

Fenômenos Sociais e Direito 3

RENATA LUCIANE POLSAQUE YOUNG BLOOD

(Organizadora)



Atena
Editora

Ano 2018

RENATA LUCIANE POLSAQUE YOUNG BLOOD

(Organizadora)

Fenômenos Sociais e Direito 3

Atena Editora
2018

2018 by Atena Editora

Copyright © da Atena Editora

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Diagramação e Edição de Arte: Geraldo Alves e Natália Sandrini

Revisão: Os autores

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Deusilene Souza Vieira Dall’Acqua – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

F339 Fenômenos sociais e direito 3 [recurso eletrônico] / Organizadora Renata Luciane Polsaque Young Blood. – Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2018. – (Fenômenos Sociais e Direito; v. 3)

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-85107-26-0

DOI 10.22533/at.ed.260180409

1. Cidadania. 2. Direito – Filosofia. 3. Direitos fundamentais.
4. Problemas sociais. I. Série

CDD 323.6

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

O conteúdo do livro e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores.

2018

Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

www.atenaeditora.com.br

E-mail: contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

As Ciências Sociais reúnem campos de conhecimento com foco nos aspectos sociais das diversas realidades humanas. Entre eles pode-se citar o Direito, a Economia, a Administração e o Serviço Social. A partir da abordagem transdisciplinar destes conhecimentos, é possível estimular uma nova compreensão da realidade por meio da articulação de elementos que perpassam entre, além e através de disciplinas, numa busca de compreensão de fenômenos complexos, como as necessidades da sociedade e o viver em sociedade.

A Coletânea Nacional “Ciências Sociais e Direito” é um *e-book* composto por 34 artigos científicos que abordam assuntos atuais com a perspectiva transdisciplinar, como: o impacto da tecnologia de informação nas relações sociais, a reconstrução do acesso à justiça, a influência das mídias nas relações de poder, novos espaços de efetivação dos direitos humanos, a educação como caminho para uma sociedade mais democrática, entre outros.

Mediante a importância, necessidade de atualização e de acesso a informações de qualidade, os artigos elencados neste *e-book* contribuirão efetivamente para disseminação do conhecimento a respeito das diversas áreas das Ciências Sociais e do Direito, proporcionando uma visão ampla sobre estas áreas de conhecimento.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Prof. Ms. Renata Luciane Polsaque Young Blood

SUMÁRIO

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| CAPÍTULO 1 | 1 |
| FIDELIZAÇÃO DOS ALUNOS NOS CURSOS DE ENGENHARIA | |
| <i>Breno Arno Hoernig Junior</i> | |
| <i>Paulo Fossatti</i> | |
| CAPÍTULO 2 | 16 |
| FINALIDADES DA EDUCAÇÃO SUPERIOR: APROXIMAÇÕES ENTRE EDUCAÇÃO LASSALISTA E LDB | |
| <i>Ana Marli Hoernig</i> | |
| <i>Paulo Fossatti</i> | |
| CAPÍTULO 3 | 30 |
| O ENSINO JURÍDICO NAS ESCOLAS DE ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO: UMA ANÁLISE DO CONHECIMENTO JURÍDICO PARA A FORMAÇÃO SOCIAL, EDUCACIONAL, MORAL E ÉTICO | |
| <i>Renata Caroline Pereira de Macedo</i> | |
| <i>Heitor Romero Marques</i> | |
| CAPÍTULO 4 | 40 |
| A PENSÃO ALIMENTÍCIA NA NOVA LEI DE GUARDA COMPARTILHADA (LEI Nº 13.058/2014): DIVISÃO JUSTA DE CUSTOS | |
| <i>Eduardo Roberto dos Santos Beletato</i> | |
| CAPÍTULO 5 | 51 |
| O FIM DA “INDÚSTRIA DO DANO MORAL” SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL | |
| <i>Francisco Romero Junior</i> | |
| <i>Heitor Romero Marques</i> | |
| CAPÍTULO 6 | 61 |
| DISSINTONIA DAS TUTELAS DE EVIDÊNCIA E AS HIPÓTESES LEGAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL | |
| <i>Rafael Pereira Lima</i> | |
| CAPÍTULO 7 | 65 |
| A TRAJETÓRIA DE UMA PESQUISA SÓCIO-JURÍDICA SOBRE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS ESCOLARES: RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA | |
| <i>Klever Paulo Leal Filho</i> | |
| CAPÍTULO 8 | 79 |
| PERCEPÇÕES EMPÍRICAS SOBRE A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E DE MEDIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO | |
| <i>Bárbara Gomes Lupetti Baptista</i> | |
| <i>Klever Paulo Leal Filho</i> | |
| CAPÍTULO 9 | 91 |
| DA CONSTRUÇÃO DA SEXUALIDADE AOS DIREITOS LGBT: UMA LENTA CONQUISTA | |
| <i>Jacson Gross</i> | |
| <i>Paula Pinhal de Carlos</i> | |
| CAPÍTULO 10 | 100 |
| UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA SOBRE A HOMOSSEXUALIDADE NOS DISCURSOS BÍBLICOS DO NOVO TESTAMENTO | |
| <i>Adilson Cristiano Habowski</i> | |
| <i>Elaine Conte</i> | |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| CAPÍTULO 11 | 112 |
| MORTOS NOS CÁRCERES DE ALAGOAS ENTRE 2012 E 2015: A DINÂMICA PRISIONAL E A FUNÇÃO DE MORTE NO BIOPODER. | |
| <i>Amanda Assis Ferreira</i> <i>Roberto Barbosa de Moura</i> | |
| CAPÍTULO 12 | 134 |
| O PODER SOBERANO E SEUS INIMIGOS: A FUNDAÇÃO DO PODER COERCITIVO DO ESTADO NOS DISPOSITIVOS DE EXCEÇÃO E SEU NEXO COM A DEFINIÇÃO POLÍTICA DO “INIMIGO” | |
| <i>Rodrigo Luz Peixoto</i> | |
| CAPÍTULO 13 | 145 |
| O ACORDO DE PARIS SOBRE O COMBATE AO AQUECIMENTO GLOBAL APÓS A ORDEM EXECUTIVA DE INDEPENDÊNCIA ENERGÉTICA DE WASHINGTON | |
| <i>Flávio Marcelo Rodrigues Bruno</i> <i>Mateus Sangoi Frozza</i> <i>Jonhanny Mariel Leal Fraga</i> | |
| CAPÍTULO 14 | 158 |
| A EVOLUÇÃO DO DIREITO CANADENSE ATÉ KTUNAXA: ÀS VÉSPERAS DE UMA DECISÃO SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA E OS DIREITOS INDÍGENAS | |
| <i>Voltaire de Freitas Michel</i> <i>Marc Antoni Deitos</i> | |
| CAPÍTULO 15 | 171 |
| DIREITO TRIBUTÁRIO: O USO NO COTIDIANO EM DIFERENTES ÁREAS DE ATUAÇÃO | |
| <i>Ionara de Oliveira Campos Alves</i> <i>Marcia Silva de Oliveira</i> | |
| CAPÍTULO 16 | 175 |
| O ESTUDO DE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA E TROCA DE IMÓVEIS CUNEIFORMES SEGUNDO OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS | |
| <i>Gabriel Cavalcante Cortez</i> | |
| SOBRE A ORGANIZADORA | 189 |

A EVOLUÇÃO DO DIREITO CANADENSE ATÉ KTUNAXA: ÀS VÉSPERAS DE UMA DECISÃO SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA E OS DIREITOS INDÍGENAS

Voltaire de Freitas Michel,

IMED – Faculdade Meridional

Porto Alegre – RS

Marc Antoni Deitos,

IMED – Faculdade Meridional

Porto Alegre – RS

RESUMO: A Suprema Corte do Canadá está na iminência de decidir em última instância a demanda dos Ktunaxa, uns dos povos originários estabelecidos na Província de British Columbia, que se resume na tentativa de impedir o uso de uma região considerada sagrada segundo as suas crenças para a construção de um resort. Em síntese, está em debate perante a SCC se a liberdade religiosa assegurada na *Canadian Charter of Rights and Freedoms* representa apenas um limite à ação do Estado sobre os indivíduos, ou se, além disso, tem o condão de restringir a esfera de ações juridicamente possíveis dos demais cidadãos que não compartilham as mesmas convicções. Para tanto, o artigo apresenta uma evolução da jurisprudência canadense a respeito da proteção aos direitos indígenas e, na segunda parte, os argumentos que estão em jogo no Caso nº 36664, *Ktunaxa Nation v. Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations, et al.*

PALAVRAS-CHAVE: Direito Indígena – Liberdade Religiosa – Direito Comparado

ABSTRACT: The Supreme Court of Canada is about to decide on the latest demand of a Ktunaxa proposal, one of the peoples established in the Province of British Columbia, which sums up the attempt to prevent the use of a region based on sacred beliefs for the construction of a resort. In short, the Canadian Charter of Rights and Freedoms is currently under discussion in the SCC. It represents only a State action on private law actions, in order to restrict the sphere of international law of other citizens who do not share their convictions. For this, the article presents a Canadian jurisprudence of respect to the native protections and, in the second part, the arguments that are in the game in the Case nº 36664, of the nation Ktunaxa v. Minister of Forestry, Lands and Natural Resource Operations, et al.

KEYWORDS: Indigenous Law - Religious Freedom - Comparative Law

1 | INTRODUÇÃO

Nações multiculturais naturalmente enfrentarão, mais cedo ou mais tarde, o desafio de tomar decisões a respeito de colisões entre variados interesses igualmente protegidos pela ordem jurídica. A perspectiva ideal de que todos compartilham os mesmos interesses

e a mesma formação cultural, ou até mesmo um dos pilares do direito moderno, a igualdade de todos perante a lei, cede diante de uma realidade que é, certamente, muito mais complexa do que o discurso jurídico pode suportar. As alternativas que se descortinam são pelo menos duas: ou, de um lado, se reconhece simplesmente o colapso da ordem jurídica moderna, “pasteurizada” e simplificada para lidar com a complexidade dos fatos, o que certamente aponta para um destino sombrio, ou, por outro lado, busca-se, dentro do próprio sistema jurídico moderno, um esforço para, com dignidade, compor interesses radicalmente contrapostos.

O direito canadense serve como exemplo, senão a ser imitado, pelo menos de ser conhecido, de como a jurisprudência dos tribunais superiores pode cumprir um papel determinante na resolução desses conflitos. No que diz respeito à presente pesquisa, cumpre destacar o papel essencial que a evolução da jurisprudência da Suprema Corte do Canadá teve no reconhecimento dos títulos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas, bem como no acolhimento, pela própria ordem jurídica ocidental, dos costumes e tradições dos habitantes originários.

Porém, retomando a advertência do primeiro parágrafo, à primeira vista os problemas jurídicos decorrentes da colisão entre interesses conflitantes podem ser decompostos e tratados isoladamente. Essa visão fragmentária, no entanto, embora facilite os estudos e abordagens especializadas, pode incorrer no vício de perder a visão de conjunto.

O presente artigo apresenta a questão jurídica colocada à apreciação pela Suprema Corte do Canadá em 2016, ainda pendente de julgamento, relacionada com os interesses da tribo Ktunaxa, que habita o sudeste da Província de British Columbia.

Faça-se um exercício de imaginação: suponha que uma tribo de habitantes originários, cujos costumes e crenças religiosas são expressamente acolhidos e protegidos pela ordem jurídica e pela jurisprudência das cortes superiores, se opusesse à autorização concedida pelo governo para a construção de um gigantesco resort de ski, sob o fundamento de que a montanha a ser ocupada pelo resort é a residência do *espírito do urso cinzento*. A tribo não ocupa tradicionalmente a montanha, não a utiliza para caça ou rituais religiosos. No entanto, a crença no urso cinzento faz parte integral de sua cultura e a ocupação da montanha por terceiros provavelmente expulsará o espírito do seu habitat, e a consequência para essa população será uma grande desolação espiritual. Acrescente-se a isso outro elemento complicador: outras tribos, também da mesma região, não têm nenhum compromisso com o espírito do urso cinzento e, do seu ponto de vista, o resort é mais do que bem-vindo, pelo impacto econômico positivo que gerará para as populações vizinhas. O delicado é que a questão proposta não é imaginária, mas concreta e real, e encontra-se pendente de julgamento na Suprema Corte do Canadá. Em dezembro de 2016, foram apresentadas perante a Suprema Corte do Canadá os argumentos de todas as partes. De um lado, perfilaram-se os próprios interessados, os Ktunaxas, tendo como *amici curiae* inúmeras comunidades e denominações religiosas no Canadá; de outro, os empreendedores do resort e o

governo canadense.

Nesse artigo, propõe-se, inicialmente, uma abordagem da evolução do reconhecimento dos direitos indígenas à terra e à identidade cultural, na primeira parte; na segunda parte, serão apresentados os argumentos que estão em causa na decisão a ser tomada pela Suprema Corte do Canadá.

2 | A EVOLUÇÃO DO DIREITO CANADENSE NO RECONHECIMENTO DOS TÍTULOS INDÍGENAS

A evolução do reconhecimento dos direitos aborígenes no Canadá passa pela análise dos seus principais precedentes (MICHEL, 2010). O mais significativo é *Delgamuukw v. British Columbia* (1996), que sedimentou um processo evolutivo que já havia sido iniciado no precedente *Calder*, de 1973.

Os precedentes mais importantes, que formaram o *corpus* do direito intersocial aborígene canadense (SLATTERY, 2006), 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 precedentes.

Calder v. Attorney General of British Columbia (1974). A decisão *Calder* representa a superação do quase centenário precedente *St Catherines* (WALTERS, 2006), que afirmava que os direitos aborígenes eram meramente usufrutuários, reservando a titularidade das terras para a Coroa inglesa. 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 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 escala (SLATTERY, 2006).

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.

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 ‘diretos 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 Slattery (2007), 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.

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 avaliada (WALTERS, 1992). 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*, 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 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 aborígine não exige que se verifique se a ocupação é integral à cultura do grupo aborígine 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.

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 aborígine, assim entendido como os seus costumes, práticas e tradições. O direito aborígine 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 aborígine canadense (SLATTERY, 2007).

Em síntese, as características principais da doutrina do título aborígine refletida em *Delgamuukw* são as seguintes (SLATTERY, 2007):

1. é de natureza *sui generis*, pois não se baseia no direito aborígine, 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 aborígine: o uso não poderá descaracterizar a sua vinculação com a terra (vedação dos usos irreconciliáveis);
4. o título aborígine 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 aborígine 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 | O CASO KTUNAXA E A LIBERDADE RELIGIOSA

Os Ktunaxa estão estabelecidos no sudeste da Província de British Columbia. Um dos componentes de sua identidade religiosa é a crença de no espírito do urso

cinzento, que residiria nas montanhas Purcell, que eles denominam Qat'muk. Segundo seus próprios registros, os Ktunaxa resistem há 25 anos à construção de um resort em Qat'muk, sobretudo sob o fundamento de que o lugar é sagrado para as suas crenças e que a sua intensiva exploração expulsaria o espírito do urso cinzento do local.

Como destacado anteriormente, o direito canadense não tem resistência ao reconhecimento do direito à terra indígena com base no uso ancestral, desde que atendidos os requisitos fixados na jurisprudência. É a primeira vez que a Suprema Corte Canadense apreciará a viabilidade dessa pretensão com base exclusivamente em razões de crença. Estará sob a decisão da jurisdição canadense a decisão sobre se a proteção à liberdade religiosa alcança a vedação ao uso lícito de áreas que, para as demais pessoas, não têm nenhum significado especial. No primeiro grau de jurisdição, ainda na Província de British Columbia, os Ktunaxa tiveram rejeitado o seu pedido. Nessa fase, os representantes da Glacier Resorts, beneficiária da licença para a construção do resort, aduziram que as crenças dos Ktunaxa somente vieram à tona durante a negociação em 2009, o que sinalizaria para a sua pouca importância. De outra parte, destacaram que os Suswhap, outra nação indígena, estabelecida nas proximidades das montanhas desde pelo menos 1850, não têm nenhuma objeção ao projeto. A corte local, embora tenha rejeitado a argumentação no sentido de que a crença não era significativa, entendeu que a crença religiosa dos Ktunaxa não tinha o condão de impedir o uso lícito das áreas por terceiros que não compartilham as mesmas crenças.

Em 1º de dezembro de 2016, segundo o rito de Suprema Corte Canadense, foram ouvidos os argumentos de todas as partes, as diretamente interessadas e os *amici curiae* de ambos os lados. Ao lado dos Ktunaxa, militam inúmeras organizações religiosas, em favor de uma interpretação ampliada dos efeitos da proteção à liberdade de crença. Do lado oposto, sobretudo os que pretendem ver essa mesma liberdade interpretada restritivamente.

A respeito da especial ligação dos povos aborígenes com as suas terras, é de se destacar a lição de ROSS (ROSS, 2005):

Essentially, the Court recognized that to be indigenous is, collectively speaking, to be in a special relationship with the land. By so doing, the Court committed itself to the proposition that anything that undermines indigenous peoples' special relationship with their lands threatens "their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival" or, in other words, threatens their existence qua indigenous. The Court also, it should not be overlooked, identified what it is that makes indigenous peoples' relationship with their lands special. What makes it special or distinctive is that it includes, in addition to the ordinary possessory and productive aspects, "a material and spiritual element." The Court was saying, then, that the existence, survival, and, not least, wellbeing of indigenous peoples depend not only on their ownership and occupation of their lands but also, more crucially, on their material and spiritual connections to the same. The Court did not elaborate on the material and spiritual aspects of the special relationship. Nonetheless, a few general characterizations are ready to hand. For instance, the material aspect of the relationship certainly includes not only a physical presence but also a physical dependence on the land – the land (including its plants and animals), then, is

understood as physically sustaining. The spiritual aspect of the relationship is exemplified by indigenous peoples' widespread belief that the land is a gift given into their care. Because indigenous peoples commonly refer to the spiritual realm to explain the (believed) facts that the land has been given to them and that they have been charged with caring for the land, their relationship with the land as a gift is a spiritual relationship. Clearly, the Court was correct in stating that indigenous peoples' relationship with their lands has both material and spiritual aspects.

A pretensão dos Ktunaxas pode ser sumarizada em quatro aspectos a serem apreciados pela Suprema Corte do Canadá:

A) se é juridicamente admissível para um administrador, ao tomar uma decisão, levar em consideração apenas a apreciação do art. 35 do Ato Constitucional de 1982 (que trata dos direitos indígenas), e não levar em consideração o art. 2º da *Canadian Charter of Right and Freedoms* (que trata da liberdade religiosa), quando os fundamentos são arguidos pelo administrado?

B) é juridicamente correto caracterizar a postulação dos Ktunaxas, baseada no art. 2º da *Canadian Charter of Right and Freedoms*, como uma ação que pretende impor as suas crenças religiosas aos demais, ao invés de caracterizá-la como a busca de proteção de suas práticas e crenças e religiosas contra a interferência do Estado?

C) a perda de conteúdo religioso, ou redução de seu significado, constitui uma ação violadora do sentido do art. 2º da *Canadian Charter of Right and Freedoms*?

D) está correta a fundamentação da corte recorrida ao interpretar o art. 35 do Ato Consitucional de 1982, ao levar em consideração os efeitos da decisão administrativa, da ação do Estado, ao invés de entender o direito aborígene como bastante em si mesmo? Em outras palavras, no caso concreto, poderia o Poder Judiciário desconsiderar o direito aborígene em razão do seu confronto com a variável do desenvolvimento?

A respeito do item A, os recorrentes destacam que a decisão da administração, ao rejeitar a oposição dos Ktunaxas, sem apreciar o texto do ar. 2º da *Canadian Charter of Right and Freedoms*, que estabelece a liberdade religiosa, constituiu uma ofensa à jurisprudência da Corte superior. Destacam que o direito mencionado é reconhecido em favor de todos os cidadãos canadenses, independentemente de suas convicções religiosas ou etnia, de modo que lhes assistia um direito a vê-lo considerado e apreciado nas decisões recorridas.

O art. 2º da *Canadian Charter of Right and Freedoms* estabelece as liberdades fundamentais, nos seguintes termos:

Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(c) freedom of peaceful assembly; and

(d) freedom of association.

Já o art. 35 do Ato Constitucional de 1982, que protege os direitos aborígenes, tem a seguinte redação:

Recognition of existing aboriginal and treaty rights

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed. Definition of “aboriginal peoples of Canada”

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada. Land claims agreements

(3) For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired. Aboriginal and treaty rights are guaranteed equally to both sexes

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.
(96)

Naturalmente, é concebível uma sobreposição entre a proteção à liberdade religiosa e o reconhecimento dos direitos aborígenes. Isso porque faz parte da identidade cultural de cada uma das etnias a sua própria identidade religiosa, que nada mais é do que um dos seus aspectos mais centrais. No entanto, conforme destacam os recorrentes, por força da evolução da jurisprudência constitucional canadense e do próprio texto que os fundamenta, os direitos alegados submetem-se a testes de apreciação diferentes: os direitos aborígenes devem atender, sobretudo, ao teste “Van der Peet”, assim como os demais requisitos destacados anteriormente; a liberdade religiosa, por seu turno, é garantida a todos os canadenses, independente de sua origem étnica, e estabelece, prioritariamente, limites à ação do Estado. Trata-se, portanto, a liberdade religiosa, de uma posição jurídica protegida mais ampla.

Sobre a alegação destacada no item B, como consequência do avaliado no item A, sustentam os apelantes, os Ktunaxas, que as decisões judiciais recorridas e a avaliação da administração caracterizaram incorretamente o direito à liberdade religiosa previsto na *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Segundo os recorrentes, o direito alegado foi caracterizado como uma tentativa de impor aos demais cidadãos as crenças religiosas de uma minoria; em outras palavras, ao tentar impedir a construção do resort, de alguma forma os Ktunaxas estariam impedindo o exercício de outros direitos pelos demais cidadãos (os construtores ou eventuais turistas do resort). Segundo os recorrentes, no entanto, a caracterização do direito foi equivocada, pois em verdade a proteção a que alude o art. 2º da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* evita uma ação do Estado cerceadora de uma liberdade religiosa, que estaria representada no caso concreto pela autorização de construção em Qau’Muk.

Com relação ao item C, sustentam os recorrentes que a corte apelada avaliou mal a profundidade do impacto que a implantação do resort terá sobre as crenças religiosas dos Ktunaxas. O que certamente influenciou as decisões recorridas foi a circunstância de que os Ktunaxas não ocupam permanentemente o local onde será

construído o resort, e onde estaria presente o espírito do urso cinzento; as danças e rituais religiosos são realizados nas suas próprias comunidades, relativamente distantes do local habitado pelo espírito. Por essa circunstância, avaliaram o governo e as cortes que a infringência era trivial ou não substancial, não tendo intensidade suficiente para limitar a ação administrativa. Segundo os Ktunaxas, a prevalecer tal posicionamento, cria-se um limite intrínseco à liberdade religiosa, com impacto não só sobre os próprios Ktunaxas, mas sobre todas as demais denominações religiosas e etnias componentes do Canadá.

Finalmente, no que diz respeito ao item D, contestam os Ktunaxas a avaliação equivocada levada a efeito pela administração e pelas cortes quanto à caracterização do culto ao espírito do urso cinzento como integral a sua cultura. Segundo os apelantes, a caracterização do direito deve atender aos critérios estabelecidos em *Van der Peet*, independente dos efeitos que porventura terá o reconhecimento do direito em face da esfera jurídica dos demais interessados (Estado e empreendedores). Por fim, também sustentaram os apelantes que o dever de consultar as comunidades interessadas, estabelecido no precedente *Haida Nation*, não significa, por si, uma autorização para a supressão do alegado direito.

Analisando as razões dos recorridos – o governo canadense e o empreendedor do resort – observa-se uma ênfase num aspecto de fato controvertido, qual seja, o caráter realmente integral da crença no urso cinzento para a cosmovisão religiosa dos Ktunaxas. Segundo os recorridos, a alusão à crença no urso cinzento teria surgido por uma epifania de um dos anciões da comunidade, apenas em 2004; essa epifania teria sido comunicada às demais partes interessadas em 2009, e a partir daí, não mais foi possível estabelecer um meio-termo entre as pretensões dos Ktunaxas, governo e empreendedor: do ponto de vista dos Ktunaxas, a partir de então, nenhuma ocupação humana do vale seria possível, sob pena de sacrifício de suas crenças religiosas. A questão foi expressamente abordada no tribunal de British Columbia, que inicialmente reconheceu um aspecto de discrição nas crenças dos Ktunaxas, vale dizer, algumas de suas crenças são efetivamente mantidas de modo discreto. A mesma corte reconheceu, no entanto, que em se tratando de crença que simplesmente inviabiliza qualquer ocupação humana do vale, deveria ter sido apresentada pelos interessados no início das negociações, nos anos 80, e não apenas ao final do processo de consultação e acomodação.

Em contraponto às razões recursais dos Ktunaxa, o governo canadense e o empreendedor aduziram, com relação ao item A, preliminarmente, que embora o administrador não tenha apreciado expressamente a garantia da liberdade religiosa na motivação de sua decisão, o certo é que, o determinante é se a decisão violou ou não o mencionado direito. Em outras palavras, independentemente da menção expressa ao dispositivo da Charter, o relevante é o conteúdo da decisão, se violador ou não do direito. Com relação a esse aspecto, no mérito, as instâncias inferiores entenderam que não houve violação da liberdade fundamental pela autorização da construção do

resort.

Quanto ao item B da argumentação dos recorrentes, no sentido de que as instâncias inferiores teriam caracterizado de modo equivocado a pretensão, sustentaram os recorridos – o governo e o empreendedor – que o tribunal recorrido simplesmente interpretou que o conteúdo da garantia da liberdade religiosa não se estende a crenças e práticas que exigem que outras pessoas devam se comportar, ou deixar de fazer algo, em razão dessas mesmas crenças não compartilhadas. Além disso, segundo o governo canadense, a pretensão dos Ktunaxas não busca limitar a ação do Estado, mas a de um terceiro, que acidentalmente precisa da autorização do Estado para ocupar uma área pertencente à Coroa. Nesse diapasão, “it is the ability of that person to pursue a lawful activity on Crown land that the applicant is seeking to restrain”.

No que diz respeito ao argumento C, o governo canadense arguiu que a decisão recorrida não estabeleceu um limite automático e geral, porém reconheceu que a violação de uma liberdade religiosa não pode se amparar apenas numa perda subjetiva de sentido, sem que haja uma coerção ou constrição associada que faticamente restrinja a prática. No caso concreto, tendo em vista que a construção se daria em lugar diverso das práticas, avaliou a corte recorrida que a violação não ultrapassaria os limites aceitáveis segundo a jurisprudência da Suprema Corte Canadense.

Por fim, com relação à caracterização da crença dos Ktunaxas como um direito aborígene protegido pelo art. 35 do Ato Constitucional, defenderam os recorridos que, embora a corte recorrida tenha reconhecido que o aludido direito era “fraco”, todas as medidas prévias de consultação e acomodação foram levadas a cabo pela administração. Ao final, os recorridos sumarizam a sua posição referindo a conclusão do julgamento de primeira instância: “the rights protected by s. 35 do not grant right-holder a veto over what can be done with land”.

O interesse despertado por esse caso ultrapassou os limites da comunidade indigenista, uma vez que busca a proteção de um aspecto da identidade cultural que é compartilhado pelas demais denominações religiosas. Embora o assunto tenha ingressado na arena pública a partir de uma demanda de comunidade indígena, o certo é que essa decisão impactará, positiva ou negativamente, a expressão da religiosidade de todos os demais cidadãos, integrantes de maiorias ou minorias religiosas.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

É particularmente difícil prever o resultado de um julgamento sem incorrer na visão de direito restrita do realismo americano, segundo a qual a tarefa da teoria do Direito consistiria na previsão dos julgados. No entanto, se reconhecemos na ordem jurídica uma certa coerência e integridade, sobretudo a partir da análise de julgamentos anteriores, pode-se antecipar que a decisão da Suprema Corte do Canadá proverá

algum tipo de proteção à alegada liberdade religiosa. O que cumpre aguardar, é se a proteção será outorgada com base numa interpretação mais extensiva da liberdade religiosa prevista no art. 2º da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ou se a proteção será conferida a partir de uma interpretação mais consistente do art. 35 do Ato Constitucional de 1982, que protegeu os direitos aborígenes originários ou resultantes de tratados.

O objeto deste trabalho não era interpretar a mesma *quaestio juris* para o direito brasileiro; não se tem conhecimento de precedentes do Supremo Tribunal Federal cujas principais características se enquadrariam na mesma situação de fato submetida à Suprema Corte Canadense. Não se descarta, no entanto, um caminho de pesquisa que faça essa transposição e análise cruzada de um mesmo problema jurídico sob o ponto de vista de dois ordenamentos e tradições jurídicas diferentes.

REFERÊNCIAS

BORNEMANN, Walter. **The French and Indian War: deciding the fate of North America**. Nova York: Harper, 2007.

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

OLTHUIS, KLEER, TOWSHEND. Co-author: Shin Imai. **Aboriginal Law Handbook**. Toronto: Ed. Carswell, 2008

ROSS, Michael Lee. **First Nations Sacred Sites in Canada's Courts**. Vancouver: University of British Columbia Press, 2005.

SLATTERY, Brian. **The Metamorphosis of Aboriginal Title**. (2006) 85 Canadian Bar Review 255-86

SLATTERY, Brian. **The generative structure of aboriginal rights**. (2007) In *Supreme Court Law Review*, Ottawa, v. X, nº 38, pp. 255/286.

WALTERS, Mark D. (2006). **The Morality of Aboriginal Law**. In *Queen's Law Journal* 470-520

WALTERS, Mark D., **British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on Delgamuukw v. British Columbia**. (1992), In 17 *Queen's L.J.*350.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-85107-26-0

