



## **O RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DOS ABORÍGENES E DOS DIREITOS DOS TRATADOS: Um novo enquadramento da gestão do Pluralismo Jurídico no Canadá?<sup>1</sup>**

*CONSTITUTIONAL RECOGNITION OF ABORIGINAL AND TREATY RIGHTS: a new framework for managing legal pluralism in Canada?*

---

**Ghislain Otis**

Titular da Cátedra de Pesquisa do Canadá em Diversidade Jurídica e Povos Indígenas (Universidade de Ottawa) e especialista em direito indígena, pluralismo jurídico, direito constitucional e direitos humanos, o professor Ghislain Otis é Ph.D. pela Universidade de Cambridge. Como titular da Cátedra em Diversidade Jurídica e Povos Indígenas, concentra seu trabalho na governança indígena não territorial e no pluralismo jurídico. Além disso, lidera uma equipe internacional de pesquisadores, parceiros indígenas e não indígenas e estudantes no projeto Legitimus (Estado Indígena e Culturas Jurídicas: Direito em Busca de Legitimidade). É membro da Academia de Ciências Sociais da Royal Society of Canada. Foi professor visitante em várias universidades estrangeiras e chefe de importantes iniciativas internacionais de pesquisa sobre pluralismo jurídico e povos indígenas.

### **Resumo**

No Canadá, a seção 35 do Ato Constitucional de 1982 declara que “os atuais direitos do povo aborígene e dos tratados no Canadá são aqui reconhecidos e ratificados”. Esperava-se que a seção 35 fosse o início de uma nova abordagem no manejo da coexistência do direito indígena e do direito não indígenas

---

<sup>1</sup> Artigo traduzido do original em inglês “Constitutional recognition of aboriginal and treaty rights: a new framework for managing legal pluralism in Canada?” publicado pelo autor no “The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law (v. 46, n. 3, 2014). Tradução do inglês por Luciana de Andrade Amoroso Remer. Revisão da tradução por Marcos Augusto Maliska.

como elemento chave do pluralismo jurídico no Canadá. Esse artigo avalia até que ponto a implementação da seção 35 pelos tribunais, governos e povos indígenas, tem realmente fomentado, até agora, o reconhecimento e a proteção constitucional do ordenamento jurídico indígena de forma diferente da abordagem colonial. Após detalhada pesquisa sobre os direitos jurisprudenciais aborígenes e a recente prática de elaboração de tratados, o autor conclui que o advento da seção 35 não alterou fundamentalmente a tradicional relutância do Estado em permitir que o direito indígena não estatal regulamente questões distributivas intersocietárias que são consideradas fundamentais para as ordens políticas e econômicas postas em prática como resultado da afirmação da Soberania da Coroa sobre os povos indígenas e suas terras.

**Palavras-chave:** direitos dos aborígenes e direitos dos tratados; povos indígenas; Canada; direito indígena; pluralismo jurídico.

### Abstract

In Canada, section 35 of the Constitution Act, 1982 states that “The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed”. It was expected that section 35 would be the foundation for a new approach to managing the coexistence of indigenous and non-indigenous law as a key element of legal pluralism in Canada. This paper assesses the extent to which the implementation of section 35 by courts, governments and indigenous peoples has so far actually fostered the constitutional recognition and protection of indigenous legal orders in a way that departs from the colonial approach. After a detailed survey of aboriginal rights jurisprudence and recent treaty-making practice, the author concludes that the advent of section 35 has not fundamentally altered the state’s traditional unwillingness to let non-state indigenous law settle inter-societal distributive issues that are deemed fundamental to the political and economic orders put in place as a result of the assertion of Crown sovereignty over indigenous peoples and their land.

**Keywords:** aboriginal and treaty rights; indigenous peoples; Canada; indigenous law; legal pluralism

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A seção 35 do Ato Constitucional de 1982 declara que “os atuais direitos consignados do povo aborígene no Canadá são aqui reconhecidos e ratificados”. Também especifica que os direitos consignados incluem aqueles derivados de acordos assinados depois de 1982. Quando essa provisão constitucional entrou em vigor, os povos indígenas esperavam que se criasse um espaço constitucional

seguro para as tradições jurídicas indígenas em respeito aos direitos aborígenes e dos tratados. Alguns pensadores do direito entenderam que o direito indígena não-estatal tinha ganho um claro status constitucional por meio da seção 35. Sua redação foi pensada para sustentar essa posição, uma vez que ela “reconhece e confirma” direitos ao invés de garanti-los, os quais, foi pensado, devem significar que esses direitos não derivam do direito do Estado, mas do ordenamento jurídico indígena autônomo que existe independentemente das instituições estatais.<sup>2</sup> Se esses ordenamentos jurídicos são reconhecidos pela Constituição, então eles são a verdadeira fonte dos direitos indígenas para a seção 35. Igualmente foi alegado que os tratados poderiam ser um veículo para utilização do direito indígena, desde que eles reconhecessem os povos indígenas como comunidades autônomas lidando com o Estado em uma relação do tipo “nação para nação” (Otis 2009, 237-256).

Em outras palavras, esperava-se que a seção 35 do Ato Constitucional de 1982 fosse a base para uma nova abordagem do gerenciamento da coexistência do direito indígena e do direito não-indígena, como elemento chave do pluralismo jurídico no Canadá. Esse artigo avalia até que ponto a implementação da seção 35 pelos tribunais, governos e povos indígenas, tem realmente fomentado, até agora, o reconhecimento e a proteção constitucional do ordenamento jurídico indígena de forma diferente do modelo colonial.

Tradicionalmente, o Canadá não tem dado muito espaço para os regimes jurídicos indígenas. Uma vez estabelecido o domínio britânico e os esforços massivos de colonização, a Grã-Bretanha e depois Canadá se empenharam para estender o seu direito à população indígena residente em territórios anexos à Coroa. Ao contrário do que foi feito em outros lugares do império, o ordenamento jurídico estatal não reconheceu formal e sistematicamente um conjunto compreensivo de direitos personalizados abrangidas pela jurisdição das cortes indígenas ou tribais. Mesmo hoje, somente poucas provisões legislativas esparsas de costumes para propósitos específicos e limitados são encontradas.<sup>3</sup> Apesar da fachada monista do direito oficial, entretanto, o direito não-estatal indígena continua a governar a vida

---

<sup>2</sup> Conforme destacado por McNeil (1997a, 135-136), “[i]sso aparentemente significa que os direitos dos povos aborígenes às suas terras tradicionais não são derivados dos sistemas jurídicos que os Europeus lhe impuseram”.

<sup>3</sup> Por exemplo, a legislação nos territórios do noroeste, Nunavut, Yukon e a Colúmbia Britânica reconhecem a adoção costumeira.

de muitos sujeitos indígenas, particularmente no âmbito familiar, mesmo que se adaptando às mudanças que se apresentam.<sup>4</sup> O instituto da “adoção”, de acordo com os costumes, é uma das áreas mais extensivamente documentadas do direito indígena (Baldassi, 2006), mas esse direito tem remanescido fortemente em outros campos, os quais incluem a propriedade territorial e o gerenciamento de recursos naturais (Lacasse, 2004).

Conforme a vida do povo indígena se torna crescentemente conectada ao aparato estatal, a necessidade de reconhecimento do direito indígena não-estatal pelo direito oficial é sentida mais do que antes. A razão por detrás, que clama por reconhecimento estatal do direito indígena, não é uma confirmação da existência e da validade internas do direito indígena. Da perspectiva indígena, e da perspectiva do pluralismo jurídico, o posicionamento do Estado vis-à-vis com o sistema jurídico indígena – se reconhece, ignora ou se opõe – não tem em si impacto automático sobre a existência do direito indígena no âmbito não-estatal, onde ele pode continuar a se desenvolver de acordo com sua lógica própria, que pode ou não ser influenciada pela cultura jurídica ocidental, como incorporada pela jurisdição estatal.

Com o reconhecimento se tem uma maneira de proteger o ordenamento indígena não-estatal dentro do Estado, ao se assegurar que o que é permitido, prescrito, garantido ou proibido sob a legislação indígena, não será proibido, recusado ou prescrito pela legislação estatal. Isso pode ser apresentado como “efeito escudo” de reconhecimento, que assim protege o direito indígena do efeito disruptivo do colapso inter-normativo e, com o objetivo de ajustar irregularidades em particular, constitui uma forma de gerenciar situações que tem sido denominadas de “pluralismo jurídico problemático” (Larcom 2014).

O objetivo secundário de se buscar reconhecimento é permitir que os sujeitos indígenas tenham acesso a certos benefícios, permissões e serviços que são disponibilizados sob o direito do Estado, mas não sob o direito indígena. Quando o ordenamento oficial reconhece para seus próprios interesses, uma situação jurídica exógena criada sob o direito indígena, um casamento consuetudinário ou uma adoção costumeira, por exemplo, adquirem uma equivalência intersistêmica de status. Isso pode ser referido como “efeito alavanca”

---

<sup>4</sup> Para uma apresentação introdutória dos vários sistemas indígenas no Canadá, ver Borrows (2010, 23-106).

de reconhecimento, o qual é buscado pelos sujeitos indígenas devido a sua crescente confiança nos benefícios fornecidos pelo Estado social, tais como os serviços de saúde, os benefícios à infância e a educação.

Sujeito ao que posteriormente é dito a respeito dos riscos e armadilhas do reconhecimento oficial, em alguns casos o reconhecimento pode reforçar a vitalidade do direito não-estatal indígena. Para alguns indivíduos, eliminar o *status* “clandestino” desse direito, pode torná-lo uma opção mais atrativa no “mercado” jurídico. Em razão dos benefícios que pode trazer, o reconhecimento reduz o custo de pertencer a uma cultura jurídica não-dominante para indivíduos e comunidades cujo destino foi atrelado ao Estado.

Desta forma, o reconhecimento cria uma rede intersistêmica ao conectar o direito indígena não-estatal ao direito do Estado, ativando um veículo por meio do qual recursos podem ser compartilhados. Esse tipo de canal pode levar a vários níveis de distorção do direito indígena e a uma filtragem de sua especificidade, dependendo da medida hierárquica do relacionamento entre o Estado e a ordem jurídica indígena. A história ensina que, em um relacionamento colonial, o Estado pode querer usar a técnica de reconhecimento para subjugar ou regular o direito e as instituições indígenas (Vanderlinden 2009). Assim, de uma perspectiva indígena, o reconhecimento pode exigir um alto preço em forma de desapropriação cultural e perda de autonomia, se for alcançado ao custo da submissão do direito indígena à alteração, amputação e falsificação por meio de um sistema jurídico estatal arrogante e dominante.

Entretanto, o reconhecimento constitucional contemporâneo do direito indígena em democracias pluralistas que reconhecem os direitos indígenas, incluindo o autogoverno, provavelmente tem potencial para estabelecer um relacionamento mais equilibrado entre o direito indígena e o direito não-indígena, embora se espere que o reconhecimento seja submetido, ao menos em alguma medida, aos direitos humanos constitucionalmente protegidos.<sup>5</sup>

O advento da seção 35 do Ato Constitucional de 1982 fez do reconhecimento uma preocupação, pois as cobranças dos indígenas por avanços

---

<sup>5</sup> A questão em torno do exercício de um direito aborígine de autogoverno, e se está sujeito a Carta de Direitos e Liberdades, tem sido intensivamente debatida entre os acadêmicos. Não será trabalhado neste artigo. Para uma discussão recente, ver Grammond (2013, 428-438).

relativos àquela provisão têm confrontado sujeitos indígenas e estatais com a necessidade incontroversa de determinar o papel do direito indígena não-estatal no estabelecimento do direito dos aborígenes e dos tratados. Conforme muitos indígenas têm alegado, o direito indígena deveria ser a referência primária para a definição desses direitos e para sua regulação? Ou os direitos e tratados aborígenes são produtos do direito estatal refletindo a política estatal referente ao status e papel do povo indígena dentro da constituição canadense? Se algum crédito é dado ao reconhecimento e à aplicação do direito não-estatal indígena, quais temas relevantes devem ser regulados por esse direito?

Esse artigo objetiva promover uma análise crítica das respostas dadas a essas questões pela Suprema Corte do Canadá no tratamento das fontes jurídicas com respeito à seção 35 do Ato Constitucional de 1982. O presente texto também examina as respostas fornecidas pelos tratados assinados pela Coroa e alguns povos indígenas.

## **2. OS DIREITOS ABORÍGENES: A DIVISÃO DESIGUAL DE FUNÇÕES ENTRE O DIREITO ESTATAL E O DIREITO INDÍGENA.<sup>6</sup>**

A doutrina do common-law dos direitos aborígenes no Canadá reconhece que grupos indígenas contam com direitos únicos, definidos como “aborígene”, porque eles não são garantidos pelo Estado, mas derivam de sua utilização e ocupação anterior das terras ao tempo do contato e asserção da soberania da Coroa. Conforme a Suprema Corte colocou “a doutrina dos direitos aborígenes existe, e é reconhecida e ratificada pela seção 35(1), devido a um fato simples: quando os Europeus chegaram na América do Norte, os povos aborígenes já estavam aqui, vivendo em comunidades, e participando de culturas distintas, tal como eles tinham feito por séculos” (Van der Peet 1996, par. 30). A Suprema Corte caracterizou os direitos aborígenes como “pré-existentes” e declararam que “a propriedade aborígene é anterior à colonização pelos britânicos, e sobreviveu aos reclames britânicos de soberania” (Delgamuukw 1997, par. 114).<sup>7</sup> Assim, é reconhecido que esses tais direitos foram sedimentados antes da chegada do

---

<sup>6</sup> Para uma discussão antecipada das fontes do direito a respeito dos direitos aborígenes, ver Otis (1999).

<sup>7</sup> Isso foi recentemente reiterado em Tsilhqot'in (2014, par. 10). Ver também Roberts (1989, par. 340) e Guerin (1984, par. 376-379).

colonizador europeu. A Suprema Corte também afirma que a propriedade aborígene<sup>8</sup> sob a seção 35 (1) surge da ocupação anterior do território pelos povos indígenas e da “relação entre common-law e os sistemas jurídicos aborígenes pré-existentes” (Delgamuukw 1997, par. 114; 145).

Mas qual é exatamente a natureza dessa interação entre o direito do Estado e os ordenamentos indígenas não-estatais que a Suprema Corte invoca? Para alguns, a lógica determina que a declaração de que os direitos aborígenes são anteriores ao Estado também significa que o sistema jurídico indígena pré-colonial pode servir como fonte formal dos direitos aborígenes:

Para que isso existisse como um direito legal antes da Coroa adquirir a soberania, seria necessário que estivesse baseado em algum sistema jurídico, o qual deveria ser aborígene, como se nenhum outro direito existente no Norte da América antes da colonização europeia. [...] se isso se baseia nas leis e costumes aborígenes, deve-se esperar que seus conteúdos sejam definidos nos termos daquelas leis e costumes, os quais deveriam ser aprovados (McNeil 1997a, p.137; 141).<sup>9</sup>

Intelectuais se posicionaram no sentido de que há uma conexão entre o reconhecimento dos direitos aborígenes e o princípio prévio do direito imperial britânico articulado em *Campbell v. Hall* (1774), no qual a lei em vigor em alguns territórios integrados à Coroa – a *lex loci* – continua a ser aplicada (McNeil 1989, 179-192; Walters 1999a; Barsh 2004, 91). Esse argumento, normalmente referido como a doutrina da continuidade, supõe que o common law tem mantido o direito indígena pré-colonial em vigor dentro do regime canadense, em que pese esse sistema colonial possa ter evoluído com as mudanças nas sociedades indígenas por si só. (McNeil 1989, 179-192). Logo, as normas originadas dos regimes pré-estatais são necessárias e pontos suficientes de referência ao definirem a abrangência e escopo geográfico dos direitos aborígenes. Por exemplo, a tarefa de um tribunal que julgue uma reivindicação de terra indígena envolveria decidir se, à luz do direito indígena reconhecido pelo direito canadense, a parte indígena tem o direito de controlar a área da terra que está sendo reivindicada. Como resultado, as limitações aos direitos de propriedade de canadenses não indígenas podem se originar no próprio direito indígena.

---

<sup>8</sup> O título Aborígene é uma sub-categoria dos direitos aborígenes relacionados à propriedade e ao controle da terra: Van der Peet (1996, par. 33); Adams (1993, par. 25-29) e Delgamuukw 1997, par. 111.

<sup>9</sup> Ver também Flanagan (1998, 305307) e Lambert (1998, 259-263).

Certas passagens dos julgamentos da Suprema Corte parecem sugerir que, na verdade, o direito do Estado simplesmente mantém os direitos não-estatais indígenas em vigor apesar do advento da Coroa. Em Mitchell (2001), por exemplo, a Presidente da Corte McLachlin, escrevendo para a maioria, descreve os fundamentos dos direitos aborígenes no direito britânico colonial, conforme o seguinte:

O direito inglês, que ultimamente passou a governar os direitos aborígenes, aceitou que os povos aborígenes possuíam direitos e interesses pré-existent, e reconheceu a sua continuidade na ausência de extinção, por meio de cessão, conquista, ou legislação [...] Dessa forma, o estabelecimento europeu não colocou fim aos interesses dos povos indígenas decorrentes da sua ocupação histórica e o uso da terra. Pelo contrário, os interesses aborígenes e os direitos consuetudinários foram considerados como sobreviventes à afirmação da soberania, e foram inseridos no common law como direitos, a não ser que (1) incompatíveis com a autoridade soberana da Coroa, (2) voluntariamente controlados por meio do processo dos tratados, ou (3) extintos pelo governo... Salvo uma dessas exceções, as práticas, costumes e tradições que definem as diversas sociedades aborígenes com culturas distintas continuam como parte do direito do Canadá [...] (2001, par.9-10).

Posteriormente, no mesmo julgamento, a Presidente McLachlin faz referência à “doutrina da continuidade, que regeu a absorção das leis e costumes aborígenes pelo novo regime jurídico depois da asserção da soberania da Coroa na região” (Mitchell 2001, par. 62).

Existe uma evidente lacuna, contudo, entre essas asserções e o método invariavelmente utilizado pela Suprema Corte para definir os direitos aborígenes, incluindo Mitchell, citado aqui. Para que os sistemas jurídicos não-estatais indígenas realmente definam o conteúdo e pré-requisitos dos direitos aborígenes, a corte teria de se apegar, primeira e necessariamente, à confiança nesses sistemas, e qualquer referência que se faça a eles teria que ser explícita e precisa. A princípio, qualquer referência desse tipo também seria suficiente para resolver o problema enfrentado. Mas não é por aí que a Suprema Corte realmente atua. Não se concebe o ordenamento estatal como mero receptáculo passivo para os sistemas jurídicos indígenas externos. Na sua análise, o objeto dos direitos indígenas não é decidido com base nos direitos que existem no ordenamento jurídico indígena original, mas à luz do objetivo constitucional único de reconhecimento estatal dos direitos aborígenes, os quais, em Van der Peet, é definido conforme segue:

[...] os direitos aborígenes reconhecidos e ratificados pela s.35(1) são melhor entendidos como, primeiro, o meio pelo qual a Constituição

reconhece o fato de que antes da chegada dos europeus na América do Norte a terra já estava ocupada por significativas sociedades aborígenes, assim como, segundo o sentido pelo qual a ocupação prévia é conciliada com a ascensão da soberania da Coroa no território canadense. O conteúdo dos direitos aborígenes deve estar diretamente vinculado a esses dois propósitos [...] (1996, par. 43).

Assim, a Suprema Corte opta por descrever a legislação envolvendo os direitos aborígenes como “direito intersocial [que não é] nem Inglês, nem aborígine na origem” (Van der Peet 1996, par. 42). Mas essa caracterização da fonte jurídica dos direitos aborígenes não produziu uma forma de hibridismo jurídico resultante de uma combinação explícita e sistemática de princípios jurídicos indígenas e não-indígenas. Na verdade, um estudo de caso envolvendo direitos indígenas de extração (*harvesting*) e propriedade aborígine, demonstra que a Corte, até agora, definiu os direitos aborígenes sem qualquer esforço permanente para aplicar ou, até mesmo, seriamente, se referir a qualquer componente jurídico específico indígena (Flanagan 1998, 305-307, 318-322).

## 2.1. OS CASOS DE DIREITO DE EXTRAÇÃO

A Suprema Corte concebe os direitos aborígenes como uma forma de preservar “as características definidoras e estruturantes que distinguem as sociedades aborígenes” (Côte, 1996, 52). Como um pré-requisito para o reconhecimento de um direito, a Corte requer que a atividade em questão seja um elemento de uma prática, costume ou tradição que foi essencial para a distinção da cultura aborígine antes do contato com os europeus (Van der Peet 1996, par. 46-65). A Corte não faz tentativas para delimitar o que foi e o que remanesce “legal” na sociedade aborígine, mas, ao contrário, procura identificar os costumes, práticas e tradições de mais importância “que foram uma das coisas que verdadeiramente fizeram da sociedade o que ela era” (Van der Peet 1996, par. 55).<sup>10</sup>

Não é um grande salto supor que uma atividade ou conduta que expressa “o verdadeiro sentido aborígine” (Van der Peet 1996, par. 19) também corresponda a um “direito” ou “liberdade” no ordenamento jurídico indígena fundador. Se a

---

<sup>10</sup> Juristas têm criticado severamente a abordagem ultrapassada e essencialista da Suprema Corte. Ver, em particular, Borrows (1997), Barsh e Youngblood Henderson (1997), McNeil (1997b), Otis (1997) e Rotman (1997).

Suprema Corte estava procurando definir a substância do direito indígena com foco em aplicá-la ao sistema jurídico estatal, então os costumes, práticas e tradições constituiriam evidência indireta de um direito intrínseco no ordenamento jurídico indígena. Essa abordagem fundamentaria o posicionamento daqueles aos quais “um costume, tradição ou prática não é um direito por si só, mas apenas evidência de um direito para concretizar aquele costume, tradição ou prática” (Lambert 1998, 260).

Está claro, contudo, que não é esta a razão por detrás das decisões da Suprema Corte. Os juízes podem, por exemplo, considerar que uma atividade tenha sido meramente incidental para o estilo de vida no pré-contato da comunidade indígena, e essa descoberta sozinha bloquearia o reconhecimento de um direito aborígene para colaborar com essa atividade, sem considerar se havia tal “direito” na legislação indígena (Van der Peet 1996, par. 85-91).<sup>11</sup> Em análise final, é plenamente possível para uma conduta corresponder a um direito ou liberdade sob o direito consuetudinário indígena sem constituir um direito aborígene confirmado pelo direito do Estado.

Do ponto de vista da Suprema Corte, costumes, práticas e tradições são fundações potenciais de um direito aborígene contemporâneo “para envolver uma atividade particular” (Delgamuukw 1997, par. 138-139). Por exemplo, se uma comunidade hoje pode demonstrar que, no momento do contato europeu, seus antecessores caçavam por comida, com propósitos cerimoniais e sociais, ou para eventual permuta, o reconhecimento desse direito aborígene não permitirá o uso desses recursos para nenhum outro propósito, senão para a troca (Van der Peet 1996, par. 8492; Lax Kw’alaams 2011, par. 56-59). Se a Corte estivesse realmente preocupada em conferir efeito às regras jurídicas indígenas, não teria ignorado a possibilidade de que as várias maneiras as quais os recursos são alocados pelas sociedades pré-coloniais podem, na verdade, indicar um poder geral sobre os recursos sob o direito consuetudinário, ou em outras palavras, um direito aborígene de alocar o recurso livremente, conforme necessário a qualquer momento (Van der Peet 1996, par. 16-20). No mínimo, teria claramente aberto a porta para esse tipo de evidência. Teria reconhecido a necessidade de considerar se o direito

---

<sup>11</sup> Por exemplo, em Pamajewon (1996) a Corte declarou, no par. 28, que até mesmo a evidência que “demonstra que os Ojibwa apostavam, não demonstra que a aposta era de significância central para o povo Ojibwa”.

consuetudinário indígena impunha limites aos possíveis usos dos recursos, em vez de decretar tais limites.

Na verdade, ao considerar que as normas jurídicas tradicionais não são mais que elementos das práticas e tradições indígenas, a Suprema Corte as relega ao rol de meros fatos sociais exóticos (Delgamuukw 1997, par. 148; Morse and Woodman 1988, 10). Sua análise dos costumes, práticas e tradições não consideram os costumes indígenas como “direito consuetudinário”, mas como um fenômeno étnico, ou seja, comportamentos abrangidos pela esfera social, ao invés da esfera jurídica. A confusão de termos na expressão “costumes, práticas e tradições” que se tornou o fio condutor nos julgamentos, atesta claramente o sentido que deve ser assinalado a “costume” nesse contexto.

Em suma, embora a evidência das normas jurídicas tradicionais possa fornecer uma indicação da cultura pré-contato, essas normas não são *per se* a fonte de direitos e obrigações para os fins do direito estatal. Juízes as recebem como nada mais que características culturais a serem classificadas entre todos os outros costumes, práticas e tradições dos povos indígenas. Por outro lado, é inteiramente possível ignorar completamente o sistema jurídico indígena, como verificado no fato da Suprema Corte ter identificado os direitos aborígenes à pesca dos Musqueam (Sparrow 1990), Sto:lo (Van der Peet 1996), Heiltsuk (Gladstone 1996), Algonquin (C<sup>h</sup>ote 1996), Mohawk (Adams 1993) and Lax Kw’alaam (Lax Kw’alaams 2011) sem qualquer menção à possibilidade de interesse da pesca no sistema jurídico pré-existente dessas comunidades.

## 2.2. CASOS DE PROPRIEDADE ABORÍGENE

Casos jurídicos de escritura territorial aborígene – ou seja, de controle exclusivo sobre a terra como oposição ao direito limitado de extrair recursos das terras da Coroa – é outra ilustração eloquente da falta de conexão entre os direitos aborígenes e os sistemas jurídicos indígenas pré-existente. De fato, em Delgamuukw, a Suprema Corte rejeitou a noção de que o teor do título aborígene é ditado pelo direito indígena não-estatal (1997, par. 147-148). A Corte criou um regime aborígene escritural para qualquer reivindicação aborígene sobre a terra,

sem referência ao sistema consuetudinário específico da comunidade reclamante.<sup>12</sup> Assim, para todos os povos indígenas do país, o título de propriedade indígena sobre a terra se distingue por seu caráter coletivo, inalienável e exclusivo (Delgamuukw 1997, par. 113, 115-117; Tsilhqot'in 2014, par. 74), e pelo fato de que, embora um título indígena possa permitir usos não tradicionais da terra, ele não autoriza sua alocação de forma a impedir os usos tradicionais que definiram a relação entre o grupo e a terra em primeiro lugar. (Delgamuukw 1997, par. 118-132; Tsilhqot'in 2014, par. 15, 67, 75).

Para um título de propriedade aborígene prosperar, os reclamantes indígenas devem comprovar sua ocupação no momento que a Coroa ascendeu sua soberania. Essa ocupação deve ser suficiente, contínua e exclusiva (Delgamuukw 1997, par. 143-159; Tsilhqot'in 2014, par. 25; Marshall-Bernard 2005, par. 72-77). A mais alta Corte do Canadá expôs a noção de ocupação suficiente conforme o seguinte:

Para ocupar suficientemente a terra com propósito de propriedade, o grupo aborígene em questão deve demonstrar que tem atuado historicamente de uma forma que comunicasse a terceiros que mantinha a terra para seus próprios interesses... Deve haver evidências de uma forte presença sobre a terra pretendida, manifestando-se em atos de ocupação que poderiam ser razoavelmente interpretados como demonstração de que a terra em questão pertencia, era controlada, ou estava sob exclusiva gestão do grupo reivindicante” (Tsilhqot'in 2014, par. 38).

Na sua articulação dessas peculiaridades do título aborígene, a Corte Suprema não se baseou em qualquer fonte que tenha estabelecido os atributos e o teste para o título de propriedade sob as regras do regime pré-existente de qualquer comunidade indígena apresentada. Conforme um observador ressaltou, “somente se pode especular sobre até que ponto a percepção da Corte sobre o conteúdo dos sistemas pré-existentes de direito aborígene pode ter influenciado sua caracterização de título aborígene” (Flanagan 1998, 321). Reconhecidamente, quando o Presidente da Corte Lamer endereçou os limites inerentes ao título de propriedade aborígene – ou seja, a proibição de alienação e a preservação obrigatória dos usos tradicionais – ele não parece elaborar uma vaga inspiração

---

<sup>12</sup> O Professor Slattery acertadamente falou do título de propriedade como um direito genérico (1998, 71): “Um direito aborígene genérico é um direito pessoal padronizado que vincula a todos os grupos aborígenes que cumprem com certos critérios. Os contornos básicos de um direito genérico são determinados por princípios gerais do common law e do direito constitucional do Canadá, mais do que pelas práticas, costumes e tradições históricas aborígenes.”

daquilo que aparenta para ele ser uma concepção do relacionamento indígena com a terra.<sup>13</sup> Ele não pede, todavia, que seja dado efeito ao direito consuetudinário indígena. Pelo contrário, aparentemente sem medo de parecer paternalista, ele assume a prerrogativa de atribuir a todos os povos indígenas uma perspectiva tradicional ditando uma relação “não-econômica” com a terra, sem realmente considerar os preceitos legais dos grupos em relação ao caso em voga.<sup>14</sup>

O direito indígena não-estatal, portanto, não é uma verdadeira fonte de direitos aborígenes, mas pode ser usado como um dos elementos de uma aplicação culturalmente sensível à verificação do título de propriedade aborígine sob o direito estatal. Por exemplo, de acordo com a Suprema Corte, “o que é necessário é uma abordagem culturalmente sensível da suficiência da ocupação baseada na perspectiva dual do grupo aborígine em questão - suas leis, práticas, tamanho, habilidade tecnológica e a característica da terra pleiteada – e a noção de posse do common-law como fundamento para o título”. (Tsilhqot’in 2014, par. 41). O sistema jurídico indígena pré-existente é capaz de proporcionar uma visão privilegiada do ponto de vista indígena na aplicação das exigências do direito do Estado no que se refere à suficiência e exclusividade da ocupação.<sup>15</sup> Nesse contexto, contudo, o direito indígena é um fato histórico, não uma fonte formal de direito que governe o objeto e as condições de existência do título de propriedade aborígine, como poderia ser na teoria da continuidade.<sup>16</sup>

O papel limitado do direito indígena no regime de título de propriedade aborígine fica evidente nas razões dos juízes da Suprema Corte em Marshall/Bernard. Entre as questões perante a Corte estava se certas comunidades Mi'kmaq detinham títulos aborígenes sobre grandes partes das províncias de Nova Escócia e Nova Brunswick. O debate perante a Suprema Corte preocupou-se em

---

<sup>13</sup> O Professor Flanagan (1998, 318-321) corretamente destaca os paralelos existentes entre a justificação oferecida pelo juiz Lamer do limite inerente ao título aborígine e o entendimento que alguns juristas aborígenes têm dos regimes territoriais aborígenes pré-coloniais.

<sup>14</sup> A natureza paternalista e etnocêntrica daqueles “limites inerentes” ao título aborígine tem sido, justamente, denunciada por diversos analistas. McNeil (1998b), 11-13; Bartlett (1998, 386-388).

<sup>15</sup> Então, o juiz Lamer, em Delgamuukw (1997, par. 148), escreveu que: “se, na ocasião da soberania, uma sociedade aborígine tinha leis em relação à terra, aquelas leis seriam relevantes para estabelecer a ocupação das terras que são objeto das reclamações por títulos aborígenes. Leis relevantes devem incluir, mas não estão limitadas a um sistema de posses ou leis governando o uso da terra”.

<sup>16</sup> Parece ter sido admitido pelos adeptos dessa teoria que corretamente destacara que “enquanto a lei aborígine pode ser usada como evidência de ocupação exclusiva, o objeto do título aborígine não é determinado pelo direito” (McNeil 1998b, 289).

grande parte com as pré-condições para a existência do título aborígine e sua aplicação a povos tradicionalmente nômades ou seminômades. Escrevendo para os cinco juízes majoritários, a Presidente da Corte declarou que deve sempre existir um grau suficiente de semelhança entre as práticas pré-coloniais e a natureza do direito aborígine pleiteado sob o direito estatal – a qual a Corte se refere como sendo o “direito moderno”:

A corte deve examinar a prática aborígine pré-soberania e traduzir essa prática para o direito moderno. O processo inicia pelo exame da natureza e da extensão da prática aborígine pré-soberania em questão. Continua procurando um direito do common law correspondente. Dessa forma, o processo determina a natureza e a extensão do direito moderno e concilia as perspectivas aborígenes e europeias (Marshall-Bernard 2005, par. 51).

Em razão de que sob o direito estatal “moderno”, o título aborígine é um direito exclusivo de possuir a terra, assemelhando-se a esse respeito a um direito de propriedade do common law, o uso pré-colonial deve ter envolvido o controle exclusivo sobre a terra reivindicada. (Marshall-Bernard 2005, par. 517; Del-gamuukw 1997, par. 57). Da mesma forma, em *Tsilhqot’in Nation*, a Corte determinou que, de acordo com uma abordagem “culturalmente sensível”, o uso regular de territórios pelos grupos seminômades é uso “suficiente” para fundamentar o título aborígine “desde que tal uso evidencie, nos fatos de um caso particular, a intenção de parte do grupo aborígine de manter e possuir a terra de maneira comparável ao que seria necessário para estabelecer o título no common law” (2014, par. 42).

Em resumo, ao representar os direitos aborígenes como “pré-existentes”, a Suprema Corte lhes atribui uma legitimidade pré-estatal que é essencial para a dignidade e identidade indígena, mas o trabalho essencial de reconciliação das reivindicações dos povos indígenas com a melhor política canadense não é cumprido pela pré-existência do sistema jurídico indígena.

Mas enquanto o *sui generis* direito estatal é a fonte formal das regras que regem a substância e as condições prévias dos direitos indígenas, o direito indígena não estatal é a fonte das regras que determinam como os membros de um grupo indígena exercerão um direito indígena reconhecido pelo direito estatal.

### 2.3. DIREITOS ABORÍGENES, AUTORREGULAÇÃO E DIREITO INDÍGENA

A aceitação do sistema normativo indígena como a base para a organização

interna do exercício dos direitos aborígenes é o corolário do fato de que esses direitos são sustentados pelo próprio grupo. Realmente, de acordo como direito estatal, os direitos aborígenes somente podem ser mantidos por grupos (Sparrow 1990, 1112; Delgamuukw 1997, par. 115).<sup>17</sup> Então, recai sobre o grupo, enquanto mantenedor do direito, determinar as condições de seu exercício e gozo pelos seus membros individuais. A Suprema Corte se esforçou para destacar essas características dos direitos de grupo:

Uma dimensão adicional do título aborígene está no fato de que ele é mantido comunitariamente. O título aborígene não pode ser sustentado individualmente pelos sujeitos aborígenes; é um direito coletivo de propriedade mantido por todos os membros de uma nação aborígene. Decisões a respeito da terra são também tomadas pela comunidade. (Delgamuukw 1997, par. 115)<sup>18</sup>

A autonomia normativa comunitária em questão pode ser aqui chamada de “autorregulação” dos direitos aborígenes a fim de distingui-la do “autogoverno”, o qual seria um direito genérico de gerenciar casos internos da comunidade não limitado ao exercício de direitos aborígenes específicos.<sup>19</sup> Autorregulação, entretanto, abrange a inteira gama de decisões envolvendo ambos os aspectos institucionais da ação normativa e o conteúdo das regras de exercício do direito aborígene reconhecido pelo Estado.

Então, no caso de um direito aborígene de pesca para subsistência, recai sobre a exploração em grupo o direito de determinar, por meio de seu próprio processo, quando os recursos podem ser extraídos por seus membros, os métodos de extração a serem usados, as espécies que podem ser coletadas e o uso do recurso pela comunidade (Nikal 1996, par. 88-89, 104-106).<sup>20</sup> No caso do título

---

<sup>17</sup> Está claro do texto da seção 35 (1) do ato constitucional de 1982, que reconhece e afirma a existência de direitos dos povos aborígenes, que os direitos aborígenes são direitos de grupo”. Além disso, a Suprema Corte confirmou que os direitos de tratado de caça eram direitos coletivos: ver *Sundown* (1999) 1 SCR 393 (SCC) no par. 36. Sobre a natureza coletiva dos direitos aborígenes, ver *Saranchuk* (1997).

<sup>18</sup> Na Nação *Tsilhqot'in*, a Corte reiterou que o título dá ao grupo o direito de “controlar como a terra é usada”, no par.75.

<sup>19</sup> Até hoje, a Suprema Corte não regulou claramente que o direito genérico aborígene de autogoverno é reconhecido pela seção 35. Ver *McNeil* (2007), 129.

<sup>20</sup> Iguamente, em *Delgamuukw* (1997, par. 166, 168), a Suprema Corte declarou que o título aborígene incluía o direito de escolher quais usos da terra eram permitidos. Um autor deu diversos exemplos de situações coletivas com referência ao exercício do título aborígene: “para alocar o uso da terra para o qual o título aborígene amplia; para decidir as práticas de aproveitamento; para determinar quais recursos deveriam ser colhidos e por quem; para participar do processo de consulta que levaria à justificação por violação; para concordar com o valor da compensação por violação e

aborígene, o direito aborígene governa o acesso individual à terra ou ao recurso, a transmissão de interesses individuais dentro do grupo, e a eventual extinção desses interesses. A partir daí, os tribunais podem ser demandados a regular disputas dentro das comunidades e aplicar as regras a governar o exercício do direito aborígene instituído pelo direito indígena.

Nesse contexto de autorregulação indígena, o “direito indígena” deveria ser entendido como todas as normas produzidas por uma comunidade indígena específica, como um corpo normativo existente no interior do Estado, porém diferenciado deste. Não há exigência legal para continuidade substantiva entre as regras atualmente em vigor na comunidade e o regime jurídico indígena que pode ter existido em um passado distante. O processo normativo escolhido pode ser formalmente institucionalizado e privilegiar a forma escrita por meio da elaboração de códigos ou regulamentos, cuja linguagem pode ser mais ou menos complexa e técnica.

Então, dentro do contexto do regime de direitos aborígenes, o escopo do direito indígena de aplicação remanesce secundário porque ele apenas opera se o direito estatal tiver determinado que um direito aborígene existe, circunscrito seus incidentes e delineado seus limites geográficos. Em outras palavras, a dimensão intersocietária dos direitos indígenas é regida pelo direito estatal, enquanto os aspectos de tais direitos que são puramente internos à comunidade detentora dos mesmos, são governados pelas regras dessa comunidade. Essa divisão de trabalho entre direito indígena e direito não-indígena deixa os problemas mais sensíveis sobre questões distributivas para serem resolvidos pelas normas jurídicas do Estado. A definição de direitos aborígenes e de sua extensão geográfica resulta na alocação da terra, dos recursos e da autoridade normativa entre povos indígenas e da sociedade colonizadora. Além dos direitos aborígenes, a seção 35 reconhece e protege os direitos que os povos indígenas dispõem por tratados. Conforme explicado na parte dois, o papel do direito indígena não-estatal na definição e no exercício desses direitos é sujeito a limitações similares.

### **3. O RECONHECIMENTO DO DIREITO INDÍGENA NOS TRATADOS: DA**

---

justificação e para decidir sobre a entrega da terra, se esse fosse o desejo do povo”. Ver Lambert (1998, 268).

## AUTORREGULAÇÃO PARA O AUTOGOVERNO

Tratados são comumente descritos no Canadá como sendo “históricos” ou “modernos”. Tratados históricos são acordos solenes que foram feitos entre os séculos XIII e XIX pelos chefes indígenas e os representantes da Coroa para selar alguns dos aspectos básicos do relacionamento entre as autoridades coloniais e as tribos indígenas que se encontravam sob a asserção da soberania da Coroa. Tratados modernos são aqueles que têm sido negociados em seguida ao marco legal de 1973 em *Calder v. British Columbia* (1973), no qual a Suprema Corte decidiu que o título de propriedade aborígene sobreviveu ao common law na parte canadense não coberta pelos tratados históricos que tinham validamente extinguindo-os.

Embora os tratados tenham conquistado reconhecimento pelo Estado de que os povos indígenas constituem comunidades diferenciadas, nunca lhes foi concedido status internacional pelas autoridades canadenses, que se referem a eles como acordos domésticos *sui generis* (Sioui 1990). Eles são, portanto, pactos específicos orientados pelo direito estatal. Todavia, os tribunais devem levar em conta a perspectiva indígena ao regular a existência de um tratado e interpretar seus termos (Marshall 1999), a natureza jurídica desses tratados, assim como as características centrais dos direitos que deles emergem têm sido determinados pela Suprema Corte sem qualquer dependência sistemática nos ordenamentos jurídicos indígenas não-estatais. Assim, como os direitos aborígenes, os direitos dos tratados têm sido definidos pela Corte como direitos coletivos e inalienáveis, sem qualquer referência às regras jurídicas indígenas (Sundown 1999, par. 35-36).

### 3.1. TRATADOS HISTÓRICOS, AUTORREGULAÇÃO E DIREITO INDÍGENA

Os tratados históricos ainda estão em vigor e são reconhecidos como fonte de obrigações jurídicas para a Coroa sob o direito estatal.<sup>21</sup> Eles lidam essencialmente com a propriedade territorial e o uso dos recursos naturais. A maioria dos tratados estabelece a extinção dos títulos e direitos aborígenes em troca da garantia de uma pequena área de território exclusiva para os indígenas – a qual

---

<sup>21</sup> Para uma discussão geral ver Grammond (2013), 286-297.

seria chamada de reserva – e a proteção dos direitos de extração limitada nos seus territórios tradicionais.

A Suprema Corte declarou expressamente que os direitos dos tratados históricos são direitos de grupo<sup>22</sup>, nos quais somente indivíduos que são membros de um grupo ou nação signatária podem gozar desses direitos sob a autoridade do grupo.<sup>23</sup> Assim como os direitos aborígenes, portanto, esses direitos dão azo a autoridade coletiva da autorregulação indígena com respeito ao exercício dos direitos dos tratados pelos membros da comunidade. O direito indígena não-estatal pode ser mobilizado para esse propósito e a maioria das comunidades ainda aplica as normas consuetudinárias não escritas, as quais ainda não foram objeto de muito estudo pelos estudiosos do direito.

Assim como é o caso dos direitos aborígenes, a dimensão distributiva intersocietária de relações de propriedade e autoridade normativa é regida pelo direito estatal, considerando que a sua dimensão comunitária é regulamentada pelo direito indígena.

### 3.2. DIREITO INDÍGENA NO AUTOGOVERNO SOB OS TRATADOS MODERNOS

Desde a decisão *Calder*, seguida pelo advento da vigência do Ato Constitucional de 1982, diversos tratados foram concluídos entre autoridades estatais e os povos indígenas. Esses acordos, muito volumosos, técnicos e abrangentes, serviram tanto para resolver as reivindicações aborígenes sobre a terra, quanto para estabelecer, no interior da máquina estatal, autoridades indígenas autônomas, cuja existência e poderes são estabelecidos detalhadamente pelas partes. Os tratados são ratificados pelos estatutos federais e provinciais e gozam de proteção constitucional na seção 35 do ato constitucional de 1982. Conseqüentemente, a alocação dos direitos da terra e de recursos, assim como a distribuição de autoridade legislativa entre componentes indígenas e não-indígenas da sociedade canadense, são compreensivamente resolvidos pelos tratados e pela

---

<sup>22</sup> Ver especialmente *Sundown* (1999 par. 36). Isso não evita que esses direitos façam surgir interesses individuais que são suficientemente específicos para permitir uma motivação individual de ação, ver *Behn* (2013, par. 32-35).

<sup>23</sup> A Corte aponta que “os direitos do tratado não pertencem ao indivíduo, mas são exercidos pela autoridade da comunidade local”, *Marshall* (1999b), par. 17.

legislação que os implementa.

Embora eles possam ter idealizado implementar um direito indígena próprio para o autogoverno, cuja fonte é externa ao direito estatal, modernas instituições legislativas indígenas estabeleceram que os tratados operem conforme e sujeitos ao ordenamento constitucional canadense (Sga'nisim 2013).<sup>24</sup> Esses entes autogeridos também devem cumprir com a constituição escrita indígena, as quais são adotadas conforme poderes estabelecidos nos tratados. Eles contam com poderes legislativos, executivos e, em alguns casos, judiciais, definidos nos tratados com respeito ao alcance dos seus tópicos, que tipicamente incluem a gestão das terras indígenas, relações familiares, educação, cultura, idioma e saúde.

Os tratados também abordam a questão de em que medida a atuação dos governos indígenas modernos, dentro do enquadramento jurídico estatal, pode, a fim de gerenciar os acontecimentos internos de suas comunidades, reconhecer e aplicar como “lei” princípios ou normas originadas no sistema indígena tradicional ou consuetudinário. O reconhecimento formal do direito indígena não-estatal nos tratados modernos pode ser visto como vantajoso para um povo indígena, quando o recurso às instituições estatais modernas é considerado algo necessário ou eficaz de assegurar que a influência de sua tradição jurídica discreta seja sentida na governança atual. Mas também há desvantagens, sendo a mais conhecida o fato de que o reconhecimento do direito indígena não-estatal tipicamente se torna subordinado ao imperativo legal estatal prevalecente, e que as cortes não-indígenas irão fatalmente determinar o sentido do direito indígena não-estatal, embora tal direito seja mais frequente do que estranho para elas.

Por outro lado, o fracasso no reconhecimento do direito indígena não-estatal como fonte coercitiva do direito em um tratado, significa que esse direito continuará dependendo de seus próprios recursos e instituições endógenos para sobreviver e prosperar. Ele ficará exposto à persistente pressão das instituições centrais do Estado, mas também ao risco de tensão e conflito com o novo conjunto normativo estabelecido pelos entes indígenas formais criados de acordo com o tratado. A relação entre o direito derivado do tratado e o direito indígena não-estatal irá, em outras palavras, acrescentar um novo grau de complexidade para a gestão do pluralismo jurídico.

---

<sup>24</sup> Pedido de apelação negado pela Corte, [2013] CSCR. no. 144.

Os tratados modernos lidam com o papel do direito indígena não-estatal de diferentes maneiras, que vão desde a negação explícita de que o direito tradicional e costumeiro tem alguma força jurídica coercitiva, até um amplo reconhecimento do direito consuetudinário como direito dentro de um sistema de tratados.

Negação explícita do efeito vinculativo formal de um direito não-estatal é encontrado no Acordo Final Nisga'a, assinado pela Coroa e pelo povo Nisga'a de Colúmbia Britânica, o qual se tornou efetivo em 2000. Não há dúvida de que a reclamação dos Nisga'a sobre a terra, resolvida pelo tratado, foi baseada no título consuetudinário dos Nisga'a e que eles conduziram as negociações do tratado de uma forma inspirada e moldada pelo direito tradicional dos Nisga'a. Também é verdade que algumas provisões do tratado são fundamentadas por esse direito (Svensson 2002, 16-20). Entretanto, o tratado Nisga'a estabelece expressamente que o direito tradicional e costumeiro dos Nisga'a não está incluído na definição de "direito" para os fins do tratado.<sup>25</sup> Como resultado, o novo governo Nisga'a, criado pelo tratado, não será formalmente consolidado pelo direito costumeiro, que não tem aplicação direta no tocante aos assuntos que se submetem à jurisdição Nisga'a. Somente um estatuto Nisga'a adotado de acordo com o tratado e com a constituição Nisga'a terá força de lei para o povo Nisga'a para o propósito do tratado.

Por outro lado, a Constituição Nisga'a permite a consulta dos líderes tradicionais no processo legislativo, tornando então possível que os postulados consuetudinários influenciem a substância dos estatutos Nisga'a.<sup>26</sup> Além disso, a Constituição exige que os institutos de tratados Nisga'a respeitem "a autoridade de nosso *Ayuuk* e a janela de seus anciãos" (Nisga'a Constitution, s. 2(2)). Por conseguinte, o estatuto normativo Nisga'a pode ter a inspiração do direito tradicional Nisga'a, embora ainda seja verdade que esse direito não é diretamente aplicável como uma fonte formal de direitos e obrigações sob o tratado e, como consequência, o estatuto normativo Nisga'a oficialmente prevalecerá em um eventual conflito entre o direito indígena não-estatal e uma lei Nisga'a promulgada sob um tratado consolidado por uma corte.

---

<sup>25</sup> O acordo claramente declara que o termo "direito" (Law) não pode ser interpretado como incluindo os *Ayuukhl* Nisga'a ou *Ayuuk* que são direitos tradicionais e práticas Nisga'a. Ver, Nisga'a Final Agreement, p. 8. Também ver a Constituição da Nação Nisga'a, s. 62.

<sup>26</sup> Section 27; 32(2). Essas provisões estão em conformidade com o acordo, c. 11, art. 9 (1) que determina que a Constituição Nisga'a deve "dispor sobre o papel dos anciãos Nisga'a, *Simgigat* e *Sigidimhaanak* provendo guia e interpretação dos *Ayuuk* para o governo Nisga'a".

Entrevistas conduzidas pelo autor com líderes Nisga'a e com o conselho que participou das negociações do tratado, revelaram que o desejo claramente expresso de se manter o direito Nisga'a sob o tratado, separado do direito consuetudinário Nisga'a, não é apenas o resultado de um poderoso esforço entre tradicionalistas e modernistas, no qual o último triunfou (Maio de 2011). A abordagem de não reconhecimento foi uma opção deliberada feita pelos Nisga'a que queriam isolar seu direito tradicional e institutos da interferência direta das instituições estatais, incluindo juízes não-indígenas. Eles entenderam que manter esses ordenamentos jurídicos separados era a melhor maneira de honrar e sustentar sua distinta tradição jurídica. Conforme um líder afirmou "nossas tradições não estavam colocadas para negociação" (Edmond Wright citado em Svensson 2002, 17). Os Nisga'a se sentiram confiantes de que seu direito consuetudinário pode se adaptar ao novo ambiente jurídico e, em contrapartida, o estatuto jurídico Nisga'a pode ser moldado de forma a minimizar conflitos com os costumes. Eles estão preparados para arriscar possíveis conflitos com o direito decorrente dos tratados institucionais e o direito estatal em geral, e entendem que esse risco não deveria, no todo, comprometer o seu direito tradicional.

Os Nisga'a, portanto, fizeram uma declaração muito forte em favor do pluralismo jurídico ao criar um enquadramento que permite um constante diálogo entre as instituições modernas e tradicionais. Eles decidiram que caberia aos Nisga'a reconciliarem, de sua própria maneira, o seu direito indígena não estatal com aquele eleito pelas instituições modernas. Em outras palavras, eles veem a gestão própria do pluralismo jurídico com uma responsabilidade Nisga'a.

Em outros tratados modernos, ao direito indígena não-estatal é concedido um papel limitado como uma fonte direta do direito na nova estrutura de governo, de forma que, para quase todos os propósitos, os indígenas signatários desses tratados enfrentarão os mesmos desafios que os Nisga'a na gestão de seu pluralismo jurídico. Quando esses tratados reconhecem a aplicação direta do direito consuetudinário, é geralmente no tocante a assuntos específicos. Por exemplo, a maioria dos tratados estabelecem que os indivíduos adotados sob o direito consuetudinário são elegíveis para alistamento sob o Acordo<sup>27</sup> e que esse direito

---

<sup>27</sup> O Acordo final entre Maa-nulth e as First Nations, s. 26.1.1; O Acordo final entre Tsawwassen e First Nation, c. 21 s. 2.c; O Acordo final entre Yale e First Nation, s. 25.1.1 d; Acordo final de Lheidli

consuetudinário deve ser considerado em todos os procedimentos judiciais onde a custódia de uma criança dos assinantes do *First Nation* estiver em disputa.<sup>28</sup> O Acordo Tsawwassen também permite a consideração do direito consuetudinário nas disputas judiciais sobre questões de herança (x.14 s.7), enquanto o Acordo Tlicho o faz para promulgação pela *First Nation* da legislação que prevê a imposição de “sanções consistentes com [sua] cultura e costumes” (s.7.4.6(c)). Além disso, o Acordo Tlicho determina que os costumes Tlicho devem ser considerados tanto pelas cortes estatais no cumprimento, quanto pelos governantes Tlicho na acusação pelas violações do direito Tlicho (s.6.3-7.6.4).

O direito consuetudinário também é conhecido como uma ferramenta interpretativa ou guia normativo por algumas constituições da *First Nations*. Por exemplo, as tradições jurídicas de Tlicho e Tsawwassen podem geralmente atuar como um guia na vida constitucional da *First Nation* enquanto sua tradição oral é usada para interpretar, de sua perspectiva, a constituição (Tlicho Constitution, s.18.1; Tsawwassen Constitution, s. 1.4). Aliás, duas das constituições Maa-nulth das *First Nations* criaram um corpo consultivo por meio do qual autoridades tradicionais podem assessorar a legislatura da *First Nation* (Huu-Ay-Aht First Nations Constitution, s. 2.15-2.17; Kyoquot-Checlesaht First Nations Constitution, s. 2.12-2.16).

Entretanto, sob esses tratados, se um conflito claramente ocorre entre o direito não-estatal indígena e uma lei aprovada sob o tratado, e um juiz é chamado para resolver a questão, o direito não-estatal terá que se render. A comunidade terá, então, que evitar esse tipo de conflito ou lidar com as consequências internamente, de modo a minimizar esse efeito disruptivo na integridade do sistema indígena não-estatal.

O tratado que aparentemente proporciona o reconhecimento mais abrangente do direito consuetudinário indígena é o Acordo *Labrador Inuit* que entrou em vigor em 2005 (s.17.3.4(e)). O acordo permite aos Nunatsiavut, o novo governo dos Inuit de Labrador, aplicarem o direito consuetudinário Inuit, sujeitos aos termos

---

T'enneh, c. 3 s. 2.b; O Acordo final de Tla'amin, c. 22 s. 1 c, o Acordo das reclamações de terra dos Tlicho e autogoverno, s. 1.1.1, s.v. “Tlicho First Nation”, “Tlicho” e “possíveis eleitores”.

<sup>28</sup> O Acordo final entre Maa-nulth e as First Nations, s. 13.17.1; O Acordo final entre Tsawwassen e First Nation, c. 16 s. 67; O Acordo final entre Yale e First Nation, s. 3.15.1; O Acordo final de Lheidli T'enneh, c. 17 s. 61; O Acordo final de Tla'amin, c. 15 s. 71, o Acordo das reclamações de terra dos Tlicho e autogoverno, s. 7.6.2.

do tratado. Na verdade, o acordo declara que a constituição Inuit pode prever “o reconhecimento do direito consuetudinário dos Inuit e a aplicação do direito consuetudinário para os Inuit no tocante a qualquer assunto dentro da jurisdição e autoridade do Governo Nunatsiavut”.<sup>29</sup> Todavia, a questão que surge, é se esse é um verdadeiro reconhecimento do direito consuetudinário, dada a exigência do Acordo de que “qualquer reconhecimento ou aplicação do direito consuetudinário Inuit deve ser proclamado, publicado e registrado de acordo com a parte 17.5” (s. 17.3.4(e)), a qual, em compensação, determina que o governo Nunatsiavut deve manter “um registro público da constituição Labrador Inuit, leis Inuit, incluindo as leis consuetudinárias Inuit” (s. 17.5.1 a)).

Uma primeira interpretação potencial das provisões desses tratados seria literal e formalista, de acordo com a qual os Inuit Labrador teriam que escrever, proclamar, publicar e registrar toda regra de direito consuetudinário que eles desejassem que fosse reconhecida e aplicada. Por conseguinte, esse direito somente poderia ser aplicado quando escrito, proclamado, publicado e registrado. Em outras palavras, os costumes seriam exaustivamente capturados no texto oficialmente registrado para todas as pretensões e propósitos, e qualquer mudança somente poderia ser reconhecida e aplicada se também fosse escrita, proclamada, publicada e registrada. Isso equivaleria a uma transformação do direito consuetudinário Inuit em algo que funcionalmente seria muito similar a legislação. Essa codificação evitaria a evolução fluída das normas que são da natureza do direito consuetudinário, o qual é normalmente descrito como sendo não escrito e de natureza flexível (Ubink 2011, 134). Um autor acertadamente destaca o risco de “a codificação destruir uma das qualidades mais importantes desse direito: a sua abertura para acomodar soluções conciliatórias aos problemas, em vez de permitir que o direito triunfe sobre as partes” (Hinz 2012, 90).

Consequentemente, é preferível adotar uma interpretação pluralista e teleológica do tratado de acordo com a qual o governo Labrador Inuit simplesmente precisa providenciar, como tem feito, o reconhecimento e aplicação do direito

---

<sup>29</sup> Seção 17.3.4 estipula que: “A constituição Labrador Inuit pode dispor sobre os seguintes assuntos: (...) e) o reconhecimento do direito consuetudinário Inuit para os Inuit com respeito a qualquer matéria nos limites da jurisdição e da autoridade do Governo Nunatsiavut conforme estabelecido no Acordo, com a condição de que qualquer aplicação ou reconhecimento do direito consuetudinário Inuit deve ser proclamado, publicado e registrado de acordo com a parte 17.5.”

consuetudinário Inuit na sua Constituição. Sendo o direito consuetudinário incorporado na Constituição, que foi proclamada, publicada e registrada de acordo com a parte 17.5, pode-se concluir que as normas consuetudinárias foram devidamente proclamadas, publicadas e registradas. Em outras palavras, a exigência do tratado de que “qualquer reconhecimento e aplicação” deveria ser proclamada, publicada e registrada pode ser entendida no sentido de que o acordo não impõe um modo ou forma específica de reconhecimento e aplicação do direito consuetudinário, desde que a aplicação das normas consuetudinárias seja de uma forma ou de outra publicada no registro fornecido pela seção 17.5 do tratado. O governo Labrador Inuit seria então livre para escolher como reconhecerá e aplicará o direito consuetudinário.

Há quem alegue que as palavras “qualquer reconhecimento ou aplicação” seria melhor entendida no sentido de que casos específicos de reconhecimento e aplicação do direito consuetudinário deveriam ser proclamados, publicados e registrados. Todavia, essa interpretação deve ser descartada na medida em que levaria a obrigações tão onerosas que se tornariam absurdas. Por exemplo, resultaria nos Labrador Inuit tendo que proclamar, publicar e registrar todo contrato ou acordo no qual a aplicação do direito consuetudinário pudesse ser encontrada. Isso também significaria que o direito consuetudinário estaria sujeito a um padrão maior de publicidade do que o direito estatal, visto que nem todos os casos de reconhecimento ou aplicação do direito têm que ser proclamados, publicados ou registrados.

A Constituição adotada pelos Labrador Inuit, seguindo a ratificação do seu tratado, é premissa da interpretação teleológica e pluralista do tratado. A constituição Labrador Inuit reconhece que o governo Nunatsiavut tem o critério de escolha de como reconhecerá o direito consuetudinário. Consequentemente, o órgão legislativo Labrador Inuit, a Assembleia Nunatsiavut, tem o poder, mais do que a obrigação, de codificar o direito consuetudinário.<sup>30</sup> Ademais, a seção 9.1.6 da Constituição dispõe sobre o reconhecimento judicial do direito consuetudinário. Em casos apresentados perante as autoridades administrativas ou judiciais, “a

---

<sup>30</sup> A Constituição Labrador Inuit, seção 9.1.5: “A Assembleia Nunatsiavut pode criar leis para a codificação do direito consuetudinário dos Labrador Inuit e pode dar reconhecimento, força legal e efeito a um código de direito costumeiro dos Labrador Inuit.”

existência e conteúdo de qualquer direito consuetudinário Labrador Inuit pode ser estabelecido” ou “com referência ao código”, se o direito consuetudinário tiver sido codificado, ou “como uma questão de fato”.<sup>31</sup> A força jurídica do direito consuetudinário pode então ser reconhecida em procedimentos judiciais mesmo na ausência de codificação.

Em verdade, a Constituição Labrador Inuit expressamente declara que:

9.1.2 O direito consuetudinário Labrador Inuit é o direito subjacente dos Labrador Inuit e dos Nunatsiavut para todos os assuntos no âmbito da jurisdição ou da autoridade da Assembleia Nunatsiavut.

O direito consuetudinário então se aplica aos Inuit na falta de um estatuto concernente a uma dada situação. A Constituição também determina que o direito consuetudinário coexiste com qualquer lei Inuit sobre o mesmo assunto e que o direito consuetudinário prevalece sobre a lei em caso de conflito, ao menos que a legislação Inuit tenha expressamente previsto o contrário.<sup>32</sup> Somente a Carta de Direitos e Responsabilidades Inuit torna inefetiva uma regra costumeira que seja inconsistente com seus termos (Constituição Labrador Inuit, s. 2.2.3). Essa carta expressa uma interpretação Inuit distinta do equilíbrio a ser atingido entre direitos individuais e interesses coletivos Inuit.

O tratado Labrador Inuit é, portanto, um dos exemplos mais marcantes da intenção de se reconhecer o direito indígena não-estatal como direito nos limites da organização do Estado moderno no Canadá. Os Labrador Inuit, ao contrário dos Nisga'a, estão preparados para permitir que os juízes não-indígenas determinem o conteúdo do seu direito consuetudinário. Eles parecem pensar que esse é um preço que vale a pena ser pago para assegurar o suporte integral das instituições estatais na implementação de seu singular sistema jurídico indígena.

---

<sup>31</sup> Seção 9.1.6 da Constituição Labrador Inuit dispõe que: “O direito consuetudinário Labrador Inuit pode ser reconhecido por qualquer autoridade judicial ou administrativa e em qualquer procedimento e conteúdo de qualquer direito consuetudinário Labrador Inuit que estabelece que: (a) se o direito consuetudinário Labrador Inuit tem sido codificado sob a seção 9.1.5, com referência ao código; ou (b) como uma questão de fato em relação a temas específicos ou em questão no procedimento.

<sup>32</sup> Seção 9.1.4 da Constituição Labrador Inuit dispõe que: “Se um direito consuetudinário Labrador Inuit se aplica a um assunto para o qual uma lei Inuit tenha sido feita: (a) ambos os direitos possuem igual eficácia no limite que um não conflite com o outro; e (b) o direito consuetudinário Labrador Inuit prevalecerá na extensão de qualquer conflito com uma lei Inuit, ao menos que a lei Inuit expressamente venha a extinguir, reposicionar ou modificar o direito consuetudinário Labrador Inuit.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A esperança de muitos povos indígenas de que a seção 35 do Ato Constitucional de 1982 forneceria a base para um extenso reconhecimento constitucional do direito indígena não-estatal não foi completamente atendida. Com relação aos direitos aborígenes, o direito indígena atua em papel secundário na medida em que governa apenas o exercício intra-comunidade desses direitos, cuja função distributiva intersocial é controlada pelo direito estatal. A Corte Suprema, como uma instituição do Estado tentando gerir o pluralismo jurídico, não tem considerado aceitável deixar para o direito indígena não-estatal a resolução de questões distributivas que são fundamentais para as ordens política e econômica apresentadas como um resultado da asserção da soberania da Coroa sobre os povos indígenas e suas terras. Um certo nível de pluralismo jurídico é aceitável pelo Estado, mas não um que poderia ser visto como uma ameaça à herança chave do colonialismo, ou seja, o controle final do Estado sobre a terra e o povo.

O quadro não é muito diferente no que se refere aos direitos de tratado. Tanto os tratados históricos como os modernos falharam em dar à legislação indígena não-estatal um papel significativo na solução de questões pertinentes a alocação de recursos e autoridade entre segmentos indígenas e não indígenas da política canadense. Por outro lado, assim como no caso dos direitos aborígenes, o exercício comunitário dos direitos derivados dos tratados históricos é autorregulado pelo direito indígena não-estatal. Sob os tratados modernos, todavia, o direito indígena não-estatal não é reconhecido sistematicamente como uma importante fonte do direito para fins de autogoverno indígena. Alguns povos indígenas, como os Inuit de Labrador, veem os tratados modernos como uma oportunidade de assegurar o reconhecimento constitucional de suas discretas tradições jurídicas, mas outros, como os Nisga'a, pensam que podem fazê-lo sem esse reconhecimento, desde que garantam um substancial autogoverno moderno por meio do tratado. Eles deixam o diálogo entre direito moderno e direito consuetudinário para processos informais e pensam que o risco do não reconhecimento não é maior que a desvantagem inerente ao reconhecimento, ou seja, a possibilidade de perder o controle sobre os direitos tradicionais indígenas para juízes não-indígenas e burocratas.

É, portanto, evidente que o principal impacto da seção 35 do Ato

Constitucional 35 de 1982 no pluralismo jurídico no Canadá, até o momento, tem sido a criação de um novo espaço constitucional para se pensar o relacionamento entre o direito indígena não-estatal e o direito do Estado. A interpretação e aplicação da seção 35 não alterou fundamentalmente a tradicional falta de vontade estatal de deixar o direito indígena não-estatal governar os assuntos considerados essenciais para a reconciliação dos povos indígenas pré-existentes com a soberania da Coroa. Pode-se afirmar, contudo, que a seção 35 tem ao menos conduzido para um grau sem precedentes de reconhecimento constitucional do direito indígena para fins de autorregulação e autogoverno indígena.

As negociações dos tratados modernos proporcionam um fórum legítimo para um diálogo entre o Estado e os povos indígenas sobre se, e como, poderiam ser coordenados o direito indígena não-estatal e o direito do Estado. Esse novo diálogo aponta para uma melhor maneira de enfrentar o que é uma das principais questões práticas do pluralismo jurídico em relação aos povos indígenas no Canadá.

## 5. REFERÊNCIAS

BALDASSI, C. 2006. "The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada: Comparisons, Contrasts and Convergences." *U.B.C. Law Review* 39: 63-99.

BARSH, R.L. 2004. "Indigenous Rights and the Lex Loci in British Imperial Law." In. *Advancing Aboriginal Claims: Visions, Strategies, Directions*, edited by K. Wilkins, 91-126. Saskatoon: Purich Publishing.

BARSH, R.L. and HENDERSON, J.Y. 1997. "The Supreme Court's Van der Peet Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand." *McGill Law Review* 42: 993-1010.

BARTLETT, R.H. 1998. "The Content of Aboriginal Title and Equality before the Law." *Saskatchewan Law Review* 61: 377-392.

BORROWS, J. 1997. "The Trickster: Integral to a Distinctive Culture." *Forum constitutionnel* 8: 27-32.

BORROWS, J. 2010. *Canada's Indigenous Constitution*. Toronto: University of Toronto.

BEHN c. MOULTON CONTRACTING LTD. 2013. 3 CNLR 125.

CALDER v. BRITISH COLUMBIA. 1973. SCR 313.

CAMPBELL v. HALL. 1774. 1 Cowp. 204, 98 ER 848.

CONSTITUIÇÃO DA NAÇÃO NISGA'A:

[http://nisgaalisims.ca/files/nlg/The\\_Constitution\\_of\\_the\\_Nisga\\_a\\_Nation\\_\\_October\\_1998\\_.pdf](http://nisgaalisims.ca/files/nlg/The_Constitution_of_the_Nisga_a_Nation__October_1998_.pdf)

CÔTÉ v. THE QUEEN. 1996. 3 SCR 139.

DELGAMUUKW V BRITISH COLUMBIA. 1997. 3 SCR 1010.

FLANAGAN, W. 1998. "Piercing the Veil of Real Property Law: Delgamuukw v. British Columbia." *Queens Law Journal* 24: 279326.

GLADSTONE v. THE QUEEN. 1996. 2 SCR 723.

GRAMMOND, S. 2013. *Terms of Coexistence, Indigenous Peoples and Canadian Law*. Toronto: Carswell.

GUERIN c. THE QUEEN. 1984. 2 SCR 335.

HINZ, M.O. 2012. "The Ascertainment of Customary Law: What is Ascertainment of Customary Law and What is it for? The Experience of the Customary Law Ascertainment Project in Namibia." *Onati Socio-Legal Series* 2 (7): 85-105.

HOUSE OF SGA'NISIM v. CANADA. 2013. 2 CNLR 226.

CONSTITUIÇÃO HUU-AY-AHT FIRST NATIONS. 2007:

[http://www.maanulth.ca/downloads/Constitution\\_Huu-ay-aht.pdf](http://www.maanulth.ca/downloads/Constitution_Huu-ay-aht.pdf)

CONSTITUIÇÃO KYUOQUOT-CHECLESHT FIRST NATIONS:

[http://www.maanulth.ca/about\\_fn\\_kyuquot\\_checlesaht.asp](http://www.maanulth.ca/about_fn_kyuquot_checlesaht.asp)

CONSTITUIÇÃO LABRADOR INUIT:

[http://www.google.ca/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CDAQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.nunatsiavut.com%2Fwpccontent%2Fuploads%2F2014%2F03%2FIL%25202005-02%2520-2520E.pdf&ei=5RLmU8edC8\\_isATOxIgoBQ&usg=AFQjCNFN0v5wmpBpTurOL4teu pjElro3rw&sig2=C3wAqnYBw2B4upuakrzcMA&bvm=bv.72676100,d.cWc](http://www.google.ca/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CDAQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.nunatsiavut.com%2Fwpccontent%2Fuploads%2F2014%2F03%2FIL%25202005-02%2520-2520E.pdf&ei=5RLmU8edC8_isATOxIgoBQ&usg=AFQjCNFN0v5wmpBpTurOL4teu pjElro3rw&sig2=C3wAqnYBw2B4upuakrzcMA&bvm=bv.72676100,d.cWc)

LABRADOR INUIT LAND CLAIMS AGREEMENT. Aboriginal Affairs and Northern Development Canada.

<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1293647179208/1293647660333> (entrada em vigor: 01 de dezembro de 2005, Labrador Inuit Land Claims Agreement Act, S.C. 2005, c. 27).

LACASSE, J.-P. 2004. *Les Innus et le territoire (The Land of the Innu)*. Quebec: Septentrion.

LAMBERT, D. 1998. "Van Der Peet and Delgamuukw: Ten Unresolved Issues." *University of British Columbia Law Review* 32: 249-270.

LARCOM, S. 2014. "Problematic Legal Pluralism: Causes and Some Potential

'Cures'." *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1: 193-217.

LAX KW'ALAAMS c. CANADA. 2011. 2 SCR.

LHEIDLI T'ENNEH FINAL AGREEMENT. 29 de Outubro de 2006. Aboriginal Affairs and Northern Development Canada. [http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-BC/STAGING/texte-text/lnd\\_1100100022560\\_eng.pdf](http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-BC/STAGING/texte-text/lnd_1100100022560_eng.pdf)

MAA-NULTH FIRST NATIONS FINAL AGREEMENT. April 9, 2009. Aboriginal Affairs and Northern Development Canada:  
[http://www.maanulth.ca/the\\_treaty\\_final\\_agreement.asp](http://www.maanulth.ca/the_treaty_final_agreement.asp) (entrada em vigor em 01 de abril de 2011, Maanulth First Nations Final Agreement Act, S.C. 2009, c. 18).

MCNEIL, K. 1989. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press.

MCNEIL, K. 1997a. "The Meaning of Aboriginal Title." In. *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality and Respect for Difference*, editado por ASCH, M., 135-154. Vancouver: UBC Press.

MCNEIL, K. 1997b. "Reduction by Definition: The Supreme Court's Treatment of Aboriginal Rights in 1996." *Canada Watch* 5: 60-61.

MCNEIL, K. 1998b. "Aboriginal Rights in Canada: From Title to Land to Territorial Sovereignty." *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 5: 253-298.

MCNEIL, K. 2007. "Judicial Approaches to Self-Government Since Calder: Searching for Doctrinal Coherence." In *Let Right be Done*, editado por H. Foster, J. Webber, and H. Raven, 129-154. Vancouver: UBC Press.

MITCHELL v. M.N.R. 2001. 1 SCR 911

MORSE, B.W., and G.R. Woodman. 1988. *Indigenous Law and the State*. Dordrecht: Foris Publications.

NIKAL v. THE QUEEN. 1996. 1 SCR 1013.

NISGA'A FINAL AGREEMENT. 27 de abril de 1999. Aboriginal Affairs and Northern Development Canada. <http://www.nnkn.ca/files/u28/nis-eng.pdf> (entrada em vigor em 11 de maio de 2000, Nisga'a Final Agreement Act, S.C. 2000, c. 7).

OTIS, G. 1997. "Opposing Aboriginality to Modernity: The Doctrine of Aboriginal Rights in Canada." *British Journal of Canadian Studies* 12: 182-194.

OTIS, G. 1999. "Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones." (The Sources of Aboriginal Rights) *Cahiers de droit* 40: 591-620.

OTIS, G. 2009. "La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les traités d'autonomie gouvernementale au Canada." (The Role of Indigenous Legal Cultures and Languages in Self-Government Agreements in Canada) *McGill Law Journal* 54 (1): 237-256.

PAMAJEWON v. THE QUEEN. 1996. 2 SCR 821.

R. c. ADAMS. 1993. 3 CNLR 98 (QC CA).

ROBERTS v. CANADA. 1989. 1 SCR 322.

ROTMAN, L.I. 1997. "Hunting for Answers in a Strange Kettle of Fish: Unilateralism, Paternalism and Fiduciary Rhetoric in Badger and Van der Peet." *Forum constitutionnel* 8: 40-45.

R. v. MARSHALL. 1999a. 3 SCR 456.

R. v. MARSHALL. 1999b. 3 SCR 533.

R. v. MARSHALL; R. v. BERNARD. 2005. 2 SCR 220.

R. v. SIOUI. 1990. 1 SCR 1025.

SARANCHUK, A. 1997. "Aboriginal and Treaty Rights: Collective or Individual Rights?" Master thesis, Université Laval.

SLATTERY, B. 1998. "Varieties of Aboriginal Rights." *Canada Watch* 6: 71-73.

SPARROW v. THE QUEEN. 1990. 1 SCR 1075.

SUNDOWN v. THE QUEEN. 1999. 1 SCR 393.

SVENSSON, T.G. 2002. "Indigenous Rights and Customary Law Discourse, Comparing the Nisga'a and the Sami." *Journal of Legal Pluralism* 34 (47): 135.

TLA'AMIN FINAL AGREEMENT. Aboriginal Relations and Reconciliation, British Columbia Government:

[http://www.gov.bc.ca/arr/firstnation/sliammon/down/tliammon\\_final\\_agreement\\_2011.pdf](http://www.gov.bc.ca/arr/firstnation/sliammon/down/tliammon_final_agreement_2011.pdf) (entrada em vigor: Tla'amin Final Agreement Act, SBC 2013, c 2).

TLICHO LAND CLAIMS AND SELF-GOVERNMENT AGREEMENT. 25 de Agosto de 2003. Aboriginal Affairs and Northern Development Canada:

[https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/ccl\\_fagr\\_nwts\\_tliagr\\_tliagr\\_1302089608774\\_eng.pdf](https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/ccl_fagr_nwts_tliagr_tliagr_1302089608774_eng.pdf)

(entrada em vigor em 4 de Agosto de 2005, Tlicho Land Claims and Self-Government Act, S.C. 2005, c. 1).

TSAWWASSEN FIRST NATION FINAL AGREEMENT. Aboriginal Affairs and Northern Development Canada:

[http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-BC/STAGING/texte-text/tfnfa\\_1100100022707\\_eng.pdf](http://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-BC/STAGING/texte-text/tfnfa_1100100022707_eng.pdf)

(entrada em vigor em 03 de abril de 2009, Tsawwassen First Nation Final Agreement Act, S.C. 2008, c. 32).

TSILHQOT'IN NATION v. BRITISH COLUMBIA. 2014. SCC 44.

UBINK, J. 2011. "Stating the Customary: An Innovative Approach to the Locally Legitimate Recording of Customary Law in Namibia." In *Customary Justice: Perspectives on Legal Empowerment*, editado por UBINK, J. 131150. Leiden: International Development Law Organization.

VANDERLINDEN, J. 2009. "Les pluralismes juridiques." 'Legal Pluralism' In *Anthropologies et droits, état des savoirs et orientations contemporaines*, (Legal Anthropologies and Laws : State of Knowledge and Current Approaches) edited by E. Rude-Antoine and G. Chretien-Vernicos, 25-76. Paris: Dalloz.

VAN DER PEET v. THE QUEEN. 1996. 2 SCR 507.

WALTERS, M.D. 1999. "The 'Golden Thread' of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982." *McGill Legal Journal* 44: 711-752.

YALE FIRST NATION FINAL AGREEMENT. 2012. Aboriginal Affairs and Northern Development Canada:  
[https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ-LDC/STAGING/texte-text/yfn\\_1336657047593\\_eng.pdf](https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ-LDC/STAGING/texte-text/yfn_1336657047593_eng.pdf) (entrada em vigor: Yale First Nation Final Agreement Act, S.C. 2013, c. 25).

Recebido em 05/04/2022

Aprovado em 27/04/2022

Received in 04/05/2022

Approved in 04/27/2022