

DA ESCOLA DE SALAMANCA AO LIMIAR DO SÉCULO 21 – A DIFÍCIL MISSÃO DE PROTEGER OS DIREITOS INDÍGENAS

FROM SCHOOL OF SALAMANCA UNTIL THE BEGINNING OF 21 CENTURY – THE DIFFICULT
MISSION OF PROTECTING INDIGENOUS RIGHTS

*Ygor Pierry Piemonte Ditão**

*Karen Marcello***

Resumo:

O presente trabalho revisita as lições da Escola de Salamanca com destaque a Francisco de Vitória, Fernando Vázquez de Menchaca e Domingo de Soto, bem como as contribuições contemporâneas do Direito Internacional na proteção dos Direitos Indígenas e, ao final, analisa as posições adotadas pela Jurisdição Internacional sobre o assunto para, então, levantar a defesa pela aplicação genuína da autodeterminação dos povos e não a maneira mitigada hoje aplicada.

Palavras-chave: Direito Internacional. Minorias. Indígenas. Autodeterminação dos Povos.

Abstract:

The present paper revisits the lessons from School of Salamanca highlighting Francisco de Vitória, Fernando Vázquez de Menchaca and Domingo de Soto as well as the contemporary contributions of International Law for the protection of Indigenous Rights and also it analyzes the positions adopted by the International Jurisdiction related to the topic to, then, defend the genuine application of the right to self-determination of peoples and not in the mitigated way applied nowadays.

Keywords: International Law. Minorities. Indigenous People. Self-determination of Peoples.

1. Introdução

Após alguns anos de debates no Grupo de Pesquisa de Proteção Internacional às Minorias da Universidade de São Paulo (GEPIM/USP), além das difíceis discussões sobre a proteção de minorias e grupos vulneráveis, tem-se buscado, com árduo labor,

* Mestre em Ciências pela Universidade de São Paulo (USP), pelo Programa de Integração da América Latina (PROLAM), Membro do grupo de pesquisa sobre proteção internacional de minorias (GEPIM) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil.

** Mestranda em Ciências pela Universidade de São Paulo (USP) pelo Programa de Integração da América Latina (PROLAM), pós-graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, Membro do grupo de pesquisa sobre proteção internacional de minorias (GEPIM) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

encontrar meios eficazes de proteção também a um histórico e desvalido grupo humano desde muito perseguido: os Indígenas.

Pautada nessa missão, o presente trabalho, mediante revisitação bibliográfica e colheita de material jurisprudencial das Cortes Internacionais, buscou analisar se as medidas atuais de proteção Internacional aos Direitos Indígenas mostram-se eficazes ou não.

Para tanto, iniciou-se o trabalho com a revisitação da célebre e notável Escola de Salamanca que, com destaque a nomes como Francisco de Vitória, Fernando Vázquez de Menchaca e Domingo de Soto, contribuiu para a construção, luta e defesa dos Direitos Indígenas no mais duro período que se viu: a colonização; colocando, assim, freios ao sanguinolento ímpeto explorador daquela época (mesmo que com diversas imperfeições).

Após isso, dedicou-se a analisar as contribuições contemporâneas do Direito Internacional para a proteção dos indígenas como a Declaração Universal, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana dos Direitos Humanos, Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, Organização Internacional do Trabalho e a Declaração Americana sobre o Direito dos Povos Indígenas que mesmo apresentando diversos progressos manteve a sensação de inconclusividade.

Em seguida, dedicou-se a analisar como tais progressos foram interpretados pelas Cortes Internacionais com a apreensão das jurisprudências da Corte Internacional nas questões que se ventilaram de um lado os povos indígenas e de outro, frequentemente, os Estados-Nações, questionando-se, ao final, a maneira extremamente eurocêntrica aplicada pelas referidas Cortes que ignoram valores outros que, contemporaneamente, mostram-se anos-luz do modelo ocidental culminando, definitivamente, mais em lesão que em proteção.

Ao final, buscou-se, com tal análise, demonstrar que a interpretação da *autodeterminação dos povos* de maneira *mitigada* feita pelas Cortes Internacionais precisa ser superada, sob pena de manter o impropério de *Las Leyes Indias* que mesmo sendo uma luz na escuridão, enfrentam constante risco de verem suas chamas apagadas.

2. As contribuições da Escola de Salamanca na proteção dos grupos indígenas em Francisco Vitória, Vázquez Menchaca e Domingo de Soto

A questão indígena propriamente dita surgirá acompanhada de outros eventos singulares na história da humanidade como a Reforma Protestante e as Navegações que simplesmente mudaram a concepção de mundo até então existente. Trata-se, então, de um período central para àquilo que se pode chamar de período de transição, ou seja,

aquela fase histórica que é permeada por afluentes do período anterior com o período posterior que, no presente caso, é o fim da Idade Média e o início da Modernidade.

Por isso é definida como um período repleto de tantas incoerências e contradições, mas, acima de tudo, permeado por inúmeras inovações e revoluções epistemológicas.

Sua grande síntese pode e deve ser compreendida pelas exatas palavras de Casella (2014, p. 28):

Ao se escolherem linhas, para designar como as mais características do período aqui considerado, estas serão, de um lado, a tendência a se deslocar do ‘universal’ (ou da busca deste) para o ‘nacional’. O fracionamento do ‘universal’ (medieval) leva ao exacerbamento do ‘nacional’ (moderno). Sem chegar, ainda, ao paroxismo dos ‘nacionalismos’, essa doença inventada pelo século XIX.

Mas em termos exatos, esse período conta com três grandes eventos que levaram a ruptura do medievo e o apogeu da modernidade: (i) a descoberta da América; (ii) o fim da universalidade religiosa ocidental, e (iii) o nascimento dos Estados-nação. (CASELLA, 2014, p. 27-28).¹

É nesse mesmo período que se iniciará um célebre debate nas cátedras da Universidade de Salamanca e de Alcalá, onde, de um lado Sepúlveda e de outro lado Las Casas enfrentaram árduo debate em 1548 que se sacramentou como a “Controvérsia de Valladolid” onde “Sepúlveda discutiu com Bartolomé de Las Casas em Valladolid”. (GUTIÉRREZ, 2014, p. 224).

Sua grande polêmica foi:

Sepúlveda foi quem fez a melhor adaptação e aplicação das ideias de Aristóteles aos índios. Ele encontrou um adversário de peso: Bartolomé de Las Casas. Eles brigaram por quase dez anos. O ponto alto foi em 1550, quando Las Casas enfrentou Sepúlveda, em controvérsia pública, ante um júri *ad hoc*. Essa foi a principal controvérsia espanhola sobre a legitimidade das conquistas promovidas pela Coroa. Sepúlveda alegava que era lícito e justo que os espanhóis

¹ Nesse sentido, para os três eventos, temos: (i) “com as ‘descobertas’ da América, e o conjunto das grandes navegações, com os daí decorrentes fluxos de pessoas, mercadorias, livros e ideias – fenômeno desconhecido e imprevisível até o final do século XV, que passa a acontecer em escala planetária – acenando, na primeira metade do século XVI, e que se intensifica, de lá em diante”; (ii) “com a ruptura da unidade religiosa do Ocidente europeu cristão ocidental, depois da reforma protestante, e da reação católica a esta, a assim chamada ‘contrarreforma’”; (iii) “com a formação e consolidação dos ‘modernos’ estados nacionais, essas monstruosas máquinas, que passam a pautar o mundo à sua imagem e semelhança – e até hoje há quem não consiga compreender o direito internacional isolando-o do fenômeno da estatalidade”. (CASELLA, 2014, p. 27-28).

escravizassem os índios porque eles eram – de acordo com Aristóteles – bárbaros e, portanto, naturalmente escravos. Las Casas respondia que não era possível aplicar aos índios o adjetivo de “bárbaros” sem antes distinguir as diversas classes de barbárie que existiam no texto aristotélico. (GUTIÉRREZ, 2014, p. 224-225).

A grande contribuição, contudo, do debate foi a consolidação daquela que seria conhecida como a célebre Escola de Salamanca² responsável, em parte, pelo refreamento dos ímpetus colonizadores – sobretudo os sanguinolentos – mesmo que a controvérsia de Valladolid, em si mesma, acabe por ser interpretada como de pouca contribuição já que “resultados práticos da luta de Las Casas foram poucos: só algumas leis mornas e atrasadas. Seus maiores triunfos se situam na história da luta pela dignidade dos seres humanos e pelos seus direitos”. (GUTIÉRREZ, 2014, p. 231).

Conforme lições de Saranyana citado por Silva, a Escola de Salamanca pode ser dividida em dois períodos ou, melhor dizendo, em duas gerações (a) “primeira geração inicia com Vitória (1483-1546) e vai até Mâncio de Corpus Christi (1526-1576); e a segunda abrange desde Bartolomé de Medina (1576-1599) até a aposentadoria de Domingo Báñez (1576-1599)”. (SILVA, 2013, p. 78).

Mais do que uma escola filosófica ou responsável por qualquer posicionamento doutrinário relacionado aos Direitos Humanos, a referida Escola de Salamanca, foi responsável por abrir o mar das questões indígenas até então ignoradas, de modo que “não é por acaso que Francisco Vitória, o grande nome da primeira geração da Escola de Salamanca” (SILVA, 2013, p. 80), tornar-se-ia o símbolo do levante dessa escola.

Com eles pode-se – e deve-se – citar ainda outros dois nomes que fariam jus ao título de *founding fathers* dos Direitos Indígenas: Vázquez de Menchaca e Domingo de Soto.³ É sob as teorias e ideias desses três nomes que se encontrará a maior contribuição do período para a proteção dos Direitos dos Índios.

Francisco de Vitória (1480-1546) foi teólogo durante os séculos XV e XVI tendo estudado na França retornou à Espanha onde, na Universidade de Salamanca, assumiu a cátedra de Teologia em 1526, permanecendo nesse posto até seu falecimento.

² Nesse sentido, adverte-se: “A Escola de Salamanca foi fundada em 1243 por Fernando III, o Santo, rei de Leão e Castela. Mas, só foi consolidada somente alguns anos mais tarde por Afonso X, filho de Fernando III. Situada na cidade de Salamanca, fronteira da Espanha com Portugal, teve seu auge no século XVI por causa da repercussão de várias obras de mestres teólogos que lecionavam lá e tornou-se a Universidade modelo dentro do reino espanhol”. (SILVA, 2013, p. 78).

³ Além desse papel, “ao lado ou depois de VITÓRIA, a Espanha ainda forneceu outros escritores católicos, que figuraram entre os precursores do direito internacional moderno: Domingo de SOTO, Fernando VÁZQUES MENCHACA, Baltazar de AYALA e, principalmente, Francisco SUAREZ”. (ACCIOLY, 2017, p. 68).

Foi, em grande medida, defensor do Direito Natural, releitor das obras de Tomás de Aquino para aplicação em seu período de vida.⁴

Entre outros contributos do catedrático se destaca a sua visão do Direito Natural que consolidaria uma igualdade entre todos os homens da Terra, dizendo, que “*Vitoria, por su parte, había considerado que el derecho natural era algo inmutable. Esta opción estática, unida a su validez universal, permitía que ese derecho fuera también válido y aplicable a todos los hombres, también a los indios*” (PENA GONZÁLEZ, 2009, p. 56) e, por isso, acabou por colocar em xeque todo o sistema de dominação espanhola sobre os índios principalmente quando, por meio do Direito das Gentes, como o limite de todos os poderes existentes:

O direito das gentes não tem somente força de pacto ou de convenção entre os homens, mas possui, igualmente, força de lei. [...] Consequentemente, quando se trata de questões graves, nenhum Estado pode se considerar desvinculado do direito das gentes, pois este é colocado pela autoridade do mundo inteiro. (CASELLA, 2012, p. 612).

A Coroa, porém, apresentava sete fundamentos de sua dominação, a saber: (1) o Imperador era senhor do mundo todo, abrangendo, consequentemente, os indígenas; (2) O Papado como senhor da Terra poderia, logo, conceder seu poder ao Rei Espanhol; (3) A terra descoberta não tinha “dono” e seria de quem “achar primeiro”; (4) Os índios se recusam a aceitar a fé cristã permanecendo no paganismo; (5) os índios são pecadores; (6) os índios escolheram o Rei Espanhol como seu senhor; (7) os espanhóis eram o “povo escolhido de Deus” para salvação dos infiéis.

Esses posicionamentos foram um a um refutados por Vitória com as seguintes respostas (1) o Imperador não pode invocar poder divino ante a falta de fundamentação tanto nas escrituras como na história; (2) O papa não tem poder civil ou secular o que lhe impede de transmitir poder que não tem e ainda que o tivesse não teria poder para transmiti-lo; (3) Não há como sustentar “terra de ninguém” onde os índios já exerciam sua posse, tradições e cultura; (4) e (5) o estado de “pagão” não afasta a proteção dada pelo Direito Natural e, da mesma forma, a fé não pode ser imposta; (6) e (7) A profecia não encontra amparo e, ainda, não há demonstração enfática de aderência pelos índios ao reinado espanhol. (CASELLA, 2012, p. 603-644).

⁴ Nesse sentido: “em dúvida, o grande empreendimento de Vitoria é um reflexo da orientação teológico-filosófica mais marcante do catolicismo ibérico do século 16, a saber, o pensamento de Tomás de Aquino, e, nesse aspecto, da necessidade de aplicar o pensamento prático do Doutor Angélico às novas questões do tempo da era dos conquistadores. Nas primeiras décadas do século 16, Vitoria dedicou-se ao comentário à Suma de teologia. O restante – eventualmente muito mais importante – de sua obra confunde-se com a reação aos problemas originados pela conquista e colonização da América”. (PICHÍ, 2012, p. 377).

Assim, Vitória faz uma nova leitura do conceito de *jus gentius* de Ulpiano solidificando sob as espáduas do Direito Natural confirmando que o “direito das gentes” são soluções racionais inferidas no Direito Natural e todos os povos dotados de razão e soberania devem respeitar as leis comuns e somente a sua violação permitiria a guerra justa. (CASELLA, 2012, p. 612).

Dois grandes contributos são, enfim, a (1^o) igualdade entre os povos e inexistência de hierarquia entre culturas de modo que os povos indígenas, uma vez dotados de razão, organizados socialmente e politicamente, ainda que diferente do modelo espanhol, são dotados de razão e não passíveis de domínio equivalente a coisas sujeitas a exploração; (2^o) a convivência dos povos onde a comunidade mundial, decorrente do Direito Natural, não permite que a simples diferença entre os grupos sociais suprima sua intercomunicação e convivência.

Por notório que o proeminente professor da Escola de Salamanca não passaria incólume à críticas ou questionamentos pertinentes. Entre elas estavam na concepção eurocêntrica de Direito das Gentes e a percepção de igualdade dava-se a partir do interesse espanhol já que permitia a circulação livre destes nas terras dos Ameríndios que, uma vez impedidos, permitia combate bélico.⁵ (CASELLA, 2012, p. 619).

De um lado o limite das atrocidades; de outro o justificador.

O segundo é *Domingo de Soto (1494-1560)* que por suceder Francisco de Vitória acabaria tachado como coadjuvante da Escola de Salamanca sem a mesma expressão e proeminência do antecessor.

Todavia, é preciso ressaltar que isso é um equívoco, pois:

Embora tenha sido por muito tempo considerado um mero sucessor de Francisco de Vitória, estudos recentes têm destacado o seu papel co-criador na Escola de Salamanca” [...] *De dominio* foi pronunciada não apenas com dez meses de antecedência ao curso de Francisco de Vitória referente à questão 62 da *Secunda secundae*, mas ainda com dois anos de anterioridade à *De Temperantia* (1537), a primeira conferência de Vitória relativa às Índias. Isso serve como indício da originalidade de seu pensamento relativamente a Vitória, o que se comprova pela comparação da posição defendida por ambos em suas respectivas cátedras. (SALGUEIRO, 2015, p. 96-97).

⁵ “Reconhecida aos ameríndios a condição de humanos, e reconhecido, igualmente, serem estes dotados do uso da razão, estão, assim, igualmente subsumidos ao sistema geral de normas reguladoras de convivência entre os povos, o direito das gentes. O direito natural, que permite solucionar a questão da jurisdição, está baseado em algo semelhante ao estado secular da natureza, existente no início do mundo”. (CASELLA, 2012, p. 619).

De Soto, quatro foram as grandes contribuições: (1) Direito Natural; (2) Fim do império universal; (3) Revisão da guerra justa; e, para este trabalho, (4) Impossibilidade de domínio sobre os índios.

No primeiro ponto, o Direito Natural, Soto dirá “*Si hay una sola ley natural para todos los mortales. No basta haber declarado que hay una ley natural en cada uno (como se ha dicho en el artículo segundo) si no inquirimos si es la misma en todos*”. (SOTO, 1922, p. 97).

No segundo, sobre o fim do império universal, Soto trará o fundamento aristotélico de que uma cidade-estado precisa limitar-se ao número de habitantes que torne possível que o sumo regente possa conhecê-los, afastando, assim, o intentado domínio universal, conclamando que “não se trata de uma inclinação para ‘que haja uma cabeça de todas as repúblicas do orbe, da mesma maneira que não há uma abelha rainha de todas as abelhas que existem’”. (SOTO *apud* SALGUEIRO, 2015, p. 100).

Quanto à guerra, por sua vez, dará passos mais ousados que seu antecessor resumindo que “A única guerra justa que autorizava aos castelhanos era defensiva,”⁶ mas é quanto a domínio sobre os indígenas que trará grande mudança e, não só isso, limites à prática “evangelística” praticada contra a população indígena na América, salientando, entre outros pontos periféricos, que:

Domingo de Soto afirma que o domínio é triplo: natural, divino e humano. O primeiro é concedido pela natureza relativamente às coisas imprescindíveis à conservação humana. O teólogo faz notar que, para o homem em estado de necessidade, todas as coisas indispensáveis à sua sobrevivência são comuns e podem ser por ele utilizadas (como bebidas e comidas). O segundo é dado *immediate* por Deus, como a cessão da Terra Prometida aos judeus. O terceiro funda por acordo humano.

Antecipando a demonstração, eis a tese do autor: nenhum desses modos de domínio conferiu título legítimo para que os Reis Católicos se apropriassem das Índias. (SALGUEIRO, 2015, p. 98).

⁶ E complementa: “Embora marche aparentemente na mesma direção que Vitória e outros expoentes da Segunda Escolástica, Soto apresenta uma posição particular que merece atenção. [...] Soto nega a veracidade da *Donatio Constantini* (doação de Constantino), porquanto nunca Constantino deu o império ao papa e, como se verá, o papa tampouco pode tê-lo dado ao imperador. Embora sem pretender contradizer a Agostinho, Silvestre e Ambrósio, nega que os romanos tivessem tido direito sobre os territórios submetidos à força. Nesse caso, afirma, ‘o direito estava nas armas’, pois esses povos foram dominados mediante a violência, contra a sua vontade e sem fundamento legítimo [...] ou a não ser por direito de guerra se, como os turcos, nos invadem [...] A única guerra justa que autorizava aos castelhanos era defensiva”. (SALGUEIRO, 2015, p. 96, 100-102).

Sua grande contribuição foi “*las Leyes de Indias*” (GONZALEZ⁷ apud CASELLA, 2014, p. 38) responsável por fornecer um mínimo de limite aos costumes e tradições indígenas, dispondo que “*los monarcas españoles mandaron respetar, como señala Ots Capdequí, la vigencia de las primitivas costumbres jurídicas de los aborígenes sometidos, en tanto estas costumbres no estuvieran en contradicción con los intereses supremos del Estado Colonizador*”. (CARRIQUIRY, 1953, p. 67).

O terceiro membro da Escola de Salamanca será Vázquez de Menchaca (1512-1569) que igualmente a Soto assumiu relativo grau de coadjuvante ante a proeminência de Vitória, recebeu maior destaque, porém, quando foi citado em duas obras de Grócio (*Mare liberum* e *De jure praedae*), mas, em apertadíssima síntese, suas grandes contribuições resumir-se-ão em: (i) liberdade marítima; (ii) fim do império central; (iii) limites à guerra e escravidão; (iv) concepção de sociedade global.

Vázquez de Menchaca trará uma crítica severa à percepção de apropriação dos mares realizado por alguns reinos, compreendendo, claramente, que “*El dominio sobre el mar sería una cosa injusta, y la justicia es requisito esencial de la ley para que sea tal, o que también afecta a la costumbre por ser ésta una ley tácita*”. (CARPINTERO BENÍTEZ, 1977, p. 273). Na mesma toada de redução das forças imperais de sua época sobre os territórios, Menchaca trará ainda igual contribuição aos de Vitória e Soto quanto ao fim do império universal que se sustentava no *intermezzo* dizendo “*Vázquez entiende que éste es un deseo utópico, porque a un solo hombre le es físicamente imposible regir todo el mundo*”. (CARPINTERO BENÍTEZ, 1977, p. 251).

Com o fim, evidentemente, desse universalismo imperial a Escola de Salamanca proporcionou a construção inicial do que viria a ser o Direito Internacional Público “*Hemos constatado que Vázquez concibe a la comunidad internacional como un conjunto de individuos – repúblicas – libres e iguales e, por tanto, independientes entre sí*”. (CARPINTERO BENÍTEZ, 1977, p. 253). Preparando o terreno para a vinda da elevação do ser humano como agente do Direito Internacional Público:

Los sujetos capaces de obrar en el orden internacional son, en Vázquez, los sujetos del Derecho Natural y del Derecho de gentes. Esto quiere decir que existes dos clases de sujetos ante la comunidad internacional: los príncipes o los representantes de los pueblos que no tienen un régimen monárquico y los hombres, individualmente considerados. Después de explicar que aquellos que no reconocen

⁷ Nesse sentido transcreve Casella citando Gonzalez: “A conclusão da Junta de Valladolid, em 1551, da qual ele formava parte proibindo novas conquistas, é muito significativa nesse sentido. O clamor suscitado pela corrente revisionista dos missionários, entre os atropelos cometidos pelos conquistadores, encontrou apoio fundamental nas ideias de SOTO que, desta forma, na cátedra e no conselho aos governantes, contribuiu para a realização das Leis das Índias (*las Leyes de Indias*)”. (CASELLA, 2014, p. 38).

superior común en lo temporal regulan sus relaciones según el Derecho Natural y de gentes, nos dice Vázquez que “lo mismo sucedería si un asunto se tratase entre el príncipe y un ciudadano particular que no fuera su súbdito”. (CARPINTERO BENÍTEZ, 1977, p. 258).

Porém, ver-se-á nas questões sobre a guerra e a escravidão sementes aptas a florescer algum limite às ações perpetradas contra os indígenas. Mesmo que Menchaca, de um modo geral, tenha muito pouco falado sobre a guerra, é possível encontrar em suas explicações sobre a escravidão lições que sirvam de freio aos apetites imperialistas sempre vigentes.

Menchaca declarará, então, que a guerra pautada no simples desejo expansionista é ímpia, tal qual àquela guerra perpetrada contra os chamados povos culturalmente “menos desenvolvidos” cuja missão fosse civilizá-los, concluindo que esse posicionamento “*es pura tiranía introducida bajo apariencia de verdad y buen consejo para seguro exterminio y ruina del género humano*” (CARPINTERO BENÍTEZ, 1977, p. 263) concluindo com primazia que “*si cometer pecado es motivo suficiente para declarar la guerra, sería lícito declararla a cualquier Pueblo, fuese Cristiano o no*” (CARPINTERO BENÍTEZ, 1977, p. 265) trazendo, com uma frase tão lógica e simples, freios necessários às práticas expansionistas praticadas contra os indígenas.

Tanto Vitória, como Soto e Menchaca, trouxeram, então, três grandes fundamentos para limitar as violações dos direitos indígenas: (i) reconhecimento de uma esfera de Direitos comum a todos os seres humanos que não podem ser violados por ninguém; (ii) redução da legitimidade da guerra até o apogeu da exclusiva utilização, em Menchaca e Soto, da guerra legítima somente se defensiva; e (iii) e o fim da unidade imperial universal que, por consequência, dilatou o mapa criando uma sociedade de nações reconhecendo-se a todas essas nações como iguais entre si.

Suas contribuições, mesmo que tímidas e efêmeras, colocaram um mínimo de freios aos apetites expansionistas dos colonizadores como se vê, v.g., com “*Las Leyes da Indias*” que não viu exemplar símile seja nas colônias portuguesas como as inglesas, mas, nem por isso, tais catedráticos passaram ilesos à críticas, uma vez que, mesmo positivos em muitos pontos, algumas de suas posições puderam ser utilizadas para legitimar alguns atos expropriatórios e violadores dos Direitos Indígenas ante sua compreensão deveras eurocêntrica de Direito que, infelizmente, reflete até os dias atuais.

3. A luta pelos direitos indígenas no Direito Internacional: da Escola de Salamanca para o século 21

Conforme capítulo alhures, a questão indígena tornou-se pauta no contexto internacional com a “descoberta” das Américas e consequentemente dos povos que nela habitam.

Esclarecendo-se quem seriam considerados como “povos indígenas” no contexto de Direito Internacional, Anaya discorre que:

[...] o termo ‘indígena’ ou termos similares como ‘nativo’ ou ‘aborígene’ (assim em leis internas de muitos países) vem a muito sendo usado para referir-se a um particular subgrupo da humanidade que representa experiências comuns enraizadas em subjugação histórica pelo colonialismo ou algo semelhante a este. (ANAYA, 2004, p. 13, tradução nossa).⁸

Apresenta-se sutilmente nesse momento, debatido com mais profundidade em capítulo posterior, que a vinda dos povos indígenas à luz do Direito Internacional se faz no momento em que a existência desses povos se conflita com os interesses europeus. Portanto, a crítica questionará se a visão tradicional do Direito Internacional e dos Direitos Humanos com base nos critérios ocidentais, branco, europeu/norte-americano é o mais adequado na defesa dos povos em discussão com destaque especial aos julgados das Cortes Internacionais.

É historicamente sabido que muitos povos indígenas foram explorados e dizimados pelos colonizadores ao longo dos anos, pois, na verdade, tinha-se a ideia de que os europeus eram superiores aos nativos das Américas, conceito este que nasce no contexto europeu encontrando lenitivo somente na Escola de Salamanca. Não obstante, observa-se que a visão de desigualdade perante os povos indígenas ainda sobrevive, sendo estes vistos depreciativamente pela sociedade com a manutenção da dissipada ideia de serem povos diferentes, inferiores e que vivem isoladamente do restante da sociedade.

Nesse mesmo sentido, o Relatório sobre o Seminário das Nações Unidas acerca dos Efeitos do Racismo e Discriminação Racial em Relações Sociais e Econômicas entre os Povos Indígenas e os Estados, de 1989, esclarece:

A discriminação racial contra povos indígenas é o resultado de um longo processo histórico de conquista,

⁸ Citação original: “[...] the term ‘indigenous’, or similar terms such as ‘native’ or ‘aboriginal’ (as in the domestic legal regimes of many countries) have long been used to refer to a particular subset of humanity that represent a common set of experiences rooted in historical subjugation by colonialism, or something like colonialism”.

penetração e marginalização; acompanhado por atitudes de superioridade e pela projeção dos indígenas como “primitivos” e “inferiores”. A discriminação é de dupla natureza: de um lado, a destruição gradual das questões materiais e espirituais (necessárias) para a manutenção de sua (forma de vida), e de outro lado, significativas atitudes e comportamentos de exclusão ou discriminação negativa quando os povos indígenas buscam participar na sociedade dominante.⁹ (UNITED NATIONS, 1989, tradução nossa).

Para o debate acerca da proteção internacional dos povos indígenas (e dando um grande salto na história da civilização, apenas como recorte acadêmico com o necessário destaque às normativas internacionais contemporâneas), destaca-se que no momento pós-segunda guerra mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas, ocorre a consolidação de entendimentos mínimos dos Direitos Humanos com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Declaração Universal é famosa por, em seu artigo primeiro, declarar que todos são livres e iguais em dignidades e direito. (ONU, 1948). Seguindo de forma cronológica, tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰ (1966) quanto o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos¹¹ (1976) trazem em seus primeiros artigos o direito da autodeterminação dos povos que, neste momento, deve ser compreendido o conceito de povo em *lato sensu*.

Regionalmente, em 1969 é assinada a Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969), em que, ainda sem tratar especificamente acerca dos povos indígenas, traz diretrizes importantes, seguida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH):

Art. 1º. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou

⁹ Citação original: “Racial discrimination against indigenous peoples is the outcome of a long historical process of conquest, penetration and marginalization, accompanied by attitudes of superiority and by a projection of what is indigenous as ‘primitive’ and ‘inferior’. The discrimination is of a dual nature: on the one hand, gradual destruction of the material and spiritual conditions [needed] for the maintenance of their [way of life], on the other hand, attitudes and behaviour signifying exclusion or negative discrimination when indigenous peoples seek to participate in the dominant society”. Report of the United Nations Seminar on the Effects of Racism and Racial Discrimination on the Social and Economic Relations Between Indigenous Peoples and States, U.N. Doc. E/CN.4/1989/22, HR/PUB/89/5, at 5 (1989).

¹⁰ Brasil (1992a).

¹¹ Brasil (1992b).

social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Destaca-se sobre a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (NAÇÕES UNIDAS, 1965) o comprometimento dos Estados em “proibir e a eliminar a discriminação racial sob todas as suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, nomeadamente no gozo dos seguintes direitos”. (art. 5º).

Em período posterior, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1989 avança sobre a temática de proteção dos povos indígenas e tribais no panorama internacional, com a elaboração de documento que especificamente trata sobre os direitos desses povos, em sua Convenção n. 169. (BRASIL, 2004). Entre diversos temas tratados nesta convenção, destaca-se:

Considerando 5º: Observando que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão frequentemente;

Art. 3º. 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.

Art. 13. 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

Em 2008 as Nações Unidas aprova a sua Declaração específica na temática dos povos indígenas, tendo como princípio, entre tantos outros, “as doutrinas, políticas e práticas baseadas na superioridade de determinados povos ou indivíduos, ou que a defendem alegando razões de origem nacional ou diferenças raciais, religiosas, étnicas ou culturais, são racistas, cientificamente falsas, juridicamente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas”. (NAÇÕES UNIDAS, 2018).

Por fim, o último documento internacional que se destaca nesse estudo é a Declaração Americana sobre o Direito dos Povos Indígenas (OEA, 2016), que traz em seus artigos questões sobre: o direito coletivo (art. VI), o repúdio à assimilação (art. X), a

proteção contra o genocídio (art. XI), o respeito à espiritualidade indígena (art. XVI) e a proteção ao patrimônio cultural e à propriedade intelectual (art. XXVIII).

Analisando os documentos mencionados, sem esgotar o rol de documentos internacionais acerca da temática dos povos indígenas, nota-se o avanço na proteção dos povos indígenas, desde a Escola de Salamanca com a visão de tratamento igualitário dos povos indígenas, o combate à discriminação, a proteção de sua existência, de suas terras, cultura e manifestação religiosa até a Declaração Americana sobre o Direito dos Povos Indígenas de 2016 com ampliação, inclusive, para a luta contra a assimilação forçada e a proteção da espiritualidade indígena.

Em resumo, citando a obra de Anaya mais uma vez:

O direito dos povos indígenas em manter a integridade de sua cultura é uma simples questão de equidade, em ser livre de práticas históricas e contínuas que trataram a cultura indígena como inferior à cultura dominante. O direito a equidade e sua norma correspondente de não discriminação estão no coração dos Direitos Humanos Internacionais Contemporâneos.¹² (ANAYA, 2004, p. 16).

Todavia, desde Salamanca a indagação acompanha: é possível ver, em tais regras, a autodeterminação dos povos? É possível, então, ver se, na realidade, as regras continuam com o perfil das velhas *Las Leyes Indias* do Império Espanhol cuja beleza textual não coaduna com a defesa legítima, real e eficaz do Direito Indígena?

4. A autodeterminação dos povos no Direito Indígena a partir de uma análise crítica: a eficácia da proteção dos povos indígenas no âmbito internacional mediante uma análise dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Foi possível ver no capítulo anterior que houve uma evolução na questão de proteção indígena no panorama internacional, desde a Escola de Salamanca até o conceito moderno de Direitos Humanos. Existe comprometimento de organizações internacionais como a ONU e OEA em não somente legislar acerca do tema, mas em encontrar uma atitude ativa de garantia dos direitos, como Recomendações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou ainda em julgamentos punitivos aos Estados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) dentro desta temática.

¹² Texto original: “*The right of indigenous peoples to maintain the integrity of their cultures is a simple matter of equality, of being free from historical and ongoing practices that have treated indigenous cultures as inferior to the dominant cultures. The right to equality and its mirror norm of non-discrimination are at the core of the contemporary international human rights regime*”.

O entendimento contemporâneo do Direito Internacional acerca da matéria discutida é no sentido da igualdade dos povos indígenas e na necessidade de proteção e tutela. Porém, a ideia de igualdade e proteção permanece seguindo o conceito eurocêntrico sedimentado, que não necessariamente é o mais adequado para atender a questão em pauta com muitas decisões questionáveis.

Os Direitos Humanos no conceito atual estão interligados com o conceito de Estado e de Democracia – note-se que as organizações internacionais como a ONU são representação dos Estados dentro do contexto internacional. Segundo Bobbio, estes direitos “[...] nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista de sociedade”. (BOBBIO, 2004, p. 2, 4 e 29). O “indivíduo” é o grande protagonista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), como se nota em seu art. 3º e 6º,¹³ aqui apenas como exemplos.

Tal conceito, que vem como reação global Pós-Segunda Guerra Mundial, é, nas palavras de Tomuschat “concebido para reconciliar a efetividade do poder estatal com a proteção contra o mesmo poder estatal”. (TOMUSCHAT, 2008, p. 8). Assim, não se pode desvincular o conceito de Estado moderno com o entendimento atual de Direitos Humanos.

Ainda, destaca-se que o mencionado conceito de Democracia e de Estado Moderno deriva-se de um entendimento ocidental, europeu/norte-americano, individualista e branco. Portanto, compreende-se que o entendimento de Direitos Humanos é fruto de um diálogo parcial entre culturas do mundo. (PANIKKAR, 1982, p. 75-76).

Adianta-se que a intenção deste artigo não é dizer que os Direitos Humanos como atualmente entendido não possui importância, bem como ignorar seus avanços no sentido de pregar a paz e a igualdade. No entanto, necessário se faz a crítica do sistema atual a fim de que possamos aperfeiçoá-lo, criando instrumentos que busquem cada vez mais a igualdade material, e não somente formal, perseguindo a utopia mesmo sabendo que ela é impossível, uma vez que deixar de fazê-lo é correr o risco de retroagir.

Tendo em vista que os Direitos Humanos tem caráter ocidental e individualista, Panikar levanta a discussão se este conceito estaria em harmonia com outras culturas, utilizando-se como exemplo o conceito Indiano de Dharma, uma vez que a citada cultura não valoriza o indivíduo *per se*, mas todo o cosmo. (PANIKKAR, 1982, p. 96).

Neste mesmo sentido, é conhecido que os povos indígenas têm fortemente a noção de coletividade. Um exemplo disso é sobre um missionário católico que, após convivência com uma tribo asiática questiona se um membro da comunidade está pronto

¹³ Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica.

para se converter ao Cristianismo. A resposta do membro da tribo foi negativa, pois em seu entendimento, alguns membros da comunidade não estavam prontos e que ele somente teria este direito se toda a tribo manifestasse no mesmo sentido. (PANIKKAR, 1982, p. 99, nota de rodapé 25).

Esse exemplo peculiar leva a indagar-se: o conceito atual de Direitos Humanos seria a forma mais adequada de proteção aos povos indígenas?

Quando se fala de povos indígenas, estamos falando dos povos que habitam nas terras anteriormente ao europeu colonizador chegar, ou seja, a posse da terra em que habitam é *anterior* à criação dos Estados Nacionais. Ainda que povos com culturas e estruturas diferentes estejam embaixo do grande conceito de “povos indígenas”, possuem estes um elemento em comum: a afinidade com a terra, não só como forma de subsistência comunal, mas também como forma de manifestação cultural e espiritual. Em depoimento em audiência realizada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, a Senhora Patricia Gualinga explica a relação de seu povo com a terra:

É uma relação íntima, é uma relação de convivência harmônica, o Kawsak Sacha, para nós, *é a selva que é viva*, com tudo o que isso implica, com todos os seus seres, com toda a sua cosmovisão, com toda a sua cultura, na qual estamos todos inseridos. [...] Esses seres são muito importantes. *Eles nos mantêm com a energia vital, eles mantêm o equilíbrio e a abundância, eles mantêm todo o cosmos e estão conectados entre si*. Esses seres são indispensáveis não só para os Sarayaku, mas para o equilíbrio amazônico, e estão conectados entre si, e, por isso, o Sarayaku defende tão arduamente seu espaço de vida. (OEA, 2012, grifo nosso).

Os povos indígenas ainda possuem uma qualidade diferente daqueles protegidos dentro do conceito clássico de minoria de Capotorti já que “ressalta-se o fato de que uma minoria, para ser tratada como tal, deve necessariamente ser leal ao Estado ao qual os seus integrantes estão ligados” (OLIVA; KÜNZLI, 2018, p. 79) (além, claro, da ligação étnica, religiosa e linguística). Mesmo que não seja o grupo dominante dentro de um Estado e estando em estado de vulnerabilidade, tendo o reconhecimento como povo, tem-se reconhecido o seu direito a autodeterminação.

Essa autodeterminação, em seu sentido puro, deve ser compreendida como:

Insculpido na Carta das Nações Unidas, de 1945, como um direito de toda a humanidade, o princípio internacional da autodeterminação dos povos representa a possibilidade de cada sociedade determinar livremente seu sistema político e de governo, além de estabelecer de maneira independente seu desenvolvimento social e econômico. A Carta das

Nações Unidas, que representa um grande avanço no tocante à proteção dos direitos humanos em esfera global, também gera a perspectiva da emancipação dos povos. (LEHFELD; DIAS, 2017, p. 279).

Neste sentido, o art. 1º do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Art. 1.º

1. Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude deste direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.
2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência. (BRASIL, 1992a, grifo nosso).

No entanto, o que se vislumbra no Direito Internacional, ainda que considerados “povos”, é sua autodeterminação limitada dentro do conceito de Estado Ocidental, conforme entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no seguinte caso:

INFORME N. 61/08 – CASO 12.435 – FONDO – GRAN CACIQUE MICHAEL MITCHELL – CANADÁ – 25 de julio de 2008.

I. RESUMEN

1. La petición en el presente caso fue interpuesta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“la Comisión”) contra Canadá (“el Estado”) el 26 de noviembre de 2001, por el estudio jurídico Hutchins Caron & Associés, de, Montreal, Canadá (“los peticionarios”). La petición fue presentada en nombre del Gran Cacique Michael Mitchell (“Gran Cacique Mitchell”), ciudadano y residente de Canadá y miembro de la nación indígena mohawk.
2. En la petición se afirma que el 22 de marzo de 1988, el Gran Cacique Mitchell, acompañado de compañeros de la comunidad, ingresó a Canadá proveniente de Nueva York, Estados Unidos de América, por el puente internacional de Cornwall, con una serie de mercancías destinadas a los territorios mohawk de Tyendingaga y Akwesasne (en Canadá). El territorio mohawk de Akwesasne abarca partes de las provincias canadienses de Quebec y Ontario y el Estado de Nueva York, en Estados Unidos. Al reingresar a Canadá, los

funcionarios de la aduana canadiense impusieron un arancel de \$361.64 al Gran Cacique Mitchell, que se negó a pagar, en base a los derechos aborígenes y contractuales de la legislación canadiense.

3. *Los peticionarios alegan que Canadá incurrió en responsabilidad internacional por negar al Gran Cacique Mitchell el ingreso de los bienes libres de impuestos en la frontera entre Estados Unidos y el Canadá que divide el territorio de la comunidad indígena, con el fin de comerciarlos con otras naciones indígenas. En base a estas circunstancias, el peticionario alega que el Estado es responsable de la violación del derecho a la cultura dispuesto en el artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“la Declaración Americana”).*

4. Los peticionarios agregan que “el derecho a la cultura” incluye un derecho aborígen a comerciar con otras naciones indígenas (que existen a ambos lados de la frontera entre los dos países) sin tener que pagar derechos en ninguno de los dos países. Se alega que este derecho aborígen se basa en prácticas y costumbres históricas de los pueblos indígenas del Canadá que existían antes del arribo de los colonos europeos. Los peticionarios sostienen que el Gran Cacique Mitchell y otros miembros de su comunidad son privados de su derecho a ingresar bienes libres de gravámenes a través de la frontera entre Canadá y Estados Unidos, que divide el territorio de Akwesasne y que esta prohibición impide el comercio entre las naciones indígenas del Canadá. Se alega que el comercio es un elemento distintivo de la cultura mohawk y de la Confederación Iroquesa, y que históricamente ha desempeñado un papel central en la cultura tradicional del pueblo mohawk.

5. El Estado niega que haya violado el derecho del Gran Cacique Mitchell a la cultura, conforme a la Declaración Americana. *El Estado argumenta que el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad no incluye el comercio como aspecto cultural y que el artículo XIII sin ninguna duda no protege un comercio libre de impuestos.*

6. En el Informe N. 74/03 aprobado por la Comisión el 22 de octubre de 2003, en el curso del 118º período ordinario de sesiones, la Comisión decidió admitir las denuncias del peticionario y proceder a considerar el fondo de la cuestión.

7. En el presente informe, tras examinar las pruebas y argumentos presentados en nombre de las partes, *la Comisión concluyó que no se acreditó que el Estado violó el derecho a la cultura del Gran Cacique Mitchell, previsto en*

el artículo XIII de la Declaración Americana, en relación con su reivindicación de un derecho a ingresar bienes libres de impuestos a través de la frontera entre Estados Unidos y Canadá con el fin de comerciar con otras naciones indígenas.[...]

83. Por lo expuesto, la Comisión concluye que no se acreditó que el Estado violó el artículo XIII de la Declaración Americana al no haberse comprobado que las restricciones impuestas por el Estado hayan sido discriminatorias o desproporcionadamente restrictivas para la práctica cultural y comercial de los peticionarios.

V. CONCLUSIONES

84. Sobre la base de las conclusiones de hecho y de derecho precedentes, la Comisión concluye que no ha sido acreditado que el Estado del Canadá ha violado los derechos de los peticionarios consagrados en la Declaración Americana, como se alegó. (OEA, 2008, grifo nosso).

A Declaração da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas em seu artigo quarto (4) discorre que a autodeterminação desses povos se refere tão somente a sua autonomia e autogoverno em *assuntos internos e locais*. Como pontuado, a autodeterminação discorrida respeita o conceito moderno de Estado. Vê-se isso, por exemplo, no artigo sexto (6) quando discorre acerca ao direito de *nacionalidade* e no artigo oitavo (8), item dois (2) quando relata que *os Estados estabelecerão* os mecanismos de proteção. Regionalmente, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas segue o mesmo entendimento. A autonomia dos povos indígenas limita-se por meio das regras dos Estados em que estão situados de modo que se pode chamar de *Autodeterminação mitigada*.

Nota-se que o tema da autodeterminação tem impacto principalmente nas questões em que se discutem a propriedade de terras comunitárias indígenas ou tributos em suas transações ou escambos. Entende a jurisprudência da CIDH que as terras indígenas são de propriedade comunitária, aplicando-se por analogia o art. 21¹⁴ da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em decisão ao *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*, proferiram os juízes:

148. A través de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, levando

¹⁴ Artigo 21. Direito à propriedade privada: 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

em consideração as normas de interpretação aplicáveis e, conforme o artigo 29.b da Convenção – que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos, *esta Corte considera que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal*, a qual também está reconhecida na Constituição Política da Nicarágua.

149. Dadas as características do presente caso, é necessário fazer algumas precisões a respeito do conceito de propriedade nas comunidades indígenas. *Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade*. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações. (OEA, 2001, grifo nosso).

Contudo, cabem aos Estados a demarcação da terra, sendo que não necessariamente a propriedade passa a ser da comunidade, como é no caso do Brasil. A Constituição de 1988, em seu art. 20, inciso XI, esclarece que as áreas indígenas são de propriedade da União,¹⁵ sendo que o Estado concede a posse permanente aos indígenas bem como o usufruto exclusivo dos recursos nelas existentes.¹⁶

Embora povos indígenas ocupem as terras por muitos anos, não são estes automaticamente proprietários destas. A consequência disso é que o Estado, em que os povos estão situados, tem o controle da área. No Brasil, por exemplo, a demarcação de terras indígenas vem decrescendo ao longo dos últimos governos, enquanto a exploração agrária, madeireira e projetos governamentais como hidroelétricas vêm avançando constantemente no mesmo período.

O entendimento internacional dominante, refletido na Declaração da ONU acima citada e em outros instrumentos internacionais, por exemplo, a Convenção n. 169 da OIT¹⁷ é que os povos são possuidores ou ocupantes dos territórios, cabendo aos Estados

¹⁵ Art. 20, inciso XI (BRASIL, 1988).

¹⁶ Art. 231, § 2º (BRASIL, 1988).

¹⁷ Art. 14. Item 2: “Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras

a demarcação e regularização de suas terras. O recente julgado (fevereiro de 2018) da CIDH contrário ao Brasil – *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil* (OEA, 2018) – tem como tema central a violação do direito à propriedade comunal em razão da demora do Estado brasileiro na demarcação das terras do povo Xucuru.

Embora a CIDH reconheça que “[a]s referências históricas ao Povo Indígena Xucuru remontam ao século XVI, no estado de Pernambuco” (OEA, 2018, § 60) e que tem organização própria, que da integridade do direito à propriedade depende sua sobrevivência como povo, sendo que tal direito não se fundamenta no reconhecimento oficial do Estado, mas no uso e posses tradicionais (OEA, 2018, § 94), discorreu que “o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas” (OEA, 2018, § 117), bem como que “o reconhecimento dos direitos de propriedade coletiva indígena deve ser garantido por meio da concessão de um título de propriedade formal, ou outra forma similar de reconhecimento estatal”. (OEA, 2018, § 119).

Além de o reconhecimento de uma área ocupada depender da ação estatal, o que já deixam os povos indígenas em situação de vulnerabilidade, o modelo de autodeterminação a eles aplicável de acordo com o entendimento internacional não os protegem plenamente quando os Estados pretendem explorar os recursos naturais de seu território (devendo-se lembrar de que as atrocidades do Holocausto nazista deu-se por um Estado-nação). Este é o objeto dos casos do Povo Sarayaku (OEA, 2012), Povo Mayagna (OEA, 2001) e Saramaka (OEA, 2007), perante a CIDH.

Em *Saramaka vs. Suriname*, o povo tribal diz que é seu direito ao uso e gozo de sua terra ocupada, sendo condição inerente ao direito de propriedade nos termos do já mencionado art. 21 da Convenção Interamericana. Não obstante, alega o Estado que os recursos naturais a ele pertencem, podendo assim dispor dos recursos, como por meio de concessão a terceiros. (OEA, 2012).

Conforme anteriormente mencionado, o direito a propriedade, nos termos da Convenção, dá direito ao uso e gozo dos bens naturais, pois impedi-los poderia afetar diretamente a sobrevivência do povo em si. Surpreendentemente, a Corte no mencionado julgado diz ser necessário avaliar quais os recursos naturais são essenciais a sobrevivência do povo, abrindo assim um precedente para exploração estatal.

122. [...] A partir desta análise, entende-se que os recursos naturais presentes nos territórios dos povos indígenas e tribais protegidos nos termos do artigo 21 *são aqueles recursos naturais usados tradicionalmente e que são*

que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse”. (BRASIL, 2004).

necessários para a própria sobrevivência, desenvolvimento e continuidade do estilo de vida deste povo.

123. Por isso, no presente caso, a Corte deve determinar *quais são os recursos naturais presentes dentro do território Saramaka e quais são necessários para a sobrevivência de seu modo de vida* e que devem ser, portanto, protegidos de acordo com o artigo 21 da Convenção. (OEA, 1969, grifo nosso).

E ainda

126. [...] Entretanto, ainda que seja certo que toda atividade de exploração ou de extração no território Saramaka poderia afetar, em maior ou menor grau, o uso e gozo de algum recurso natural utilizado tradicionalmente para a subsistência dos Saramakas, *também é certo que não se deve interpretar o artigo 21 da Convenção de maneira que impeça o Estado de emitir qualquer tipo de concessão para a exploração ou extração de recursos naturais dentro do território Saramaka.* [...]

127. [...] Por isso, a Corte afirmou em outras ocasiões que, de acordo com o artigo 21 da Convenção, o Estado poderá restringir o uso e gozo do direito à propriedade sempre que as restrições: a) tenham sido previamente estabelecidas por lei; b) sejam necessárias; c) sejam proporcionais e d) que tenham o objetivo de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática. Consoante a esta disposição, o Estado poderá restringir, sob certas condições, os direitos dos integrantes do povo Saramaka à propriedade, incluídos seus direitos sobre os recursos naturais presentes no território. (OEA, 2007, grifo nosso).

O entendimento da Corte, em consonância com o entendimento do Direito Internacional, é de que o Estado pode explorar os recursos naturais, cabendo a este a prévia comunicação¹⁸ e participação na exploração, ou ainda, indenização pela área desocupada. Contudo, para os povos indígenas, a relação com a terra vai além da questão de propriedade e exploração, pois também possui relação sagrada em virtude de sua religião simbiótica à natureza. Assim, a simples comunicação prévia (mesmo com a

¹⁸ Nesse sentido, o art. 15, 2 da Convenção n. 169, OIT: “Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades”. (BRASIL, 2004).

participação dos povos envolvido) e a indenização pela terra, garantidos por instrumentos internacionais não são suficientes para proteção dos indígenas, que muitas vezes acabam por perder a referência de sua cultura e sagrado onde é preciso lembrar que “o sagrado é a experiência da presença de uma potência ou de uma força sobrenatural que habita algum ser”. (CHAUI, 2012, p. 316).

No *Caso Sarayaku*, a corte aplicou o entendimento utilizado no caso *Saramaka*, que, em resumo, é dever do Estado em consultar previamente os povos, de forma clara e de boa-fé, realizar estudo de impacto ambiental prévio, e, quando pertinente, distribuir de maneira pertinente os frutos da exploração. (OEA, 2012, § 157). No caso *Saramaka*, a Corte informa que o consentimento livre é necessário em casos de projetos de maior impacto dentro do território. (OEA, 2007, § 134).

Assim, nota-se que o conceito de Estado moderno adotado pelos países justifica, até nos dias de hoje, a exploração desses povos e a *autodeterminação dos povos mitigada* aplicada a eles serve tal qual *Las Leyes Indias*, já que naquela época “cargos do funcionalismo público juntavam-se aos dos grandes comerciantes locais e, em ambos os casos, juízes julgavam-se, pois, a si mesmos”. (DITÃO, 2019, p. 88), não mais com o objetivo de força de trabalho escravo, vez que coibido pelas normas internacionais de Direitos Humanos, mas mantendo-se quanto a exploração dos recursos naturais que porventura estão instalados em suas terras com “ressarcimento” econômico aos bens não mensuráveis por pecúnia.

A discussão torna-se mais delicada quando alguns povos indígenas não habitam e proclamam como seu território uma área que não pertence à apenas um só país, mas encontra-se na fronteira de dois ou mais. Nesta situação, os direitos destes povos ficam ainda mais fragilizados, pois ficam divididos entre normas domésticas, as vezes conflitantes, de mais de um Estado (como no ilustrado caso 12.435).

Falte, provavelmente, similares iniciativas como a adotada pela Nação da Bolívia que:

A Bolívia, ao reconhecer-se estado pluriétnico e multicultural pôs fim à ficção de estado enquanto uma única nação surgindo daí novos tipos de cidadania não mais pensada no viés liberal baseada no exercício de direitos individuais mas, numa cidadania diferenciada que fomenta o exercício dos direitos coletivos de livre-determinação, autonomia, representação e participação desses povos em seu interior. A plurinacionalidade seria assim, a melhor chance de se garantir o exercício de poder e de territorialidade para os povos originários tratando-se de uma alternativa descolonizadora. (DAN, 2015, p. 488).

À vista disto, tem-se que a visão atual de direitos humanos, que é uma visão eurocêntrica, ou ocidental-norte não se mostra a mais adequada na proteção dos povos

indígenas, permitindo a exploração e perpetuação do genocídio desses povos e, portanto, reclama revisão sob pena de, parando-se no tempo, permanecer-se na árida concepção da Escola de Salamanca que, mesmo fornecendo significativos avanços a um período tão cruel para a existência indígena, não foi capaz de evitar seu quase extermínio por força de sua concepção demasiado eurocêntrica de igualdade.

5. Conclusão

Enquanto o Direito Internacional mostra-se resistente à compreensão dos indígenas como *minorias*, os indígenas permanecem à sombra dos Estados-nações que lhes engolem como a esfinge ante a sua vulnerabilidade e, sobretudo, a manutenção da percepção eurocêntrica aplicado na condução jus internacionalista à questão.

Em que pese os louváveis contributos da Escola de Salamanca com os freios dados à sanguinolência da colonização espanhola, bem como os progressos encontrado na contemporaneidade pelos diversos diplomas normativos do Direito Internacional que abrangem o Direito dos Povos Indígenas reconhecendo-se a aplicação da autodeterminação dos povos, a proteção de sua espiritualidade, território, integridade e o direito de não serem discriminados, tem-se, contudo, que “*o direito de autogoverno: fundado no reconhecimento da identidade do povo indígena, também em seu aspecto político*” (CAVALCANTI, 2016, p. 69) mostra-se ilusória.

Após analisar a evolução do direito indígena no Direito Internacional partindo das contribuições da Escola de Salamanca com destaque em Vitória, Soto e Menchaca, foi possível analisar a evolução contemporânea da proteção Internacional aos direitos indígenas em diversos diplomas internacionais que enchem o assunto de esperança.

Todavia, logo em seguida, dedicou-se a analisar julgados da Corte Interamericana sobre a matéria que interpretou de maneira estritamente econômico-patrimonialista a matéria de demarcação e utilização das terras demonstrando, uma vez mais que a luta e a defesa dos direitos indígenas no âmbito internacional permanece na concepção eurocêntrica de *Las Leyes Indias* que, infelizmente, tem servido à negligência e desrespeito dos Direitos dos Povos Indígenas ante ao fato de que os regentes do *modus operandi* de autogoverno dos povos indígena é o Estado-nação em que se encontra aquela tribo.

Conclui-se, então, que na prática as Cortes Internacionais tem aplicado uma *autodeterminação dos povos mitigada* que tenta conciliar os Estados-nações com os povos indígenas, mas que, ante ao colossal gigante de Hobbes acaba por aniquilar as pequenas comunidades indígenas, sobretudo, ademais, quando se depara com a percepção

estaticêntrica de autodeterminação dos povos, onde, conforme Soliano¹⁹ esclarece que o mútuo reconhecimento não parece incluir povos como os indígenas.

Por isso, diante da análise aqui realizada, a defesa dos Direitos Indígenas no âmbito internacional reclama uma releitura a partir dos conceitos, pensamentos e construção social dos próprios indígenas e não uma criação eurocêntrica imposta acriticamente quando, no final, julgados das referidas Cortes Internacionais ignoram aspectos outros como o âmbito do *sagrado* indígena aplicando-lhes as regras mesma do contexto ocidental patrimonialista, de modo que não são os Estados aptos a conduzirem os povos indígenas, mas eles mesmos.

Madison, Wisconsin, Estados Unidos da América.
São Paulo, maio de 2019.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANAYA, Stephen James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Tucson, v. 21, n. 1, p. 13-61, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Portal do Planalto*, Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 maio 2019.

BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Portal do Planalto*, Brasília, DF, jul. 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. *Portal do Planalto*, Brasília, DF, jul. 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 1 fev. 2019.

¹⁹ “A prevalência dos direitos humanos parece ser um credo dividido, ao menos em nível institucional, por todas as democracias constitucionais do mundo. Esse fato, atrelado à disposição de cooperação entre os povos, aponta para a necessidade de comunicação, ainda que informal, sobre como esses direitos devem e podem ser garantidos em cada Estado. Outrossim, a autodeterminação dos povos e da independência dos Estados aponta para o reconhecimento, pela Constituição, da existência de outras identidades sistêmicas igualmente válidas”. (SOLIANO, 2017, p. 315).

BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Portal do Planalto*, Brasília, DF, abr. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 28 abr. 2019.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno*: Fernando Vázquez de Menchaca. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1977.

CARRIQUIRY, Abelardo Alonso. *Historia del derecho argentino*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1953.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo medieval e moderno até Vitória*. São Paulo: Atlas, 2012.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo moderno de Suarez a Grócio*. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALCANTI, Thais Novaes. Direito ao desenvolvimento dos povos indígenas e bom governo: uma contribuição de Guaman Poma de Ayala e Francisco de Vitória. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 24, v. 96, p. 63-77, jul./ago. 2016.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Editora Ática, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. [S. l.: s. n.], ago. 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso do Povo de Saramaka vs. Suriname*. San José: [s. n.], nov. 2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso do Povo indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. [S. l.: s. n.], fev. 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. San José: [s. n.], jun. 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/dd8acea6c7256808b84889d6499e6aaa.pdf>.

DAN, Vivian Lara Cáceres. Por uma reflexão sobre o estado plurinacional boliviano: questões sobre identidade chiquitana e o termo originário. *Revista Científica Civitas*, Porto Alegre, v. 15, n. 3, p. 473-490, jul./set. 2015.

DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. *A separação de poderes na Argentina e no Brasil e a integração sub-regional*. 2019. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) – Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

GUTIÉRREZ, Jorge Luis. A controvérsia de Valladolid (1550): Aristóteles, os índios e a guerra justa. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 223-235, mar./maio. 2014.

LEHFELD, Lucas de Souza; DIAS, Luan Guilherme. Autodeterminação dos povos e cidadania: a afirmação histórica de Timor-Leste como Estado soberano. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 25, v. 104, p. 273-293, nov./dez. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção da ONU de 21 de dezembro de 1965: Sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*. [S. l.: s. n.], dez. 1965. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/quilombola/convencao.pdf>. Acesso em: 1 maio 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas*. Rio de Janeiro: Centro de Informações das Nações Unidas, mar. 2018. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 1 maio 2019.

OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe n. 61/08*. Caso 12.435: Fondo Gran Cacique Michel Mitchell vs. Canadá. Washington, D.C.: [s. n.], jul. 2008. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Canada12435.sp.htm>. Acesso em: 4 nov. 2018.

OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José: [s. n.], nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 1 maio 2019.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awastings vs. Nicarágua*. [S. l.: s. n.], ago. 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2019.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso do povo indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. [S. l.: s. n.], fev. 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 1 maio 2019.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso do povo Saramaka vs. Suriname*. San José: [s. n.], nov. 2007. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. San José: [s. n.], jun. 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/dd8acea6c7256808b84889d6499e6aaa.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

OEA. *Declaração Americana sobre os direitos dos povos indígenas*. Santo Domingo: [s. n.], jun. 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 1 maio 2019.

OLIVA, Thiago Dias; KÜNZLI, Willi Sebastian. Proteção das minorias no direito internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 113, p. 703-719, jan./dez. 2018.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.: s. n.], dez. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 30 abr. 2019.

PANIKKAR, Raimon. Is the notion of human rights a western concept? *Diogenes*, Hudson, v. 30, n. 120, p. 75-102, 1982.

PENA GONZÁLEZ, Miguel Anxo. Derechos humanos en la Escuela de Salamanca. In: FLECHA ANDRÉS, José-Román. (coord.). *Los derechos humanos en Europa*. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2009.

PICH, Roberto Hofmeister. *Dominium e ius*: sobre a fundamentação dos direitos humanos segundo Francisco de Vitoria (1483-1546). *Telecomunicação*, Porto Alegre, v. 42, n. 2, p. 376-401, jul./dez. 2012.

SALGUEIRO, Fernanda Elias Zaccarelli. *Defesa, conversão, vingança*: a guerra justa contra ameríndios entre letrados e leis castelhanas (1492-1573). 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SILVA, Lucas Duarte. A Escola de Salamanca: entre o medievo e a modernidade. *Seara Filosófica*, Pelotas, n. 6, p. 76-84, Inverno 2013.

SOLIANO, Vitor. Jurisdição constitucional e interações transnacionais I: contexto, forma, função e fundamentos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 25, v. 103, p. 291-323, set./out. 2017.

SOTO, Fray Domingo. *Tratado de la justicia y el derecho*. Vertido al castellano por D. Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid: Editorail Reus, 1922.

TOMUSCHAT, Christian. *Human rights: between idealism and realism*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

UNITED NATIONS. *Report on the United Nations Seminar on the effects of racism and racial discrimination on the social and economic relations between indigenous peoples and states*. Geneva: United Nations, Feb. 1989. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/56989>.

