proférée dans le cas *Tsilhqot'in vs. British Columbia*, apporte un élément nouveau au droit aborigène canadien, à savoir la définition des paramètres d'occupation nécessaires à la protection par l'ordre juridique. Cette décision a souligné que l'occupation indigène digne d'être protégée par le droit ne doit pas être évaluée selon les paramètres employés en droit non-aborigène. Cet article présente l'évolution de la reconnaissance du titre ancestral en droit canadien et trace un parallèle avec les caractéristiques de la reconnaissance des terres indigènes en droit brésilien. Nous suggérons des rapprochements entre les ordres juridiques canadien et brésilien, principalement à la lumière de la décision prise par le Tribunal suprême fédéral dans le cas Raposa/Serra do Sol (Requête n° 3388/Roraima).

Mots-clés : titres ancestraux ; droits indigènes ; reconnaissance des terres ; droit aborigène ; Canada ; Brésil.

提克汀之路：加拿大原住民的维权之路以及提克汀诉卑诗省一案其对巴西有关土著权的启示

摘要

近期的判决，也就是2014年6月加拿大最高法院对提克汀诉卑诗省一案判决，对加国原住民维权运动增加了新的元素，特别是对值得司法保护的充分占有的定义。总结起来，也就是说对原住民的占有不能用对非原住民的占有的司法标准来评估。本文回顾了加国司法里面土著权的演变的历史过程，对照巴西法律中关于原住民土地权的问题，作者指出了巴西和加拿大两国法律的相似之处，特别反映在巴西最高法院对拉颇索/太阳山一案的判决(Petição nº 3388/Roraima)。

关键词：土著产权，原住民权利，原住民土地承认，加拿大，巴西。

1. Introdução

Recentemente, em 26 de junho de 2014, a Suprema Corte do Canadá apreciou o caso *Tsilhqot'in Nation vs. British Columbia*. Em causa, julgou-se um recurso interposto contra decisão da Corte da Colúmbia Britânica a respeito do reconhecimento do título aborígene em favor dos Tsilhqot'in, uma nação indígena seminômade composta por seis grupos diferentes, que ocupa uma área no noroeste da província.

Preliminarmente, o objetivo é expor o que significa a atribuição de um título aborígene no direito canadense a partir da análise de uma sucessão de precedentes judiciais que formaram um *corpus* hoje denominado direito aborígene, conduzindo à contextualização da decisão tomada em Tsilhqot'in.

Na segunda parte do trabalho, a intenção é, além de expor a decisão em si, buscar relacioná-la com os fundamentos e consequências da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no Caso *Raposa/Serra do Sol*. A pergunta é se, descontadas as diferenças entre as tradições jurídicas e as próprias diferenças históricas, é possível traçar um paralelo entre as duas abordagens.

2. O caminho até TSILQOT'IN²

A evolução do reconhecimento do título aborígene no Canadá passa pela análise dos seus principais precedentes. O mais significativo é *Delgamuukw v. British Columbia* (1996), que sedimentou um processo evolutivo que já havia sido iniciado no precedente *Calder*, de 1973.

2.1. O caminho do reconhecimento do título aborígene canadense

Os precedentes mais importantes, que formaram o *corpus* do direito intersocial aborígene canadense³, são as decisões *Calder v. Attorney General of British Columbia* (1974); *Guerin v. The Queen* (1984); *R. v. Sparrow* (1990); *R. v. Van der Peet* (1996) e, finalmente, *Delgamuukw v. British Columbia* (1997). Outras decisões acentuaram aspectos colaterais, porém o núcleo da doutrina do título aborígene está exposto nesses precedentes⁴.

² A respeito da evolução do reconhecimento dos títulos aborígenes no Canadá, Austrália e Brasil, Michel, Voltaire (2010). *Direitos Ancestrais. Direito à terra indígena no Canadá, Austrália e Brasil*, Porto Alegre: Uniritter.

³ Na lição de Brian Slattery, o direito aborígene canadense surge do contato entre as duas culturas e de práticas seculares cujos testemunhos estão nos tratados celebrados com os povos indígenas, as decisões da Suprema Corte do Canadá, a Proclamação Real de 1763 e a Ato Constitucional de 1982. Essa panóplia de fontes deu lugar a um direito intersocial (*intersocietal law*), que é a base do direito aborígene canadense. Slattery, Brian (2006). "The Metamorphosis of Aboriginal Title". In *Canadian Bar Review*, 85, p. 255-86.

⁴ Outras decisões importantes, que afetam os direitos aborígenes, são os casos *Haida Nation v. British Columbia*; *R. v. Marshall*, e *R. v. Bernard* (2005); e *R. v. Sappier* e *R. v. Gray*. Em *Haida Nation*, a Corte reconheceu o dever da Coroa de consultar os povos aborígenes quando está na iminência de praticar ações que poderão afetar os seus direitos ou títulos. Em *R. v. Marshall*, e *R. v. Bernard*, ambas decisões tomadas em 2005, a questão enfrentada pela Corte enfrentou é se "a atividade moderna de comércio em questão representa uma evolução lógica das atividades tradicionais de comércio na época em que os tratados foram celebrados". Em *R. v. Sappier* e *R. v. Gray*, a Suprema Corte do Canadá estabeleceu os limites evolutivos de um direito aborígene.

Calder v. Attorney General of British Columbia (1974). A decisão *Calder* representa a superação do quase centenário precedente *St Catherines*⁵, que afirmava que os direitos aborígenes eram meramente usufrutuários. Os autores sustentavam que o seu direito à terra decorria da ocupação anterior e que o reconhecimento deste título teria cabimento no direito inglês, independentemente de tratados, ordens executivas ou lei em sentido estrito. Essa decisão determinou o reinício das negociações entre os povos indígenas e os governos federal e provinciais com o objetivo de celebração de acordos com relação à ocupação das terras. Finalmente, os Nisga'a celebraram um tratado com os governos federal e provincial que confirmou o título e reconheceu um amplo direito de autodeterminação (Nisga'a Final Agreement 1998, implementado pelo Nisga'a Final Agreement Act, S.C. 2000).

Guerin v. The Queen (1984). O precedente *Guerin v. The Queen* trata de dois aspectos importantes no direito aborígene canadense: a) o direito a um tratamento leal dos povos indígenas por parte da Coroa; e b) a discussão sobre a natureza das obrigações que se estabelecem entre a Coroa e os povos indígenas: meramente políticas ou jurídicas. A Suprema Corte do Canadá, pelo voto do Juiz Dickson, julgou que havia um dever jurídico entre governo e nações indígenas. O título se baseia na pré-ocupação, como já havia sido decidido em *Calder*, tem uma base independente no direito canadense e os aborígenes possuem o título até que o entreguem voluntariamente para a Coroa, ou até que o título seja extinto por lei. A Coroa tem um dever especial de lealdade, pois somente a ela as terras podem ser alienadas, e reconheceu a Corte que o título aborígene, que possui natureza *sui generis*, somente pode ser extinto por lei.

R. v. Sparrow (1990). O precedente *Sparrow* determinou as circunstâncias em que a lei poderá restringir ou limitar o exercício de um direito aborígene protegido a partir do Ato Constitucional (1982), cuja seção 35 (1) dispôs que “os direitos aborígenes existentes e os direitos decorrentes de tratados dos povos aborígenes do Canadá são reconhecidos e afirmados”. A questão constitucional levada à Suprema Corte do Canadá consistia nos limites das restrições legais de natureza ambiental em face de um direito aborígene. A

⁵ *St Catherines Milling & Lumber v. R.* (1888): O caso *St Catherines*, de 1887, foi julgado pelo Privy Council, na Grã-Bretanha, que agia como última instância recursal no Canadá enquanto o país ainda mantinha laços imperiais. A posição do Privy Council, refletida no voto de Lord Watson, foi no sentido de que os direitos dos aborígenes sobre as suas terras são apenas “direitos pessoais e usufrutuários”, dependentes da boa vontade do soberano. Walters, Mark D. (2006). “The Morality of Aboriginal Law”. In *Queen's Law Journal*, p. 470-520.

decisão da Suprema Corte acentuou que a mera regulamentação legal não significa a extinção de um direito, sobretudo quando a lei não o extingue expressamente. Ao legislar, a União, que detém a competência na federação canadense para legislar sobre os povos aborígenes, deverá estar atenta a dois critérios:

a) A legislação deverá conter um objetivo legislativo válido para a limitação, que é substancial e inadiável.

b) O dever de lealdade da Coroa para com os aborígenes deverá ser respeitado.

Segundo a Suprema Corte, essa proteção especial aos direitos aborígenes surge do texto constitucional, que reconhece os direitos aborígenes existentes e os direitos decorrentes de tratados com os povos aborígenes.

R. v. Van der Peet (1996). Embora não relacionado diretamente com o reconhecimento dos títulos nativos, o caso *Van Der Peet* tem importância fundamental no contexto dos direitos aborígenes em geral. Em resumo, *Van Der Peet* estabelece um teste para a identificação dos direitos aborígenes que têm significação constitucional e merecem ser protegidos, de acordo com a seção 35 (1), do Ato Constitucional de 1982.

De acordo com a decisão, o direito aborígene constitucionalmente protegido deve ser uma prática, costume ou tradição que seja integral à cultura de um grupo aborígene no período anterior ao contato com os europeus. Dois elementos se destacam no teste de *Van Der Peet*: a) a prática a ser protegida deve ser integral a uma cultura e, b) deve ter existido desde o momento do contato com os europeus, data que pode variar na extensão do território canadense. Como consequência, as práticas anteriores de pesca para a alimentação, por exemplo, jamais poderiam evoluir para a pesca comercial em grande escala⁶.

Em *Van der Peet*, a apelante, Dorothy Marie Van der Peet, foi apanhada vendendo dez salmões pescados no Rio Fraser de acordo com a licença outorgada aos aborígenes para a pesca; a referida licença não autorizava a venda, mas apenas a pesca para a alimentação; a apelante sustentou, então, que a restrição, determinada pelo *British Columbia Fishery (General) Regulations* infringia a seção 35 (1) do Ato Constitucional de 1982. A questão submetida à Suprema Corte Canadense era, então, a constitucionalidade da restrição prevista na aludida lei infraconstitucional, e se o direito de pesca para alimentação poderia evoluir para se tornar um direito à venda e comercialização do produto da pesca.

⁶ Slattey, Brian (2006). Op. Cit.

A posição da Suprema Corte foi a de reconhecer que os direitos aborígenes existiam mesmo antes do Ato Constitucional de 1982, mas, a partir de então, não mais poderiam ser extintos pela legislação infraconstitucional, que poderá regulamentá-los, desde que estejam presentes as condições elencadas no precedente *Sparrow*. A respeito da característica da integralidade, decidiu a corte que para ser reconhecida como integral, uma prática, costume ou tradição deve ter uma significação central para a sociedade aborígene em questão, tornando-a distinta. Não se pode considerar como integrais as práticas de uma sociedade indígena que estão presentes em todas as sociedades humanas (por exemplo, comer para sobreviver).

Com relação à data crítica (em que momento histórico o direito aborígene era de alguma forma exercido) e à continuidade dos direitos aborígenes para o efeito de reconhecimento constitucional, julgou a Suprema Corte Canadense que as práticas, costumes e tradições que constituem direitos aborígenes são aquelas que tiveram continuidade a partir de práticas, costumes e tradições que existiam antes do contato com a sociedade europeia. Antecipando-se a críticas, o voto majoritário sustentou que o conceito de continuidade é o meio pelo qual a teoria dos 'direitos congelados' é evitada. Na verdade, não se exige uma cadeia de continuidade entre as práticas, costumes e tradições existentes no passado, eis que uma prática existente no passado pode ser reiniciada após uma interrupção.

Ao final, a apelação da ré foi desprovida, sob o fundamento de que ela não conseguira comprovar que a troca de peixes por dinheiro ou outros bens era parte integral da cultura de sua nação antes do contato com os europeus. Concluiu a corte, por maioria, que não fora provado que a troca de salmões por dinheiro ou outros bens era um direito reconhecido pelo Ato Constitucional de 1982. Por isso, como já destacado no item anterior, a sua extinção ou modificação nem sequer se submete ao teste do caso *Sparrow* (condições pelas quais a lei pode limitar ou restringir um direito aborígene ou decorrente de tratado, protegido constitucionalmente).

Segundo Slaterry⁷, a decisão *Van der Peet*, proferida meses antes do caso *Delgamuukw*, trouxe o inconveniente de eventualmente assegurar apenas o exercício de direitos históricos que, no presente, não teriam nenhuma utilidade para as comunidades aborígenes.

⁷ Slaterry, Brian (2007). "The generative structure of aboriginal rights". In *Supreme Court Law Review*, Ottawa, v. X, n. 38, p. 255-286.

Delgamuukw v. British Columbia (1997). O caso *Delgamuukw* é o mais importante precedente da Suprema Corte do Canadá nesta matéria, na medida em que esclareceu as grandes linhas do direito aborígene à terra. *Delgamuukw* foi o coroamento de um processo que se iniciou com *Calder* (a ocupação gera direito aborígene à terra), passando por *Sparrow* (circunstâncias em que um direito aborígene pode ser limitado pela lei), *Guerin* (as obrigações assumidas pela Coroa são jurídicas, e não apenas atos políticos) e *Van Der Peet* (condições para o reconhecimento de um direito aborígene).

Submeteu-se à Suprema Corte Canadense a definição do conteúdo do direito aborígene à terra, e como prová-lo. Ao final, a decisão da Suprema Corte do Canadá não enfrentou propriamente o mérito, reconhecendo ou não o título, mas determinou o retorno da ação ao juízo de instrução, sob o fundamento de que a prova oral não havia sido adequadamente avaliada⁸. No entanto, enfrentou pontos importantes para a delimitação do conteúdo do título nativo no direito canadense.

A discussão consistiu nos limites do direito aborígene à terra decorrente da pré-ocupação dos territórios. De parte dos autores, a pretensão era de reconhecimento de um direito de propriedade amplo e pleno, sem restrições e equiparável à *fee simple*⁹, modalidade de direito real mais ampla na *common law*. O governo local, por seu turno, sustentou que o título aborígene nada mais é que um conjunto de direitos de praticar atividades tradicionais, que são elas mesmas reconhecidas e afirmadas pela seção 35 (1) do Ato Constitucional de 1982. Sustentou, também, que o título aborígene, no máximo, abrangeria o direito de usar e ocupar a terra para a prática destas atividades tradicionais, que são direitos aborígenes em si.

A decisão da Suprema Corte do Canadá, cujo voto predominante foi proferido pelo então Presidente da Corte, Lamer, foi no sentido de que o título aborígene não representava nem uma *fee simple*, nem apenas um conjunto de práticas isoladas. Em primeiro lugar, o título nativo não é uma *fee simple*, que corresponderia, no nosso direito, à propriedade alodial. Ao mesmo tempo, rejeitando as teses dos governos local e federal, o título aborígene não se limita a um feixe de direitos ou práticas relacionadas com a

⁸ Walters, Mark D. (1992). "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*". In *Queen's Law Journal*, 17, p. 350.

⁹ Barrons, Law Dictionary. Fee simple: nos direitos reais, uma espécie de propriedade que pode ser vendida ou deixada para os herdeiros.

terra, de modo que poderia ser descrito ou decomposto como o direito de pescar em tal local, ou de enterrar seus mortos numa certa área.

Assim decidindo, a corte fixou dois vetores interpretativos para a definição dos limites do título aborígene: em primeiro lugar, o título aborígene permite uma utilização ampla e livre. Em segundo lugar, a corte criou a noção de limite inerente, destacando que, embora sejam possíveis vários usos para o título aborígene, tais não podem ser irreconciliáveis com a vinculação do grupo com a terra. Assim, ao contrário do determinado em *Van Der Peet*, o modo de utilização da terra não está vinculado ao uso histórico, da época anterior ao contato ou qualquer época posterior, mas à sua compatibilidade com a manutenção de vínculos. O título aborígene, no direito aborígene canadense, não está cristalizado, mas detém potencial de evolução e modificação.

Segundo a decisão, o título aborígene é *sui generis* porque não se encaixa nem no direito europeu, nem no direito aborígene propriamente dito, assim entendido como as regras, costumes, práticas dos próprios aborígenes. Com relação à fonte, embora os direitos territoriais tenham sido reconhecidos na Proclamação Real de 1763, na verdade a sua origem é a pré-ocupação, tendo a proclamação uma natureza meramente declaratória. Definiu-se como data crítica o momento da afirmação da soberania britânica como determinante para este direito (diferente do determinado em *Van Der Peet*, no sentido de que deveria ser o primeiro contato). As razões pela data da afirmação da soberania como momento crítico são as seguintes: a) o título aborígene é uma limitação em paralelo ao título adjacente da Coroa, por isso só teria sentido a partir do momento em que a Coroa afirma a sua soberania; b) o título aborígene não exige que se verifique se a ocupação é integral à cultura do grupo aborígene de modo a distingui-la das culturas europeias, uma vez que, dentro da própria *common law*, o ato de ocupação ou posse é suficiente para fundamentar o título; c) por fim, do ponto de vista prático, a data da afirmação da soberania é mais fácil de ser identificada do que a data do primeiro contato de cada um dos grupos aborígenes.

2.2. Síntese da doutrina do título aborígene no direito canadense

A decisão *Delgamuukw* deixa claro que a fonte do título nativo é um bloco jurídico que não se identifica com o *common law* em si mesmo, nem com o direito aborígene, assim entendido como os seus costumes, práticas e tradições. O direito aborígene canadense surge do contato entre as duas culturas e de práticas seculares cujos

testemunhos estão nos tratados celebrados com os povos indígenas, as decisões da Suprema Corte do Canadá, a Proclamação Real de 1763 e a Ato Constitucional de 1982. Na lição de Brian Slattery, essa panóplia de fontes deu lugar a um direito intersocial, que é a base do direito aborígene canadense¹⁰.

Em síntese, as características principais da doutrina do título aborígene refletida em *Delgamuukw* são as seguintes¹¹:

1. é de natureza *sui generis*, pois não se baseia no direito aborígene, assim entendido como as práticas, tradições e costumes dos povos aborígenes, nem no direito europeu estritamente considerado; surge de um corpo de direito que surge a partir do contato entre os europeus e os aborígenes, que Brian Slattery denominou direito intersocial;

2. não representa um título de propriedade nos moldes europeus, tal como a *fee simple*, nem tampouco está limitado ao uso da terra para as práticas tradicionais; o uso poderá ser variado e não precisa guardar uma relação imediata com as práticas, costumes ou tradições;

3. há um limite inerente ao uso possível do título aborígene: o uso não poderá descaracterizar a sua vinculação com a terra (vedação dos usos irreconciliáveis);

4. o título aborígene só pode ser alienado ou cedido à Coroa;

5. a fonte é a ocupação anterior à chegada dos europeus, e não uma concessão da própria Coroa (inaplicabilidade da ficção existente no direito inglês no sentido de que a validade de todos os títulos fundiários deve ser avaliada a partir de sua recondução a uma concessão pela Coroa);

6. o título aborígene pertence à toda a comunidade e as decisões devem ser coletivas; a decisão de cedê-lo à Coroa deve ser coletiva e o uso da terra depende dos costumes aborígenes. Deverá existir, então, algum processo para legitimar as decisões comuns a respeito do uso da terra.

3. A decisão *Tsihqlot'in* e os paralelos com o direito brasileiro

Estabelecidas as bases do direito aborígene canadense, é o momento de apresentar as inovações da decisão *Tsihqlot'in v British Columbia*, e contrastá-la com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão *Raposa/Serra do Sol*.

¹⁰ Slattery, Brian. (2007). Op. Cit.

¹¹ Olthuis, Kleer, Towshend (2008). *Aboriginal Law Handbook*. Toronto: Carswell.

3.1. Os antecedentes do caso e a decisão Tsihlqot'in

A nação Tsihlqot'in, formada por seis grupos que compartilham a mesma cultura e história, vivia num vale remoto da Colúmbia Britânica. Assim como outras nações aborígenes, os Tsihlqot'in ainda postulavam o reconhecimento do título nativo às suas terras, sobretudo após a decisão tomada em *Delgamuukw*. Em 1983, o governo local concedeu licença de corte de árvores para empreendedores privados, o que motivou a reação dos indígenas, que não haviam sido consultados previamente (consulta que, após a decisão *Haida Nation*, se converteria num dever jurídico da Coroa). Em 1998, os Tsihlqot'in manifestaram a pretensão de ver reconhecido não apenas o dever de consulta prévia, mas o próprio título indígena. A ação judicial propriamente dita iniciou em 2002, prolongando-se por 5 anos. Em 2007, foi reconhecida a viabilidade do título dos Tsihlqot'in, que se frustrou por uma questão procedimental própria do direito processual canadense.

Em 2012, finalmente, a Corte de Apelação da Colúmbia Britânica decidiu no sentido de que o título não havia sido suficientemente comprovado, mas deixou aberta a possibilidade de ver reconhecido o título sobre áreas específicas, dentro do total reclamado. Com relação ao restante do território, os indígenas dispunham apenas dos direitos aborígenes de caçar, utilizar suas armadilhas e coletar.

Na sua fundamentação, a Corte abordou um aspecto particularmente sensível que também foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal em Raposa/Serra do Sol: a modalidade de demarcação, vale dizer, se a demarcação deveria ser contínua ou descontínua. Por questões processuais, a ação foi julgada improcedente, uma vez que, embora a decisão tenha reconhecido a presença de elementos suficientes e bastantes para o reconhecimento do título aborígene no local, de acordo com o precedente *Delgamuukw*, o pedido inicial veiculava uma pretensão a reconhecer uma terra maior do que resultou efetivamente provado.

A corte local acentuou a diferença, que já vinha sendo reconhecida na jurisprudência da Suprema Corte Canadense, entre o título nativo, uma modalidade de direito aborígene, e os demais direitos aborígenes de natureza cultural, e as eventuais relações entre ambos. É possível que um grupo aborígene veja reconhecido o direito a práticas, costumes ou tradições em determinados locais, sem que isso repercuta, diretamente, no reconhecimento do título sobre aquela área. Assim, reconhece a decisão,

há áreas usadas pelos aborígenes para as suas práticas em que não há amparo para o reconhecimento de um título aborígine

Apesar do reconhecimento de uma conexão eventual entre o direito aborígine à terra e os demais direitos aborígenes, a Corte acolheu a tese defendida pelos governos local e nacional no sentido de que, no caso da nação Tsihlqot'in, poderiam ser reconhecidos direito à terra em alguns trechos, mas não do território integralmente. Exemplificativamente, a Província sustentava que os lugares de caça não eram os mesmos todos os anos, razão pela qual não havia uma continuidade e exclusividade que justificasse o reconhecimento do título.

Apelaram, então, os Tsihlqot'in, à Suprema Corte do Canadá.

O caso foi finalmente julgado em 26 de junho de 2014, por decisão unânime, liderada pela Presidente da Corte, Juíza MacLachlin.

A principal questão submetida à Suprema Corte Canadense era a definição sobre se a situação fática dos Tsihlqot'in atendia aos requisitos para o reconhecimento do título nativo, de acordo com o padrão fixado em *Delgamuukw*, cujo parágrafo 145, exige a comprovação de três condições indispensáveis: a *suficiência da ocupação*, a *continuidade* (no local da presente ocupação) e a *exclusividade*.

O primeiro *caveat* antecipado por McLachlin é que a o Poder Judiciário não poderia distorcer a perspectiva aborígine de suficiência, continuidade ou exclusividade tentando enquadrar as práticas ancestrais nos modelos típicos da *common law* e assim “frustrando o objetivo de fielmente transladar interesses aborígenes anteriores à declaração da soberania britânica nos seus equivalentes em direitos modernos” (parágrafo 25 da decisão). Vale dizer, não é o lugar, aqui, para comparar os conceitos de suficiência, continuidade e ocupação, na mesma forma em que se exigiria, no direito ocidental contemporâneo, para o reconhecimento de uma usucapião.

Conforme a decisão, “a intensidade e a frequência do uso podem variar com as características do grupo interessado e as peculiaridades do local sobre o qual se pretende reconhecer o título. Aqui, por exemplo, o território, ainda que extenso, era inóspito e capaz de suportar apenas de 100 a 1000 pessoas. O fato de que o grupo aborígine continha apenas 400 pessoas deve ser considerado no contexto da capacidade do território de suportá-las” (parágrafo 37). Mais adiante, acentua a decisão que “a noção de ocupação deve também refletir o estilo de vida do povo interessado, incluindo os nômades ou seminômades” (parágrafo 38). Como conclusão,

Não há orientação na jurisprudência ou na doutrina de que o título aborígene está confinado a lugares habitados específicos ou fazendas, como sustentou o tribunal apelado. Ao contrário, uma abordagem culturalmente sensível sugere que o uso regular de territórios para caçar, pescar, empregar armadilhas e coletar é “suficiente” para fundamentar o título aborígene, desde que esse uso, de acordo com os fatos de determinado caso, demonstre uma intenção da parte do grupo aborígene de manter ou possuir a terra de uma maneira comparável ao que seria exigido para estabelecer um título de acordo com a *common law* (parágrafo 42).

3.2. A decisão em raposa serra do sol (Petição nº 3388/Roraima)

A Decisão Raposa/Serra do Sol. Tratava-se de ação popular ajuizada contra a União, impugnando o processo de demarcação da Reserva Raposa/Serra do Sol, com 1.747.089 hectares, ocupada por cinco etnias diferentes, no Estado de Roraima, mais especificamente, insurgindo-se contra o modelo contínuo de demarcação.

Voto do Ministro Carlos Brito. Preliminarmente, o relator não conheceu do pedido na parte em que pretendia excluir os núcleos urbanos, equipamentos e instalações públicos federais e estaduais, linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais, uma vez que tais pretensões já haviam sido atendidas.

A ação popular foi julgada improcedente, determinando-se a retirada das terras em causa de todos os indivíduos não-índios. No seu voto, o relator expressamente reconheceu as terras indígenas como “categoria jurídico-constitucional”, e não como instituição ou ente federado, não possuindo autonomia político-administrativa. As terras indígenas não comportam a livre circulação de pessoas de qualquer grupamento étnico, assim como não se disponibilizam integralmente para a instalação de equipamentos públicos e obras de infraestrutura econômica e social, senão sob o regime de prévio acordo com a União. As normas dos artigos 231 e 232 são de finalidade nitidamente fraternal ou solidárias, indicando uma “nova igualdade”, “a igualdade civil-moral de minorias que têm experimentado, historicamente e por preconceito, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais, e que, portanto, trata-se de uma era constitucional compensatória dessas desvantagens e se viabilizar por mecanismos de ações afirmativas”.

A respeito da data crítica para o ato de demarcação, o relator fixou a data da promulgação da Constituição Federal como “insubstituível referencial para o reconhecimento aos índios dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam,

ressaltando que, com isso, evita-se a fraude da subitânea proliferação de aldeias, com o objetivo de artificializar a expansão das lindes da demarcação, bem como a violência da expulsão dos índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras”. Ressaltou, porém, que não seria suficiente a ocupação na data crítica – 05/10/1988 – mas esta ocupação deveria se revestir de uma perdurabilidade. A terra indígena – originária – prepondera sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios, prevalecendo o direito por continuidade histórica até sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal. Isso porque os direitos originários são “reconhecidos”, nos termos da Constituição, e não outorgados ou concedidos (essa a razão da regra de nulidade e extinção dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de terras indígenas, §6º do art. 231).

Com relação ao modo de demarcação, o STF determinou o caráter contínuo, pois “somente ele viabiliza os imperativos constitucionais, que respondem pela vertente fundiariamente generosa do Texto Magno, inclusive para o efeito de incorporar todos os recursos ambientais servientes da reprodução física e cultural de uma dada etnia”. Para o relator, “mesmo nos casos de etnias lindeiras, permanece o modelo peculiarmente contínuo, devendo separar os espaços interétnicos marcos geodésicos e placas sinalizadoras que possibilitem que cada etnia saiba onde começa e onde termina o espaço de trabalho e de vida que por direito originário lhe cabe com exclusividade”. O relator afirmou a perfeita compatibilidade da apropriação usufrutuária das terras indígenas e a faixa de fronteira, cujo uso e ocupação não estatal deverão ser regulados em lei (art. 20, §2º). Relatou que, no passado, os indígenas sempre se opuseram às tentativas de invasão estrangeiras, e que a presença dos indígenas no local exige a presença do Exército e da Polícia Federal.

Voto do Ministro Menezes Direito. Após o pedido de vista do Ministro Menezes Direito, o julgamento foi suspenso e retomado em dezembro de 2008, quando Sua Excelência apresentou o seu voto, julgando procedente, em parte, a ação, com a imposição de dezoito condições impostas pela disciplina constitucional do usufruto dos índios sobre suas terras:

- 1) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da CF, o interesse público da União, na forma de lei complementar;

- 2) o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;
- 3) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra de recursos naturais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
- 4) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fiação, dependendo, se o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;
- 5) o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes — o Ministério da Defesa e o Conselho de Defesa Nacional —, serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- 6) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- 7) o usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;
- 8) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como a caça, a pesca e o extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipulados pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- 9) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e os costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da FUNAI;
- 10) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração;
- 11) deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;
- 12) o ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;
- 13) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização de estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;
- 14) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade jurídica ou pelos silvícolas;
- 15) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária extrativa;
- 16) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos artigos 49, XVI, e 231, § 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros;
- 17) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

18) os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.

O relator, Min. Carlos Brito, aderiu às condições explicitadas pelo Ministro Menezes Direito, ressaltando a condição 9, excluindo a expressão “em caráter apenas opinativo”, e inserindo as palavras “os usos” antes da expressão “tradições e costumes dos indígenas”, ficando a sua redação da seguinte forma: “o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, as tradições e os costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI”. A par disso, acrescentou a condição 19, com o seguinte texto: “é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento”.

4. Conclusão. Diálogos possíveis?

Contrastando o corpus do direito aborígene com o direito brasileiro, verifica-se que a ordem jurídica brasileira não conheceu uma doutrina do título aborígene nos mesmos moldes. Embora a Constituição Federal tenha reconhecido no Brasil o direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupam¹², esse direito está vinculado ao instituto das reservas indígenas a serem demarcadas pela União Federal. O que os canadenses chamam de título aborígene ou título nativo, tem pouco a ver com o que se conhece no Brasil como reserva indígena. É claro, o Canadá também possui o instituto da reserva, cujo regramento jurídico se aproxima do regramento do título nativo. No entanto, as reservas canadenses, criadas por lei, não representam um reconhecimento de títulos nativos estritamente. Nesse sentido, a discussão travada no caso Raposa/Serra do Sol

¹² Constituição de 1934: “Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”; Constituição de 1937: “Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.”; Constituição de 1946: “Art. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”, Constituição de 1967: “Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e todas as utilidades nelas existentes.”; Constituição de 1969: “Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e todas as utilidades nelas existentes.”

não está relacionada diretamente com a existência ou não do direito, mas a respeito dos limites em que será exercido no contexto de uma reserva.

No plano concreto, não houve, na colonização brasileira, a confluência de interesses que resultou no surgimento de um direito não-positivo, misto, resultante das práticas entre colonizadores, indígenas e Estado, como ocorreu no Canadá. Não obstante a política de alianças que esporadicamente se concretizou no período colonial¹³, nada disso resultou na existência de algo parecido com o direito intersocial.

Há outra tensão a ser resolvida pelos sistemas jurídicos, que se estabelece entre o direito à preservação de uma cultura no modo como se encontra em determinada época (data do primeiro contato, da afirmação da soberania, da promulgação da Constituição etc) e a natural evolução das culturas indígenas¹⁴, principalmente quando provocadas por um elemento externo inevitável: o contato com as culturas europeias, iniciado a partir do século XVI.

Essa tensão é ainda mais importante quando se tem em conta que a visão ocidental a respeito da sociedade indígena apenas recentemente abandonou uma postura etnográfica anacrônica. Nesse sentido, os estudos etnográficos até a primeira metade do século XX apresentavam um retrato dos povos indígenas sem levar em consideração a variável do tempo, que naturalmente havia produzido transformações nas suas próprias culturas¹⁵.

No mesmo sentido, na Suprema Corte Canadense, no julgado *Tsilhqot'in* mostrou-se sensível às diferenças culturais ao reconhecer que o sentido de ocupação para os

¹³ Abreu, Capistrano de (1963). *Os Caminhos Antigos e o Povoamento do Brasil (1930)*, Brasília: UNB.

¹⁴ A própria utilização da palavra cultura no plural só se tornou possível com a partir do século XX, a partir dos estudos etnográficos de Franz Boas (Berkhofer Jr., Robert (1978). *The White Man's Indian*, New York: Randon House)

¹⁵ Na observação de Berkhofer, op. cit. "se os brancos do início da colonização inventaram uma concepção do índio e o seu significado fundamental através do imaginário, por que as gerações posteriores perpetuaram esta concepção e imaginário sem alterações básicas, embora os indígenas tenham se modificado? A resposta a essa questão deve ser buscada parcialmente no exato contraste pressuposto entre a sociedade indígena e branca, que deu origem à ideia de índio num primeiro momento. Na medida em que os brancos inicialmente viam os índios como uma antítese a eles mesmos, então civilização e indianidade (indianess) como eles definiram seriam sempre opostos. Nessa visão, apenas a civilização tem história e dinâmica, de modo que a indianidade deve ser concebida como a-histórica e estática. Se os índios se modificaram através da adoção da civilização como definida pelos brancos, então eles deixaram de ser índios de acordo com esta imagem, porque os índios eram reconhecidos por sua oposição aos brancos. Mudança em direção ao o que os brancos eram os tornava *ipso facto* menos índios". Berkhofer Jr, Robert F. (1978). Op. Cit.

aborígenes não pode ser reconduzido ou comparado com o significado de ocupação para as populações ocidentais de origem europeia.

O Supremo Tribunal Federal, na decisão Raposa Serra do Sol (Petição nº 3388/Roraima), não introduziu a doutrina do título nativo no direito nacional, pois permaneceu, nas suas linhas gerais, dentro da moldura constitucional, que atribui a propriedade à União e o usufruto especial às comunidades indígenas. Não obstante isso, embora a moldura constitucional explícita e apesar do fato de a decisão não ter introduzido a doutrina do título nativo, há espaço de interpretação a definição dos limites do exercício deste direito assegurado pela Constituição, sobretudo na delimitação do conceito de ocupação, objeto da decisão Tsihlqot'in.

Referências

Abreu, Capistrano de (1963). *Os Caminhos Antigos e o Povoamento do Brasil (1930)*, Brasília: UNB.

Berkhofer Jr., Robert (1978). *The White Man's Indian*, New York: Random House.

Michel, Voltaire (2010). *Direitos Ancestrais. Direito à terra indígena no Canadá, Austrália e Brasil*, Porto Alegre: Uniritter.

Olthuis, Kleer, Towshend (2008). *Aboriginal Law Handbook*. Toronto: Carswell.

Slattery, Brian (2006). "The Metamorphosis of Aboriginal Title". In *Canadian Bar Review*, 85, p. 255-86.

_____ (2007). "The generative structure of aboriginal rights". In *Supreme Court Law Review*, Ottawa, v. X, n. 38, p. 255-286.

Walters, Mark D. (1992). "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia*". In *Queen's Law Journal*, 17, p. 350-413.

_____ (2006). "The Morality of Aboriginal Law". In *Queen's Law Journal*, p. 470-520.