



Sílvia Maria da Silveira Loureiro

**A Reconstrução da
Subjetividade Coletiva dos Povos Indígenas
no Direito Internacional dos Direitos Humanos**

**O Resgate do Pensamento da
Escola Ibérica da Paz (Séculos XVI e XVII)
em Prol de um Novo *Jus Gentium* para o Século XXI**

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof. Bethânia de Albuquerque Assy
Co-orientador: Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade

Rio de Janeiro
Agosto de 2015



Silvia Maria da Silveira Loureiro

A Reconstrução da Subjetividade Coletiva dos Povos Indígenas no Direito Internacional dos Direitos Humanos

O Resgate do Pensamento da Escola Ibérica da Paz (Séculos XVI e XVII) em Prol de um novo Jus Gentium para o século XXI

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof^a. Bethânia de Albuquerque Assy
Orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade
Co-orientador
Universidade de Brasília - UnB

Prof. José Ribas Vieira
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Gustavo Sénéchal de Goffredo
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Antonio Celso Alves Pereira
UERJ

Prof. Pedro José Calafate Villa Simões
Universidade de Lisboa

Prof^a. Monica Herz
Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 10 de agosto de 2015.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Silvia Maria da Silveira Loureiro

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (1998) e especialização em Direito Processual pelo Instituto Superior de Administração e Economia da Amazônia/Fundação Getúlio Vargas, (1999). É Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (2003). Atua como professora do Curso de Direito da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas, nas áreas de Direito Constitucional e Direito Internacional. É co-responsável pelas atividades da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da ESO/UEA. Pesquisa sobre temas de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ficha catalográfica

Loureiro, Silvia Maria da Silveira.

A Reconstrução da Subjetividade Coletiva dos Povos Indígenas no Direito Internacional dos Direitos Humanos: O Resgate do Pensamento da Escola Ibérica da Paz (Séculos XVI e XVII) em Prol de um novo Jus Gentium para o século XXI / Silvia Maria da Silveira Loureiro; orientadora: Bethânia de Albuquerque Assy. – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2015.

325 f; 29,7 cm

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito.

Inclui bibliografia

1. Direito - Teses. 2. Direitos Humanos 3. Direitos Coletivos. 4. Direito Internacional. 5. Povos Indígenas. 6. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 7. Escola Ibérica da Paz. 8. Direito natural. 9. Democracia I. Assy, Bethânia de Albuquerque. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Dedico este trabalho

A Deus
Por guiar meus passos,
segundo Sua Providência e Amor

Aos meus pais Rita e Alfredo,
Pelo carinho, apoio e incentivo
Ao meu namorado André
Pelo amor, compreensão e companheirismo
Ao meu sobrinho João Álvaro
Pela esperança, ternura e alegria

Agradecimentos

Agradeço

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro pela confiança em mim depositada e pela bolsa de estudos recebida.

À Universidade do Estado do Amazonas pelo incentivo e amparo institucional em vista do aprimoramento da minha formação acadêmica.

Ao Centro de Filosofia da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa e ao Serviço de Apoio ao Aluno, pela acolhida no semestre letivo 2012/2013, em intercâmbio acadêmico que teve importância fundamental para os traços de originalidade impressos no presente trabalho de tese.

À Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas – FAPEAM e ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq por ter me concedido bolsa de estudos do Programa de Formação de Doutores em Áreas Estratégicas – PDAEST/AM/CNPq

À Área de Leitura para Deficientes Visuais da Biblioteca Nacional de Portugal - BNP, em especial ao auxílio inestimável da equipe de Carlos, Maria e Paulo, sem o qual a leitura dos volumes da coleção *Corpus Hispanorum de Pace* e tantas outras referências teria sido mais difícil.

Ao Instituto de Teologia, Pastoral e Ensino Superior da Amazônia ITEPES, especialmente, à Regilene Alves de Souza pelo auxílio na busca de bibliografia especializada.

À minha orientadora, Prof^a. Dr^a. Betânia de Albuquerque Assy, pela generosa acolhida, desde os primeiros dias do Curso, proporcionando-me as melhores oportunidades que poderia ter tido para desenvolver com máxima qualidade o meu trabalho de tese.

Ao meu co-orientador, Prof. Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, pelas estradas abertas ao longo de mais de duas décadas de dedicação à magistratura internacional, sempre fiel ao seu magistério acadêmico, e pelo incentivo sempre recebido.

Ao Prof. Dr. Pedro Calafate, que me recebeu no Centro de Filosofia da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, a quem também considero meu co-orientador, por sua enorme importância neste trabalho, pois foi o responsável pela minha *descoberta* da Escola Ibérica da Paz e, portanto, na discussão, na concretização e nos rumos que daí por diante tomou a presente tese e toda a produção acadêmica gerada a partir dela.

A toda equipe do projeto *Corpus Lusitanorum de Pace*, dirigida pelo Prof. Dr. Pedro Calafate, pelo esforço coletivo dos profissionais da paleografia, da tradução, da filosofia, da história e do direito para trazer a lume, cinco séculos depois, os ecos das vozes dos autores aqui estudados.

Ao Prof. Dr. Fernando Dantas, por todo o apoio e incentivo que recebi, tão generosamente, quando fui procurá-lo, em 2009, na Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, para conversarmos sobre meu desejo de cursar o doutorado e sobre o projeto de tese que tinha em vista, ainda tão embrionário.

Ao Anderson e à Carmem do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, por todo o auxílio nas questões acadêmico-administrativas, prestado sempre com muita eficiência e simpatia.

Aos meus alunos de Direito Internacional e Direito Constitucional da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas, razão da minha docência, pela compreensão e incentivo nesta empreitada acadêmica.

Aos atuais participantes e aos sempre-participantes do Grupo de Pesquisa *Direitos Humanos na Amazônia* (CAPES) e da *Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental* pelos trabalhos que desenvolvemos juntos e que me estimulam a continuar sempre.

A toda minha família, por chegar comigo unida ao final desta longa caminhada e me ajudar sempre que quiser iniciar outras. Aos meus pais por me ensinarem desde muito cedo o valor dos livros e da educação. Ao meu pai por todos os livros e conversas que tivemos ao longo da elaboração desta tese. A minha mãe, por ter me ouvido nos momentos de encruzilhada do texto. Aos meus irmãos, Mariana e Alfredinho, pela amizade e apoio sempre. Aos meus sobrinhos Eduardo, Flávia, Thalles e João, pela alegria nos momentos fora do trabalho da tese.

Ao meu namorado André, por compartilhar comigo este sonho e estar comigo, longe ou perto, em todos os momentos, nos mais felizes e nos mais difíceis também, meu especial obrigada.

Aos meus amigos Jamilly, Eduardo, Fabrício, Henrique e Paulo pelo apoio incondicional em todas as horas.

Aos leitores eletrônicos Max, Joana, Paulina e Tom, assim como aos desenvolvedores dessas maravilhas da tecnologia, sem os quais esta tese teria sido muito penosa.

Certamente, este trabalho não teria sido possível sem o apoio destas pessoas e instituições a quem dedico os meus mais sinceros e emocionados agradecimentos.

Resumo

Loureiro, Silvia Maria da Silveira. Assy, Bethânia de Albuquerque. **A Reconstrução da Subjetividade Coletiva dos Povos Indígenas no Direito Internacional dos Direitos Humanos: O Resgate do Pensamento da Escola Ibérica da Paz (Séculos XVI e XVII) em Prol de um novo Jus Gentium para o século XXI.** Rio de Janeiro, 2015. 325p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A presente pesquisa visa à fundamentação teórica do reconhecimento dos povos indígenas como verdadeiros sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, através do resgate do pensamento jurídico e teológico dos autores da Escola Ibérica da Paz, cujos escritos, datados dos séculos XVI e XVII, colocaram em causa os fundamentos éticos, jurídicos e políticos do processo de conquista e colonização do Novo Mundo. Trata-se de um momento histórico particularmente privilegiado para esta análise, em primeiro lugar, pelo ineditismo do contato civilizacional proporcionado pela chegada das naus espanholas e portuguesas na América, sob os auspícios das Coroas ibéricas e do Papa, impulsionando os autores do Renascimento peninsular a adequar toda a tradição filosófica mediterrânea cristã a uma nova realidade, resultando na reinvenção do direito natural e das gentes no quadro de uma realidade cultural bastante distinta daquela do *orbis christianus* medieval. Em segundo lugar, este contexto histórico e geográfico permite uma análise do Direito Internacional, ainda como *jus gentium*, ou seja, antes do modelo westfaliano de repartição das soberanias estatais pós-1648. Para a compreensão do problema de pesquisa proposto em toda sua amplitude, o trabalho divide-se em três partes principais. A primeira dedica-se ao estudo do fenômeno da coletivização da proteção internacional dos direitos humanos, analisando de início as fontes de inspiração utilizadas para a redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o processo decisório que gerou a divisão dos Pactos Internacionais das Nações Unidas em dois instrumentos com a previsão de direitos civis e políticos separadamente dos direitos econômicos, sociais e culturais e com mecanismos de implementação distintos, o que resultou na proteção dos direitos humanos individuais mais amplamente desenvolvida que aquela em dimensão coletiva. Demonstra-se, ao final, que, apesar de resistências teóricas, as coletividades humanas possuem, contemporaneamente, um *locus*

standi nos sistemas de peticionamento internacional em casos de graves e sistemáticas violações de direitos humanos. A segunda parte destaca a trajetória dos povos indígenas de objetos a sujeitos do direito internacional, assim como examina o processo emancipatório dos povos indígenas no Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Esta parte intermediária do trabalho demonstra ainda o reconhecimento da condição de sujeitos coletivos dos povos indígenas por meio do estudo da casuística indigenista da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobretudo após o caso paradigmático do povo Kichwa de *Sarayaku v. Equador* (2012). Entretanto, por este trabalho não objetivar uma análise apenas hermenêutica e normativista do Direito Internacional dos Povos Indígenas, a terceira parte revela o papel da Escola Ibérica da Paz, nos séculos XVI e XVII, na defesa dos direitos dos povos indígenas do Novo Mundo. Graças à perspectiva do direito natural e das gentes, os povos indígenas eram considerados pelos autores ibéricos como comunidades humanas livres e soberanas que, como qualquer outro reino cristão, tinham o direito de se autogovernar e dispor de suas terras.

Palavras-chave

Direitos humanos; direitos coletivos; direito internacional; povos indígenas; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Escola Ibérica da Paz; direito natural; democracia.

Abstract

Loureiro, Silvia Maria da Silveira. Assy, Bethânia de Albuquerque (Advisor). **The Reconstruction of the Collective Subjectivity of Indigenous Peoples in the International Law of Human Rights: The Rescue of the Iberian School of Peace Thought (XVI and XVII Centuries) towards a New Jus Gentium for the XXI Century.** Rio de Janeiro, 2015. 325p. Doctoral Thesis – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The aim of this thesis is to research the theoretical basis for the recognition of indigenous peoples as true subjects of the international law for human rights, by means of recovering the legal and theological thought of the authors of the Iberian School of Peace. Their written work which dates of the sixteenth and seventeenth centuries discuss the ethical, legal and political basis for the process of conquer and colonization of the New World. Their debates occurred in a privileged moment for the analysis, firstly because of the unprecedented contact of civilizations created by the arrival of the Spanish and Portuguese caravels in America, under patronage of the Iberian kings and the Pope. This contact stimulated the authors of the Renaissance in the Iberian Peninsula to adapt the Christian Mediterranean philosophy tradition to a new reality which resulted on reinvention of the natural law and the law of nations under the frame of a cultural reality very different from that of the medieval *orbis christianus*. Secondly, the historic and geographic context of the Iberian School of Peace allows an analysis of the International Law still as *jus gentium*, i.e. before the Westphalian model of state sovereignty established in 1648. For complete understanding the research problem, the thesis is divided in three parts. The first part is dedicated to the study of phenomenon of the collectivization of the international law of the human rights. It analyses the sources that provide inspiration for the Universal Declaration of Human Rights and the decision process that divided the International Pacts of the United Nations in two instruments, one for civil and political rights and other for economic, social and cultural rights. The fact that the two instruments have distinct implementation mechanisms resulted on the protection of individual human rights being more widely developed than the protection of the collective dimension of human rights. It is demonstrated that besides the resistance in the

tradition of human rights theory, human collectivities currently have *locus standi* in the international petitioning systems for the systematic violation of human rights. The second part emphasizes the trajectory of indigenous peoples from objects to subjects of international law, and examines their emancipatory process under the New Latin American Constitutionalism. This intermediate part of the work demonstrates the recognition of the condition of collective subjects for the indigenous peoples by means of the study of indigenous case law brought to the Inter-American Court of Human Rights, especially after the paradigmatic case of the people Kichwa de Sarayaku v. Ecuador (2012). As this thesis does not aim to analyze the international law of the indigenous peoples resorting only to legal hermeneutics and normative studies, the third part reveals the role of the Iberian School of Peace of the sixteenth and seventeenth centuries to the protection of indigenous peoples rights in the new world. Due to the perspective of the natural law and the law of nations, the indigenous peoples were considered by the Iberian authors as free and sovereign human communities that, as any other Christian kingdom, had the right of self-government and control of their lands.

Keywords

Human rights; collective rights; International Law; Indigenous Peoples; Inter-American Court of Human Rights; Iberian School of Peace; natural law; democracy.

Sumário

Introdução	18
Parte I O Fenômeno da Coletivização do Direito Internacional dos Direitos Humanos	32
1. O Movimento de Internacionalização da Proteção dos Direitos Humanos e a superação de seus novos obstáculos no século XX	32
1.1 Considerações Iniciais	32
1.2 A necessidade de superação das concepções individualistas e categorizadas dos Direitos Humanos	38
1.2.1 A Reconstituição do Processo de Elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, suas Fontes Documentais, Filosóficas e Ideológicas	41
1.2.2 A Reconstituição do Processo de Elaboração dos Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas.	51
1.2.3 A Gradual Superação da Dicotomização dos Direitos Humanos nos Sistemas Onusiano e Regionais de Proteção	60
1.3 A Artificialidade da Metáfora Geracional dos Direitos Humanos	66
2 A Proteção Internacional dos Direitos Humanos em dimensão coletiva	71
2.1 Considerações Iniciais	71
2.2 Os Antecedentes Históricos do Mecanismo de Petições no Direito Internacional	83
2.3 O Peticionamento Coletivo na Prática Internacional Contemporânea	89
2.3.1 As Petições Coletivas no Plano do Sistema das Nações Unidas	90
2.3.2 As Petições Coletivas no Plano dos Sistemas Regionais	98
2.3.3 As Petições Coletivas no Plano do Sistema de Reparações às Vítimas de Crimes de Competência do Tribunal Penal Internacional	106

2.4 A Insuficiência das Bases Doutrinárias Modernas dos Direitos Humanos para o Reconhecimento das Coletividades como Sujeitos de Direitos	111
2.4.1 A Teoria dos Interesses Transindividuais Aplicada ao Processo Internacional dos Sistemas de Proteção de Direitos Humanos	112
2.4.2 Uma Proposta de Tipologia de Coletividades-Sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos	117
Parte II A Proteção Internacional Dos Direitos Humanos Dos Povos Indígenas Na América Latina	120
3 Os Povos Indígenas Latino-Americanos como sujeitos do Direito Internacional	120
3.1 Considerações Iniciais	120
3.2 A Trajetória dos Povos Indígenas de objetos à Sujeitos do Direito Internacional	130
3.2.1 De 1648 a 1948: “Sem Fé, sem Lei e nem Rei”	131
3.2.2 De 1948 aos Dias Atuais: A Recente Era dos Direitos Humanos e a Luta dos Povos Indígenas pelo Reconhecimento de Direitos Coletivos	138
3.3 Os Horizontes Constitucionais Latino-Americanos e o Projeto Descolonizador dos Povos Indígenas	145
4 O Reconhecimento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos dos Povos Indígenas como Sujeitos de Direito Internacional em Dimensão Coletiva	156
4.1 Considerações Iniciais	156
4.2 Análise do Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni (2001)	160
4.3 Análise do caso do massacre de Plan de Sánchez (2004)	164
4.4 Análise da Trilogia de Casos das Comunidades Indígenas do Chaco Paraguaio (2005, 2006 E 2010)	167
4.4.1 Caso Yakye Axa (2005)	168
4.4.2 Caso Sawhoyamaya (2006)	173
4.4.3 Caso Xâkmok Kásek (2010)	175
4.5 Análise do caso do povo Kichwa de Sarayaku (2012)	180
4.6 Análise do Caso dos Massacres de Rio Negro (2012)	182

4.7 Análise do caso dos Povos Indígenas Kuna de Madugandi e Emberá de Bayano e seus membros (2014)	187
4.8 A Insuficiência das Respostas Jurisprudenciais para a Construção de uma Nova Base Jurídica para o Reconhecimento dos Povos Indígenas como Sujeitos Coletivos de Direitos Humanos no Plano Internacional	189
Parte III A Doutrina Democrática Da Escola Ibérica Da Paz Em Prol De Uma Nova Fundamentação Do Direito Internacional Dos Povos Indígenas	197
5 A Doutrina Ibérica da paz face aos Desafios do Encontro com os Povos do Novo Mundo	197
5.1 Considerações Iniciais	197
5.2 O Debate sobre a Dúvida Indiana como uma Questão de Estado no Século XVI	200
5.2.1 O “Requerimiento”	204
5.2.2 A Legislação Indiana Espanhola até Meados do Século XVI	205
5.3 A Escola Ibérica da Paz e a Construção da Resposta Universitária à Dúvida Indiana	207
5.3.1 Os Legados Mentais em Disputa na Junta de Valladolid (1550-1551)	208
5.3.2 A Escola Ibérica da Paz	217
5.4 O Caráter Teológico dos Textos da Escola Ibérica da Paz e a Importância da Perspectiva do Direito Natural para a Solução da Dúvida Indiana	226
5.4.1 A Teologia como Fonte Privilegiada de Saber no Período Medieval-Renascentista	226
5.4.2 Os Povos Indígenas entre o Direito Natural e o Direito das Gentes segundo a Doutrina da Escola Ibérica da Paz	230
6 A Doutrina Ibérica da Paz e as suas respostas para a dúvida indiana	242
6.1 Considerações Iniciais	242
6.2 A Origem do Poder Temporal e sua Relação com o Poder Espiritual segundo a Doutrina Democrática Ibérica	247
6.2.1 A Doutrina Democrática Peninsular como Via Humanista para Solução da Dúvida Indiana	249

6.2.2 A Legitimidade dos Príncipes das Gentes do Novo Mundo	253
6.2.3 As Relações entre o Poder Temporal e o Poder Espiritual nas Disputas sobre as Gentes do Novo Mundo	259
6.3 O Domínio dos Povos do Novo Mundo segundo a Concepção da Doutrina Democrática Ibérica	263
6.3.1 A Escola Ibérica da Paz ante as Teses Opostas ao Domínio dos Povos do Novo Mundo	266
6.3.2 A Doutrina Ibérica e a Escravidão dos Povos do Novo Mundo	274
6.4 Os Limites da Doutrina Democrática à Aplicação da Guerra Justa aos Povos do Novo Mundo	283
6.4.1 Dos Crimes contra a Natureza e o Limite da Defesa dos Inocentes	286
6.4.2 Da Defesa do <i>Jus Amicitiae</i> , do <i>Jus Communicationis</i> , do <i>Jus Commercii</i> e do <i>Jus Peregrinandi</i>	290
6.4.3 Da Defesa do <i>Jus Praedicandi</i>	291
6.4.4 Do Argumento da Inferioridade Civilizacional como Título Ilegítimo para a Guerra Justa	295
7 Conclusão	298
8 Referências Bibliográficas	312

Lista de Tabelas

Tabela 1 - Relação dos Casos de Estudo

26

“Si yo desease mucho el arzobispado de Toledo, que está vaco y me lo hoviesen de dar porque yo firmase o afirmase la inocencia de estos peruleros, sin duda no lo osara hacer: Antes se seque la lengua y la mano, que yo diga ni escriba cosa tan inhumana y fuera de toda cristiandad.”

(Trecho da Carta de Francisco de Vitória ao Padre Arcos sobre Negócios de Índias, publicada em VITÓRIA, Francisco de. *Relectio De Indis: o libertad de los ínidos*. Edição crítica bilíngüe de L. Pereña e J. M. Pérez Prendes. Madrid: CSIC, 1967. p. 139. v. V da Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*)

Introdução

É um paradoxo do nosso tempo que, embora o direito internacional contemporâneo conte com um acervo de fontes normativas de proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas, não se constate, com a mesma clareza, o reconhecimento dos povos indígenas como verdadeiros sujeitos coletivos do direito internacional.

Os avanços normativos introduzidos no *corpus jûris* internacional de proteção dos povos indígenas se devem às lutas sociais travadas pelo movimento indigenista, nos fóruns internacionais, a partir da década de 1970. Graças a estas conquistas, como por exemplo, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), o repertório da prática internacional dos órgãos de proteção dos direitos humanos, tanto no sistema universal das Nações Unidas, quanto no sistema regional interamericano, possuem, atualmente, exemplos bem sucedidos de reparações obtidas em favor dos membros de grupos ou de comunidades indígenas vitimizadas em casos de graves violações de direitos humanos.

Constata-se, por conseguinte, que os avanços obtidos no campo do Direito Internacional dos Povos Indígenas está intrinsecamente relacionado mais com o apoderamento dos mecanismos tradicionais de peticionamento internacional e a habilidade para adaptá-los a demandas de natureza coletiva, levando a condução bem-sucedida de casos paradigmáticos pelas organizações não governamentais e pelos representantes dos povos indígenas que, propriamente, com uma fundamentação teórica em prol do reconhecimento das coletividades como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Assim, apesar dos êxitos já obtidos, o reconhecimento do *jus standi* dos povos indígenas como autênticos sujeitos coletivos de direitos no plano internacional, com personalidade, capacidade e legitimidade *ad causam* próprias e

distintas da de seus membros carece ainda de uma abordagem teórica geralmente aceita, acarretando enormes dificuldades de ordem prática em relação à tramitação das demandas de povos indígenas vitimizados com um viés nitidamente coletivo.

As primeiras reflexões que deram origem ao problema de pesquisa investigado na presente tese se iniciaram em 2003, quando tive a oportunidade de participar do programa de estágios da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, naquela ocasião dava trâmite ao Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa contra o Paraguai. De fato, não se tratava do primeiro caso sobre o reconhecimento da propriedade comunal dos territórios ancestrais indígenas a ser discutido perante a Corte, já que as bases da interpretação do artigo 21 da Convenção Americana acerca deste tema haviam sido lançadas em 2001, na sentença do caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra a Nicarágua. No entanto, a incumbência a mim atribuída pelo Departamento Legal da Corte, de colaborar na organização da Lista de Membros da Comunidade Yakye Axa, confrontou-me, na prática, com a difícil tarefa de individualização de vítimas em casos de violações de direitos humanos perpetradas contra uma coletividade.

Essa lista de vítimas, que passou a fazer parte da sentença proferida em 17 de junho de 2005, como seu Anexo A, foi elaborada com base nas informações do censo promovido pelo Estado paraguaio em 2002. Este censo organizou os membros da Comunidade Yakye Axa em noventa residências/grupos familiares, referindo o nome e sobrenome de cada um dos trezentos e dezenove indivíduos membros da comunidade. Porém, deixou-se consignado na sentença que devido ao fato de ser uma população deslocada de seu território ancestral, que vivia em condições de extrema miséria na beira de uma estrada, certamente, o número de pessoas constante desta lista poderia variar.

Em que pese todo este detalhamento, quanto ao cuidado de individualização dos membros da Comunidade Yakye Axa, declarados como vítimas neste caso, a Corte outorgou medidas reparatorias de abrangência coletiva, quais sejam: a) criação de um fundo destinado exclusivamente à aquisição das terras a serem entregues aos membros da Comunidade Yakye Axa (parágrafo 218) e b) implementação de um programa e um fundo de desenvolvimento comunitário (parágrafos 205 e 206).

Em outras palavras, embora a Corte Interamericana reconhecesse o forte liame étnico e cultural que une os membros de uma comunidade indígena, sobretudo no que tange ao gozo e exercício de determinados direitos, como o direito à propriedade de seus territórios ancestrais, a aplicação a tais casos da rígida regra da individualização das vítimas obstaculizava a condução destas demandas em perspectiva propriamente coletiva, apesar de a Corte ter desenvolvido uma jurisprudência inovadora no sentido de outorgar medidas reparatórias em benefício da comunidade como um todo.

Por isso, a experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de proteção de direitos indígenas é emblemática. Se, por um lado, o Tribunal Interamericano logrou desenvolver uma jurisprudência extremamente progressista em matéria de reparações coletivas em favor de comunidades integrantes de povos indígenas e tribais, à luz de uma interpretação evolutiva do artigo 21 da Convenção Americana, por outro lado, levou cerca de uma década para reconhecer os povos indígenas como sujeitos do Direito Internacional, o que, de fato, somente ocorreu em 2012, no caso do povo Kichwa de Sarayaku contra o Equador.¹

O argumento que prevaleceu no seio da composição majoritária da Corte Interamericana até o julgamento do caso do povo Kichwa de Sarayaku era o de que o artigo 1.2 da Convenção Americana definia que *pessoa é todo o ser humano* e, portanto, por mais que o exercício de determinados direitos indígenas se concretizasse apenas no plano do coletivo, os sujeitos reconhecidos como vítimas nos termos da norma convencional seriam apenas os membros destas comunidades indígenas, devidamente individualizados.²

¹ Cfr.: Corte IDH. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e Reparções. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245. par. 231.

² A posição majoritária encontrava apoio nos Votos do juiz Sergio García Ramírez, nos seguintes casos: Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. *Voto Razonado Concurrente* do juiz Sergio García Ramírez. par. 14; Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparções e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C No. 116. *Voto Razonado* do juiz Sergio García Ramírez. pars. 1-14 e Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C No. 127. *Voto Concurrente* do juiz Sergio García Ramírez. par. 6. A linha de entendimento dissidente da maioria da Corte encontra-se, inicialmente, nos votos de A. A. Cançado Trindade e, mais recentemente, no voto de Eduardo Vio Grossi: Corte IDH. *Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124. *Voto Separado* do juiz A. A. Cançado Trindade. pars. 5-12; Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C No. 146. *Voto Razonado* do Juiz A. A. Cançado Trindade. pars. 58-

No entanto, considerando o amplo acervo normativo contemporâneo, formado por fontes jurídicas do Direito Internacional dos Povos Indígenas, assim como a evolução das Constituições Latino-Americanas que passaram a contemplar um amplo rol de direitos indígenas, a Corte Interamericana consignou na sentença do caso do povo Kichwa:

“Em anteriores oportunidades, em casos relativos a comunidades ou povos indígenas e tribais o Tribunal declarou violações em prejuízo dos integrantes ou membros das comunidades e povos indígenas ou tribais. Sem embargo a normativa internacional relativa a povos e comunidades indígenas ou tribais reconhece direitos aos povos como sujeitos coletivos do Direito Internacional e não unicamente a seus membros. Posto que os povos e comunidades indígenas ou tribais, coesos por suas particulares formas de vida e identidade, exercem alguns direitos reconhecidos pela Convenção desde uma dimensão coletiva, a Corte assinala que as considerações de direito expressas ou vertidas na presente sentença devem entender-se desde dita perspectiva coletiva.”³ (Tradução livre)

Note-se, entretanto, que mesmo após a revisão de seu posicionamento no caso do povo Indígena Kichwa de Sarayaku, a Corte Interamericana ainda tem oscilado em suas decisões. Apenas dois meses depois de emitida a sentença no caso do povo Kichwa, a Corte retomou o parâmetro de exigência das listas de individualização de vítimas no caso dos Massacres de Rio Negro⁴, embora reconhecesse o impacto dos fatos do caso sobre a vida, religiosidade, integridade física e cultural das comunidades indígenas do povo maia Achí. Dois anos depois, no caso dos povos indígenas Kuna de Madugandí e Emberá de Bayano e seus membros⁵, a Corte volta a reconhecer a subjetividade coletiva das comunidades vitimizadas, revelando a necessidade de se investigar um parâmetro científico mais seguro, apartado das questões de política judiciária, para a fundamentação do reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos do direito internacional.

Em vista dessa experiência, a questão central que perpassa por toda esta pesquisa é a seguinte: qual é o fundamento teórico para a afirmação de que os povos indígenas são sujeitos coletivos no plano do direito internacional dos

65; e Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. *Voto Concurrente* do juiz Eduardo Vio Grossi. pars. 26-27.

³ Corte IDH. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Mérito e Reparaciones. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245. par. 231.

⁴ Corte IDH. Caso *Massacres de Rio Negro Vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012 Serie C No. 250.

⁵ Corte IDH. Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madugandí e Emberá de Bayano e seus Membros Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C No. 284.

direitos humanos, se os direitos humanos, por força da tradição iluminista, que remonta ao século XVIII, são concebidos em termos individuais?

Nesse sentido, o principal desafio proposto na presente tese é formular uma fundamentação teórica que seja capaz de superar o tratamento liberal-individual da proteção internacional dos direitos humanos, sem perder de vista, contudo, os grandes avanços conquistados após o final da Segunda Guerra Mundial, particularmente com a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Como solução do problema acima suscitado, visando o preenchimento dessa tão persistente lacuna teórica, proponho, como hipótese primária, que o Direito Internacional deve retornar as suas origens históricas, na condição de *jus gentium*, no panorama dos séculos XVI e XVII, anteriormente à consolidação do Estado-Nação Moderno e, desta forma, redescobrir as coletividades humanas no plano das relações jurídicas internacionais.

Para tanto, procederei ao resgate do pensamento humanista da Escola Ibérica da Paz.⁶ Por mais de três séculos, o legado de textos deixados pelos justicólogos do renascimento hispânico foi condenado ao esquecimento por se tratar de uma doutrina de matiz democrático e fundamentação católica.

Por terem estas duas características bem marcantes, estes autores jamais poderiam ter sido aceitos e prestigiados pelas correntes políticas triunfantes na Europa dos séculos XVII e XVIII. Do ponto de vista político, o absolutismo monárquico seria irreconciliável com as teses defendidas pelos justicólogos hispânicos sobre a origem popular do poder, inspirados na tradição da escolástica tomista. Nem tampouco os iluministas do século XVIII reconheceriam, em suas teorias não tão originais, os ecos das lições dos escolásticos ibéricos, com toda a

⁶ Deve ser esclarecido, de antemão que “Escola Ibérica da Paz” ou “Escola Peninsular da Paz” foram os termos cunhados pelo Professor Dr. Pedro Calafate, no âmbito do projeto de pesquisa “*Corpus Lusitanorum de Pace: a contribuição de Portugal para a Escola Peninsular da Paz (séculos XVI e XVII)*”, desenvolvido na Universidade de Lisboa, Faculdade de Letras, no Centro de Filosofia, com o financiamento da Fundação para a Ciência e a Tecnologia do Ministério da Educação e Ciência de Portugal (PTDC/FIL ETI/119182/2010) do qual tive a honra de participar como pesquisadora. O Prof. Calafate construiu esta terminologia tomando em conta o vívido intercâmbio entre as Universidades ibéricas dos séculos XVI e XVII, do qual resultou uma forte coesão intelectual e doutrinária sobre fontes de domínio comum da cristandade ocidental e temas candentes daquela época, tal como era o processo colonial em marcha na América. Alguns dos autores da Escola Ibérica da Paz eram catedráticos das grandes universidades ibéricas dos séculos XVI e XVII, tais como, Salamanca, Valladolid, Alcalá, Coimbra e Évora; outros eram missionários, egressos destes grandes centros universitários, que levavam consigo, para o grande palco do inédito e trágico encontro das civilizações europeia e ameríndia, as ideias humanistas disseminadas nestes grandes centros intelectuais da cristandade.

carga pejorativa incidente sobre o termo *escolástico*, ainda que estes mesmos teólogos hispânicos defendessem, a semelhança dos filósofos franceses, que o povo é o titular do poder político.

Do ponto de vista jurídico, o direito natural que vinha sendo pensado, dentro desta tradição tomista, como um código de valores válido para todos os homens, para todos os povos e para o gênero humano, esfacelou-se, pouco a pouco, em *direitos* compartimentados e incomunicáveis. Os direitos naturais subjetivos do Homem passaram a ser matéria de competência reservada dos Estados, incorporados em textos constitucionais positivados. O Direito Internacional, que vinha sendo formulado como um sistema jurídico universal derivado do direito natural com fundamento na *recta ratio*, - o *jus gentium*, foi reduzido a um sistema positivo de normas regentes das relações entre Estados, entendidos estes últimos como entes abstratos e dotados de vontade.

Para resgatar o elo perdido entre a tradição ibérica renascentista cristã e a reinserção do coletivo no plano do direito internacional dos direitos humanos, sustento a remissão⁷ acadêmica do pensamento produzido pelos autores da Escola Ibérica da Paz. Defendo, de um lado, que as obras legadas pelo pensamento democrático cristão dos séculos XVI e XVII devem ser revisitadas sem as desconfianças de ranços coloniais e rótulos religiosos que mais serviram para obscurecê-las do que extrair o que há de mais original e humanista em seus textos. De outro lado, enfatizo que esta releitura deve ser feita sem anacronismos, pois esta postura tem empobrecido o debate, provendo interpretações destes textos como se tivessem sido escritos nos dias de hoje, quando, em realidade, o que deve ser buscado é re-significá-los.

Sendo assim, para alcançar uma solução satisfatória para o problema de pesquisa proposto, a exposição do trabalho de tese será dividida em três partes principais, a saber:

A parte inaugural do trabalho concentra-se no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁸, em geral, na qual será demonstrada a

⁷ A palavra *remissão* é utilizada no texto com o sentido de perdão. Refiro-me à *culpa* imputada pela modernidade iluminista aos textos da Escola Ibérica da Paz por serem textos teológicos. Assim, o que proponho, além da *remissão* ou resgate ou redenção destes textos, é a sua reabilitação integral como fontes de pesquisa jurídica.

⁸ O Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser compreendido, de acordo com Cançado Trindade, “como um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea, dotado de especificidade própria. Trata-se essencialmente de um *direito de proteção*, marcado por uma lógica-própria, e

ocorrência do fenômeno da *coletivização* da proteção internacional dos direitos humanos e evidenciada a necessidade do reconhecimento das coletividades humanas como sujeitos, dotadas de personalidade jurídica própria, plenamente capazes e legitimadas para peticionar, na condição de vítimas plurais, perante os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos em casos de violação dos direitos a elas garantidos.

No capítulo de abertura da primeira parte, exporei dois fatores em razão dos quais, após a Segunda Guerra Mundial, as coletividades humanas não lograram a mesma proteção internacional que os indivíduos. O primeiro fator será averiguado através do processo de elaboração da Declaração Universal e as influências filosóficas e ideológicas recebidas na redação de seu texto em 1948, o qual, por sua vez, influenciou a índole mais individualista dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos redigidos em seguida, tomando, inclusive, a Declaração Universal como referencial em seus preâmbulos.

O segundo fator relaciona-se com a aprovação da resolução 543 (VI), de 05 de fevereiro de 1952 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a qual dividiu o projeto de pacto que estava sendo elaborado em dois, separando os direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais com o estabelecimento de mecanismos de implementação diferenciados para cada uma destas duas categorias. Apesar desta dicotomia ter sido revisada em várias e sucessivas resoluções, a partir da Conferência Mundial de Teerã em 1968, o certo é que ela criou raízes na teoria e na prática dos direitos humanos, legando como resultado ideológico da guerra fria, a dificuldade de manejar petições de vítimas de violações de direitos humanos com um viés mais acentuadamente coletivista.

No segundo capítulo da primeira parte desenvolverei o estudo do reconhecimento e da proteção, na prática do Direito Internacional, de

voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados. Neste propósito se mostra constituído por um *corpus juris* dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção, de natureza e efeitos jurídicos variáveis (tratados e resoluções), operando nos âmbitos tanto global (Nações Unidas) como regional. Tal *corpus juris* abriga, no plano substantivo, um conjunto de normas que requerem uma interpretação de modo a lograr a realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção que as consagram, e, no plano operacional, uma série de mecanismos (essencialmente, de petições ou denúncias, relatórios e investigações) de supervisão ou controle que lhe são próprios. A conformação deste novo e vasto *corpus juris* vem atender uma das grandes preocupações de nossos tempos: assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, em toda e qualquer circunstância". (CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 20-21. v. 1.)

coletividades humanas tanto como sujeitos titulares de direitos humanos coletivos, quanto como vítimas plurais de violações graves e sistemáticas de direitos humanos. Para tanto, utilizarei o método indutivo de pesquisa, por meio da observação da experiência internacional contemporânea quanto ao mecanismo de petições existentes nos sistemas onusiano e regionais de proteção de direitos humanos, bem como no sistema de reparações às vítimas do Tribunal Penal Internacional. Na seção final deste capítulo, será verificada a viabilidade da aplicação da teoria dos interesses transindividuais ao processo internacional de proteção de direitos humanos, ao passo em que será proposta uma tipologia de coletividades-sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A parte intermediária do presente trabalho será reservada ao estudo do Direito Internacional dos Povos Indígenas⁹, justificando-se, no início do terceiro capítulo, o recorte teórico da presente pesquisa nos povos indígenas da América Latina, como sendo a coletividade humana que se elege para estudar como sujeito coletivo do Direito Internacional. Em seguida, traça-se um panorama histórico da trajetória dos povos indígenas de objetos a sujeitos do Direito Internacional, visando compreender os motivos de sua exclusão do quadro de divisão do poder no final do século XVI, até sua reinserção no cenário internacional, como sujeitos de direitos humanos no final do século XX. Dialogando com a seção anterior, o terceiro capítulo será encerrado com a análise do modelo teórico de *horizontes constitucionais* elaborado por Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, visando estudar as etapas pelas quais atravessaram as diversas Constituições latino-americanas rumo à concretização de um projeto constitucional descolonizador. Ao final deste capítulo ter-se-á uma visão geral da luta emancipatória dos povos indígenas latino-americanos, resultando em um amplo acervo de normas provenientes tanto do plano do Direito Internacional, quanto Constitucional, que se somam e complementam.

No quarto capítulo será estudado o processo de transformação da experiência jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao reconhecimento de povos indígenas como sujeitos coletivos, vítimas de

⁹ Para os fins do presente trabalho, denomino como *Direito Internacional dos Povos Indígenas*, um conjunto de princípios e normas jurídicas, originadas no plano do Direito Internacional, e mais especialmente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo a partir do final do século XX, que atribuem aos povos indígenas a titularidade e o gozo de direitos humanos individuais e coletivos, bem como a capacidade de agir no plano do Direito Internacional para obter reparações em casos de violação destes direitos.

violações de direitos humanos, dentro do quadro normativo da Convenção Americana de Direitos Humanos, que ainda guarda o viés individualista dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos elaborados após a Segunda Guerra Mundial. Para tanto, selecionarei como fontes principais de pesquisa, as sentenças a seguir elencadas na Tabela 1, proferidas em casos de reclamos de povos indígenas por suas terras ancestrais e recursos naturais ou em casos de massacres de povos indígenas. Nestes casos a condição de vítimas plurais é bastante evidente, o que favorecerá a análise da fundamentação utilizada pela Corte acerca do reconhecimento da subjetividade coletiva dos povos indígenas.

Tabela 1: Relação dos Casos de Estudo

	Nome do Caso	Estado Demandado	Data da Sentença
1	Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni	Nicarágua	31/01/2001
2	Caso Massacre Plan de Sánchez	Guatemala	29/04/2004
3	Caso Comunidade indígena Yakye Axa	Paraguai	17/06/2005
4	Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya	Paraguai	29/03/2006
5	Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek	Paraguai	24/08/2010
6	Povo Indígena Kichwa de Sarayaku	Equador	27/06/2012
7	Caso Massacres de Rio Negro	Guatemala	04/09/2012
8	Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros	Panamá	14/10/2014

Fonte: Autoria da pesquisadora

Na terceira e última parte do trabalho de pesquisa, defenderei uma concepção pré-westfaliana do Direito Internacional e sustentarei a necessidade do retorno as suas origens históricas, na condição de *jus gentium*, no panorama do renascimento peninsular cristão dos séculos XVI e XVII. Trata-se de um momento histórico privilegiado para a construção teórica da presente tese porque, por um lado, os Estados nacionais modernos ainda estavam em vias de formação e, por outro lado, o mapa mundi é redesenhado com o encontro entre o Novo e o Velho Mundo, resultando a necessidade de se estabelecer um esquema de convivência entre os reinos europeus cristãos e os povos ameríndios. Foi exatamente esta a tarefa empreendida pelos justicólogos da Escola Ibérica da Paz, cujo legado de textos se encontram ou esquecido, ou mal compreendido, nos dias atuais.

A guisa de introdução para o pensamento peninsular cristão dos séculos XVI e XVII, o quinto capítulo será estruturado em três seções principais. A primeira seção tratará das origens e do agravamento da chamada dúvida indiana¹⁰, provocada depois das primeiras guerras de conquista travadas contra os povos nativos da América, ainda no início do século XVI. A segunda seção será especialmente dedicada ao movimento intelectual e doutrinário que se denomina neste trabalho de Escola Ibérica da Paz, enfatizando seu papel como centro motriz de quase todas as discussões derivadas da dúvida indiana na Europa e nos territórios coloniais ultramarinos. A terceira seção será reservada a defesa da importância da visão teológica dos escritos Ibéricos para a análise da controvérsia indígena, a partir da perspectiva do direito natural e das gentes.

No sexto capítulo, procederei ao exame dos textos da Escola Ibérica da Paz e, como advertido anteriormente, evitarei anacronismos, respeitando o momento histórico em que os textos objeto de estudo foram escritos. Por conseguinte, procurarei interpretar os escritos dos autores selecionados com a perspectiva de suas próprias fontes de inspiração e compreender o significado das palavras empregadas segundo o seu tempo. Portanto, não procurarei neles explicações de fatos alheios ao seu tempo, ocorridos muitos séculos depois e, sim, extrair princípios gerais perenes.

Nesse sentido, o sexto capítulo será desenvolvido a partir de três eixos temáticos principais. A primeira seção tratará de um dos temas fundamentais de filosofia política daquela época, qual seja, a origem do poder temporal e sua tênue relação com o poder espiritual, na qual será verificada a plena paridade entre os reinos cristãos europeus e os povos do Novo Mundo, no plano do poder temporal e a não subordinação destes povos ao poder espiritual do Papa por estarem fora do redil da Igreja. Na seção seguinte, será examinado como a Escola Ibérica da Paz defendeu o direito ao domínio dos povos gentílicos, tanto no que se refere ao direito de propriedade sobre seus bens, quanto ao direito de jurisdição de seus principais, graças a perspectiva de direito natural e das gentes com que examinavam esta questão em pé de igualdade com os cristãos. Ainda nesta

¹⁰ O termo “dúvida indiana” é uma tradução livre do espanhol “*duda indiana*”, que significa questão indígena ou dúvida indígena. Porém, estas últimas, embora sejam traduções mais literais, não encontram paralelismo com a expressão empregada na literatura especializada em espanhol. Assim, pela falta de uma tradução mais fidedigna ou de uma expressão semelhante consagrada em português, optei pela utilização do termo “dúvida indiana” neste trabalho.

segunda seção, será enfrentado o tema da escravidão, evidenciando-se que os autores da Escola Ibérica da Paz utilizavam como antídoto contra a tese da escravidão natural de Aristóteles, a aplicação da doutrina tomista do que se deve entender por domínio de um homem sobre outro homem e, além disso, como refutavam a aplicação das hipóteses de escravidão legal aos povos do Novo Mundo. Por fim, a terceira seção exporá os limites impostos pela doutrina ibérica aos casos de guerra justa contra os indígenas e, mesmo nestas hipóteses, excepcionais e raras, perceber-se-á que, ainda assim, o recurso a elas deveria ser evitado.

No que tange aos procedimentos metodológicos a serem utilizados, a presente pesquisa será, precipuamente, qualitativa, na medida em que a análise das fontes coletadas será feita a partir de contextualizações e correlações com fatores diversos do fator jurídico, buscando a compreensão da natureza, causas, e efeitos possíveis do fenômeno da coletivização da proteção internacional dos direitos humanos e sua (re)interpretação conforme a hipótese proposta.

Em sua execução serão observados os enfoques teórico e prático, com a adoção de fontes primárias e secundárias, além de instrumentos e técnicas de pesquisa variados.

Enquanto pesquisa teórica será procedida a busca, seleção, leitura, análise crítica e fichamento do material bibliográfico disponível tanto em livros, como, ensaios, compilações, artigos em periódicos especializados quanto em meios eletrônicos, de acordo com as etapas de elaboração acima referidas.

O referencial bibliográfico construído na pesquisa teórica servirá como base para a organização lógica e análise dos dados coletados em fontes primárias, tais como, transcrições de discussões nos trabalhos preparatórios de instrumentos internacionais examinados e expedientes processuais de organismos internacionais e documentos históricos.

Dentre as fontes primárias, merece um destaque especial o acervo produzido no âmbito do projeto de pesquisa “*Corpus Lusitanorum de Pace: a contribuição de Portugal para a Escola Peninsular da Paz (séculos XVI e XVII)*”¹¹, que produziu a transcrição paleográfica de códices dos séculos XVI e XVII, tradução

¹¹ Vide *supra* nota 6.

destes do latim para o português e a sua publicação em três livros fundamentais para a compreensão de maneira mais ampla do pensamento ibérico renascentista¹².

Trata-se de textos que, até recentemente, se encontravam inéditos e inacessíveis ao público, mesmo da área acadêmica, visto que se encontravam dispersos em vários arquivos de museus e bibliotecas da Europa em suas versões originais manuscritas e/ou em latim. Ressalte-se que são poucos os autores ibéricos do Seiscentos que possuem suas obras publicadas, como é o caso de Francisco de Vitória, Domingo de Soto, Francisco Suárez, Luis de Molina e Bartolomeu de Las Casas e, dentre estes, nem mesmo Francisco de Vitória possui ainda uma edição crítica completa de suas obras integralmente traduzidas do latim. Ademais, os textos de autores como Fernão Pérez, Pedro Simões e Antônio de São Domingos encontravam-se em suas versões de manuscritos latinos. Já os textos de autoria de Fernão Rebelo, Martín de Azpilcueta e de Martinho de Ledesma permaneciam em suas versões latinas impressas no século XVI.

Outrossim, a pesquisa será desenvolvida com a utilização, principalmente, dos métodos dialético e indutivo assim como, de forma auxiliar, dos métodos histórico, empírico e comparativo.

A opção pelo método dialético decorre da proposta de confronto necessário para esta pesquisa entre as bases do direito das gentes dos séculos XVI e XVII, fundado no jusnaturalismo ibérico (tese) com o Direito Internacional embasado no voluntarismo estatal predominante nos séculos XIX e XX (antítese) em prol da reinserção das coletividades humanas, e particularmente dos povos indígenas, no quadro de um novo *jus gentium* para o século XXI¹³ (síntese), como um processo dinâmico de volta às origens do Direito Internacional de que esta disciplina depende para avançar.

Já a escolha do método indutivo justifica-se em dois momentos da presente pesquisa, conforme anteriormente informado. Primeiramente, foi utilizado na observação da experiência internacional prática quanto à utilização do mecanismo

¹² CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América / Escuela Ibérica de la Paz: la conciencia crítica de la conquista y colonización de América: 1511 – 1694*, Prefácio de Antônio Augusto Cançado Trindade. Santander: Editora da Universidade da Cantábria, 2014 e CALAFATE, Pedro (org.). *A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (século XVI)*. Lisboa: Almedina, 2015. Vs. I e II.

¹³ CANÇADO TRINDADE, A. A. *International Law for Humankind: towards a new jus gentium*. In: *Collected Courses of Hague Academy of International Law*. 2005. v. 316. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. tomos I e II.

de petições nos sistemas onusiano e regionais de proteção dos direitos humanos, bem como no sistema de reparações às vítimas do Tribunal Penal Internacional, para se demonstrar que as coletividades humanas são efetivamente sujeitos coletivos de direitos. Em segundo lugar, o método indutivo também foi utilizado na análise da experiência jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos indígenas, na qual se pode constatar a viabilidade prática do reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos.

Em relação aos métodos auxiliares, é importante esclarecer que foi eleito o método histórico em razão da necessidade da inserção do objeto pesquisado na perspectiva da historicidade do Direito Internacional e dos Direitos Humanos. O método empírico, por sua vez, conduzirá o exame da prática internacional em termos de peticionamento coletivo, bem como da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos de violações coletivas perpetradas contra povos indígenas. O método comparativo servirá, por um lado, ao cotejo comparativo dos sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos regionais e onusiano entre si e destes perante o sistema internacional penal do Estatuto de Roma sob o enfoque da participação das vítimas coletivas em seus julgamentos.

Ainda acerca da opção pelo método comparativo, em razão do núcleo axiológico comum aos referidos sistemas internacionais, particularmente nos casos de violações massivas de direitos humanos, o presente estudo investigará a complementaridade dos trabalhos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional, através da *jurisprudential cross-fertilization*¹⁴, que ocorre com a utilização compartilhada de precedentes entre as Cortes e Tribunais Internacionais.

Por outro lado, o método comparativo auxiliará não apenas na observação dos elementos das Constituições de Estados que já consagram a personalidade jurídica de povos indígenas, como autênticos sujeitos coletivos, sobretudo no contexto latino-americano posterior a 1980, mas também fornecerá os meios para

¹⁴ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 154. Voto Razonado do Juiz Cançado Trindade. par. 27; Corte IDH. Caso Bairros Altos Vs. Perú. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Série C No. 75. Voto Razonado do Juiz Cançado Trindade. Par. 16 e Corte IDH. Caso Massacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 29 de abril de 2004. Série C No. 105. Voto Razonado do juiz Cançado Trindade. pars. 19 e 38.

o estudo das manifestações culturais que influenciaram diretamente na elaboração destas normas.

Parte I

O Fenômeno da Coletivização do Direito Internacional dos Direitos Humanos

1.

O Movimento de Internacionalização da Proteção dos Direitos Humanos e a superação de seus novos obstáculos no século XX

1.1

Considerações Iniciais

O final da Segunda Guerra Mundial é sempre referenciado como o marco histórico para o início do movimento de internacionalização da proteção dos direitos humanos¹⁵. O aniquilamento dos seres humanos dentro dos regimes totalitários e, paradoxalmente, constitucionais despertou a consciência da sociedade internacional para o fato de que a questão dos Direitos Humanos não poderia mais ser tratada como matéria de competência nacional exclusiva¹⁶. Entretanto, o despertar desta preocupação somente ocorreu após o balanço da tragédia humana, sem precedentes na Europa, ocorrida na era Hitler, antes e durante a Segunda Guerra Mundial¹⁷.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação dos Direitos Humanos*. S. Paulo: Saraiva, 2003. LAFER, Celso, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. S. Paulo: Companhia das Letras, 1988. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. S. Paulo: Saraiva, 2013. STEINER, Henry I. ALSTON, Philip. GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context: law, politics, morals*. 3. ed. Nova York: Oxford University Press, 2008.

¹⁶ Para uma análise deste momento paradoxal da História dos direitos humanos na modernidade ocidental, veja-se as Partes II e III em: ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo – anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. S. Paulo: Companhia das Letras, 1989.

¹⁷ René Cassin cita como antecedentes deste movimento, no século XIX e início do século XX, a doutrina e a prática das intervenções humanitárias, a criação da Cruz Vermelha e a aprovação das Convenções da Haia de 1899 e 1907; as convenções para prevenir e reprimir o tráfico de escravos; a garantia de liberdades fundamentais dos habitantes da região contemplados na Convenção de Berlim, de 1878, sobre a emancipação dos Estados bálticos; a Constituição da Organização Internacional do Trabalho – OIT bem como o sistema de mandatos sob a Liga das Nações. (*in*: La

As vítimas da política de segregação e extermínio de Hitler eram grupos de pessoas que, de alguma forma, dissonavam de seu projeto político de pureza racial e unidade nacional. Dentre seus alvos estavam os “rejeitados” da Alemanha (pessoas com deficiência física ou mental, homossexuais, alcoólatras, criminosos reincidentes e “rebeldes” para o trabalho), socialistas, comunistas, ciganos, russos, poloneses e, principalmente, judeus. Por estes sinais estigmatizadores, as pessoas identificadas pelo Estado nazista como pertencentes a esses grupos eram usurpadas de sua condição de sujeitos de direitos, mediante a aplicação do direito positivo alemão vigente da época, e após coisificadas, eram descartadas¹⁸.

Essa experiência histórica atestou a exaustão do modelo westfaliano, do voluntarismo estatal e da prevalência da forma sobre o conteúdo ético-jurídico propagado pelo positivismo, sobretudo após o século XIX, sendo inevitável a pressão da sociedade internacional para a restauração do paradigma dos Direitos Humanos. Assim, o marco histórico do Pós-Segunda Guerra consoante as palavras de Flávia Piovesan, insere-se nesse momento de reconstrução do próprio paradigma do Direito:

“É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornaram supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.”¹⁹

Entretanto, para que o movimento de proteção internacional dos Direitos Humanos se consolidasse, e o Direito Internacional dos Direitos Humanos alcançasse sua autonomia científica, foi necessário um longo processo de superação de velhos obstáculos impostos pelo Direito Internacional clássico de cunho voluntarista e estatocêntrico.

déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. *In: Recueil des Cours*, 79, 245 (1951-II).

¹⁸ No final da Segunda Guerra contabilizaram-se dezoito milhões de pessoas enviadas para campos de concentração, destes morreram onze milhões, dos quais seis milhões eram judeus. Cfr. POOLE, Hilary (org.) *et al. Direitos Humanos: referências essenciais*. Tradução de Fábio Larsson. S. Paulo: EDUSP, 2007. ps. 77 a 79.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Ob. cit.* p. 41.

De acordo com Cançado Trindade²⁰ os obstáculos a serem superados até então consistiam, em síntese: a) na revisão do entendimento westfaliano de soberania; b) na erosão da objeção da existência de matérias de competência nacional exclusiva ou de domínio reservado dos Estados; c) no ocaso da reciprocidade em questões de Direitos Humanos e emergência das considerações de ordem pública internacional; d) na gradual atribuição da capacidade de agir aos órgãos de supervisão internacional e e) no resgate do ser humano como sujeito de direito internacional com a cristalização de sua personalidade e capacidade processual internacional, independentemente da proteção diplomática estatal²¹.

Esses extraordinários avanços conquistados durante a segunda metade do século XX são inegáveis, mas apenas se estas questões forem consideradas do ponto de vista da proteção internacional do indivíduo. O mesmo desenvolvimento não sucedeu, entretanto, em relação à proteção internacional de coletividades humanas propriamente ditas, o que causa perplexidade ao analisar este problema sob dois ângulos fundamentais, a saber:

De um lado, como afirma Cançado Trindade, “as atrocidades cometidas ao longo de todo o século XX geraram um número estarrecedor e historicamente sem precedentes de vítimas”, tanto das perseguições de grupos étnicos, quanto das perseguições por ideologias políticas, desencadeando guerras, massacres e genocídios, resultando em violações de direitos humanos em massa. Ainda segundo Cançado Trindade:

“Cabe manter em mente que os atuais conflitos étnicos não são os únicos que tem vitimado milhares e milhares de seres humanos no último século. Às ‘perseguições étnicas’ (como o holocausto) há que agregar as ‘perseguições políticas’ (como no stalinismo com seus 20 milhões de mortos, dentre tantas outras). Um estudo recente estima em 170 milhões o total de ‘vítimas civis’ de regimes políticos durante o século XX, um quarto dos quais tendo sido vítimas de genocídios.

²⁰ Confira na íntegra em: CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. S. Paulo: Saraiva, 1990. ps. 03 a 12.

²¹ Segundo o artigo 1º. do Projeto da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre Proteção Diplomática (2006), este instituto do Direito Internacional clássico pode ser entendido como sendo a invocação, por um Estado, mediante ação diplomática ou por outros meios pacíficos de solução de controvérsias, da responsabilidade de outro Estado pela violação causada por qualquer ato ilícito deste Estado em face de uma pessoa física ou jurídica que é nacional do primeiro Estado (o demandante), com vistas à imputação de responsabilidade internacional. Lê-se no original em inglês: “For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.”

Estima-se que, nos conflitos armados e despotismos no período de 1900 a 1989, tenham sido mortos 86 milhões de seres humanos, dos quais 58 milhões nas duas guerras mundiais. Só na guerra da Coreia, foram mortas 3 milhões de pessoas, na guerra do Vietnã, 2 milhões; e um milhão no conflito Irã-Iraque (de 1980-1988). A bomba atômica lançada sobre Hiroshimacausou 140 mil mortes até fins de 1945, cifra que se elevou a 200 mil mortos cinco anos depois, causando vítimas de radiação e distúrbios genéticos até hoje; a bomba atômica lançada sobre Nagasaki gerou 70 mil mortes no final no ano fatídico, com o dobro de mortes cinco anos depois, e numerosas outras vítimas até a atualidade.”²²

De outro lado, na transição para o século XXI, emerge uma realidade multifacetada, fincada em novos marcos históricos, tais como, o movimento de descolonização africana e o movimento indigenista, desencadeados a partir da década de 1950 e 1970, respectivamente, que foram fontes geradoras de novas demandas coletivas por Direitos Humanos.

Acrescente-se, ainda, o final da guerra fria, na virada da década de 1990, o qual propulsionou, conjuntamente com os dois fatores acima citados, a emergência do fenômeno, que passo a denominar, para os fins do presente trabalho, de *coletivização* da proteção internacional dos direitos humanos, evidenciando a necessidade do reconhecimento das coletividades humanas como sujeitos no plano do Direito Internacional.

Antes de entrar no estudo desse fenômeno e de suas consequências jurídicas, porém, é necessário compreender a razão pela qual a proteção internacional de coletividades humanas não foi desenvolvida, após a segunda guerra mundial, com a mesma amplitude e profundidade que aquela destinada aos indivíduos, o que será feito, no presente capítulo, através da exposição de dois fatores teóricos, sustentados em fatos históricos determinantes no século XX, que, a meu sentir, são decisivos para a concepção atualmente predominante dos direitos humanos.

O primeiro fator que sustento para justificar essa assertiva relaciona-se com o fato de que os alicerces do então nascente ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos são legados da tradição filosófica iluminista dos séculos XVII e XVIII²³, principalmente da tríade do pensamento de Locke, Hobbes e Rousseau. Posteriormente, essas idéias foram positivadas nas célebres cartas ou declarações inglesa, americana e francesa de Direitos do Homem e estas, a seu turno, foram

²² CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003. ps. 436-437. v. 3.

²³ Cfr.: DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009. ps. 83-157 e TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: the making of the modern identity*. Boston: Harvard University Press, 1992. ps. 25-29.

reproduzidas ou expandidas nas Constituições escritas dos séculos XIX e XX²⁴ da maior parte das Nações que seguem a tradição jurídica ocidental. Estes textos normativos de linhagem euro-americana, por sua vez, influenciaram a redação da Declaração Universal de 1948²⁵, como será visto a seguir.

Segundo essa matriz individualista, os Direitos Humanos foram definidos, ontologicamente, como sendo aqueles direitos inerentes à pessoa humana, dotada de razão e especial dignidade, consoante pode ser lido no preâmbulo e no artigo 1º. da Declaração Universal de 1948²⁶, a qual serviu de fundamento e força propulsora para os instrumentos internacionais básicos em matéria de proteção de Direitos Humanos elaborados após o final da Segunda Guerra Mundial, tanto no plano global das Nações Unidas quanto nos planos regionais europeu, americano²⁷ e africano.

Já o segundo fator a ser estudado na subseção 1.2.2 deste capítulo refere-se à decisão da Assembléia Geral das Nações Unidas, no ano de 1952, no contexto da guerra fria, em criar dois Pactos, ao invés de um único, subvertendo a visão holística dos direitos humanos constante na Declaração Universal de 1948, dividindo-os em duas categorias distintas, conforme os mecanismos de implementação de cada categoria de direitos.

²⁴ CASSIN, René. La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. In: Recueil des Cours, ob. cit. p. 245.

²⁵ Adotada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, três anos após a aprovação da Carta das Nações Unidas. Note-se que a Declaração Universal foi precedida poucos meses antes pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada com o Ato Final da IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, de 30 de março a 02 de maio de 1948 durante a qual havia sido assinada a Carta da Organização dos Estados Americanos (Tratado de Bogotá) guardando-se as mesmas linhas diretrizes teóricas entre as duas declarações.

²⁶ “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do terror e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; Considerando essencial que os direitos da pessoa sejam protegidos pelo império da lei, para que a pessoa não seja compelida, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão;(…) A Assembléia Geral proclama (...) Artigo I – Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.” Lembramos que o segundo *Considerando* do preâmbulo faz menção às “Quatro Liberdades” proclamadas pelo Presidente Roosevelt em seu discurso “Estado da União”, em 6 de janeiro de 1941, perante o Congresso norte-americano.

²⁷ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada pela Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, guarda, claramente, esta tradição individualista ao definir em seu artigo 1(2) que para os efeitos desta Convenção “pessoa é todo ser humano”.

Consoante se estabeleceu naquela época, os direitos civis e políticos eram “suscetíveis de aplicação ‘imediate’, requerendo obrigações de *abstenção* por parte do Estado” e, por conseguinte, tais obrigações poderiam ser supervisionadas por um mecanismo de petições individuais destinado à veiculação de denúncias de violações destes direitos pelas próprias vítimas. Os direitos econômicos, sociais e culturais, por sua vez, “eram passíveis de aplicação apenas *progressiva*, requerendo obrigações positivas (atuação) do Estado” e, assim sendo, o cumprimento de tais obrigações seria monitorado pelo mecanismo de relatórios, periodicamente apresentados pelos Estados, que informariam sobre a implementação interna destes direitos em benefício comum.²⁸

Ao ter sido privilegiada a utilização do mecanismo de relatórios, percebeu-se que a implementação, exigibilidade e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais tinham sido negligenciadas em comparação com os direitos civis e políticos. Lembre-se que a implementação da categoria de direitos humanos em dimensão mais coletivista era feita por meio do mecanismo de relatórios periódicos apenas, enquanto que para a categoria de direitos humanos mais fortemente individualista era aplicável o mecanismo de petições sem restrições. Porém, ao consolidarem-se os princípios da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, a partir da Conferência de Teerã de 1968, era necessário admitir-se que os mecanismos de implementação dos direitos civis e políticos não precisariam ser, necessariamente, diferentes daqueles empregados para os direitos econômicos, sociais e culturais e vice-versa.

Como será estudado na subseção 1.2.3, graças aos avanços ocorridos nos sistemas onusiano e regionais de proteção, várias mudanças puderam ser impulsionadas nesse sentido, a saber: Primeiramente, o repertório da prática internacional dos organismos de supervisão dos direitos humanos traz experiências bem sucedidas no sentido de que não há óbices inerentes aos direitos econômicos, sociais e culturais capazes de impedir sua judicialização e implementação imediata. Em segundo lugar, os mecanismos de relatórios e petições passaram a ser utilizados indistintamente para as duas “categorias” de direitos em benefício de pessoas ou grupo de pessoas, de forma individual ou coletiva. Em terceiro lugar, a divisão das prestações estatais em negativas e

²⁸ CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. ob. cit. p. 39.

positivas para implementação de cada uma das categorias de direitos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais, respectivamente, não é mais aceita nem pela doutrina e nem pela jurisprudência internacional.²⁹

Finalmente, na seção 1.3 descartarei o uso dessas categorias, sintetizadas na metáfora das gerações de direitos humanos, pois somente a partir desta opção teórica, será possível o deslocamento do eixo da análise do objeto (direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e, mais recentemente, globais) para o necessário protagonismo do estudo dos sujeitos de direitos humanos, individual ou coletivamente considerados.

1.2

A necessidade de superação das concepções individualistas e categorizadas dos Direitos Humanos

A partir do marco histórico do Pós-Segunda Guerra Mundial, inicia-se o processo de elaboração e de generalização dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos. a começar pela Declaração Universal de 10 de dezembro de 1948. Trata-se da assim denominada, por Cançado Trindade³⁰, *fase legislativa* do nascente ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Com a adoção da Declaração Universal, o ser humano foi reconduzido ao centro do Direito Internacional e o reconhecimento dos direitos nela contidos, de natureza igual e inalienável em todos os povos, não dependiam mais da vontade estatal, pois estes decorriam unicamente da dignidade inerente a todos os membros da família humana, ressaltando-se, portanto, o caráter verdadeiramente universal (e não meramente inter-estatal) da Declaração.

A Declaração Universal, marco normativo inaugural da fase legislativa, é a fonte de inspiração, um ponto de irradiação e, ao mesmo tempo, de convergência” dos instrumentos subsequentes de direitos humanos.³¹ Após a adoção da Declaração Universal, intensificou-se o processo de produção e generalização de

²⁹ Nesse sentido crítico, confira-se: CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, ob. cit. p. 365 v. 1, e o artigo de Victor Abramovich: Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. in: *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 2, n. 2, ps. 189-223, jan/jun. 2005.

³⁰ CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. .ob. cit.p. 521/522

³¹ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, ob. cit. p. 43. v. 1.

tratados internacionais gerais de direitos humanos, tanto no âmbito global (como os dois Pactos das Nações Unidas), quanto regionais (como as três Convenções européia, americana e africana). Ademais, multiplicaram-se os tratados internacionais especializados em temas setoriais, igualmente presentes tanto no plano global como regionais.³² Note-se que tal movimento de expansão converge para um ponto em comum em todos esses tratados: a menção à Declaração Universal em seus preâmbulos.

Assim, a denominada Carta Internacional dos Direitos Humanos, formada pela Declaração Universal e os dois Pactos das Nações Unidas, tornou-se a pedra angular de uma vasta série de mais de cem tratados, declarações, resoluções, conjuntos de normas e princípios de alcance global e regional³³, com repercussões também no âmbito de Estados Partes que os incorporam aos seus ordenamentos jurídicos nacionais.

Gradualmente, foi sendo afirmada, no decorrer da referida fase legislativa, a posição do ser humano como sujeito, visto que, segundo a visão estatocêntrica prevalescente até aquela época, o indivíduo era mero objeto de preocupação do direito internacional. O ser humano passa, desde então, a possuir personalidade e capacidade jurídicas não só no plano nacional, mas também a aptidão para ser titular de direitos e deveres emanados diretamente do ordenamento jurídico internacional, com aptidão para exercer diretamente tais direitos, sem a intermediação do seu Estado de nacionalidade. Ademais, as normas internacionais de proteção começam a ser dotadas de características especiais que as distinguirão dos demais tratados internacionais clássicos.³⁴

³² No âmbito universal, tem-se, por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965) e de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) a Convenção sobre a Supressão e Punição do Crime de *Apartheid* (1973), a Convenção Relativa ao Estatuto dos refugiados (1951), a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (1984), a Convenção da UNESCO contra Discriminação na Educação (1960), a Convenção da OIT 111, sobre Discriminação Relativa a Emprego e Ocupação (1958). No âmbito regional americano, cite-se, exemplificativamente, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994).

³³ Dado disponível no Folheto Informativo nº. 15 (ver. 1) *Derechos Civiles y Políticos*: El Comité de Derechos Humanos, preparado pela Organização das Nações Unidas, Genebra.

³⁴ Conforme a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de enfatizar em sua Opinião Consultiva nº. 02, “(...) los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se

A passagem da fase legislativa para a fase seguinte, referida por Cançado Trindade como de *implementação*³⁵ daqueles instrumentos, é marcada pela I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, realizada em Teerã, de 22 de abril a 13 de maio de 1968, com o objetivo geral de realizar um balanço da proteção dos direitos humanos após vinte anos da adoção da Declaração Universal, além de perspectivas relacionadas com a implementação dos direitos humanos, já que os dois Pactos das Nações Unidas sequer haviam entrado em vigor.

Tais métodos de implementação, previstos em tratados ou resoluções, consistem no sistema de petições (também encontrado como sistema de comunicações ou reclamações), o qual pode ser de natureza interestatal ou individual; de relatórios periódicos, e de determinação dos fatos (ou também chamado de investigações *in loco*). Destaco, como de especial interesse para o presente trabalho, que as petições e comunicações eram consideradas, em meados do século XX, o meio mais apropriado para remediar violações individualizadas de direitos civis e políticos. Desta feita, cristalizava-se, irreversivelmente, a capacidade processual direta dos indivíduos e grupos de indivíduos para acessar organismos internacionais de proteção de direitos humanos.

Na esteira deste processo evolutivo das duas fases de legislação e implementação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, consolidaram-se os sistemas internacionais de proteção no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU (1945), do Conselho da Europa – CE (1949), da Organização dos Estados Americanos – OEA (1948) e, posteriormente, da Organização da Unidade Africana – OUA (1981)³⁶ que podem ser compreendidos como um conjunto de normas e organismos com mandato internacional para a supervisão do cumprimento das obrigações em matéria de Direitos Humanos assumidas por seus Estados membros.

Após esta visão geral das duas fases de legislação e implementação desencadeadas pelo movimento de internacionalização da proteção dos direitos

someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.” (Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de La Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinião Consultiva OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A No. 2. par. 29.).

³⁵CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. ob. Cit. p.. 521/522

³⁶ Em 26 de maio de 2001 a União Africana sucedeu a Organização da Unidade Africana.

humanos, é possível partir para as subseções seguintes, nas quais analisarei, mais detidamente, as etapas de elaboração da Carta Internacional dos Direitos Humanos, ou seja, da Declaração Universal de 1948 e dos dois Pactos das Nações Unidas sobre Direitos Humanos de 1966. Demonstrarei, inicialmente, a forte influência ocidental de viés individualista das fontes de inspiração da Declaração Universal. Na segunda subseção discutirei a prevalência da ideologia política da guerra fria, que levou à cisão dos direitos humanos em duas categorias (direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais) segundo o critério prevalescente de escolha dos mecanismos de implementação de cada um desses grupos de direitos. Finalmente, na terceira subseção examinarei os esforços empreendidos nos sistemas onusiano e regionais de proteção em favor da reaproximação das “categorias” de direitos humanos cindidas em 1952.

1.2.1

A Reconstituição do Processo de Elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, suas Fontes Documentais, Filosóficas e Ideológicas

A decisão da Assembléia Geral em aprovar a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, ainda que fora do texto da Carta das Nações Unidas e sob uma forma não vinculante³⁷, aliada à aprovação dos Princípios de Nuremberg³⁸ e da Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio³⁹, representou o lançamento do alicerce normativo necessário para que o movimento de internacionalização da proteção dos direitos humanos atingisse, alguns anos mais tarde, uma escala verdadeiramente global.

Mas como se deu o processo de elaboração, no âmbito da recém-criada Organização das Nações Unidas, de um documento que se pretendia universal? Quais as fontes filosóficas e ideológicas que inspiraram seus autores? – Estas serão as questões debatidas nas subseções seguintes.

³⁷ O acesso às fontes documentais do processo de elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos dois Pactos das Nações Unidas sobre Direitos Humanos foi possível graças ao trabalho realizado pela equipe da Biblioteca Audiovisual das Nações Unidas que disponibilizou de forma ampla e didática as fontes de referência primárias utilizadas nesta e na próxima subseção. Confira o acervo na íntegra em <http://www.un.org/law/avl/>.

³⁸ Adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 11 de dezembro de 1946 (A/RES/95(I)).

³⁹ Aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 09 de dezembro de 1948 (A/RES/260(III)), ou seja, um dia antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

1.2.1.1

O Processo de Elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos

Consoante ficou marcado no preâmbulo da Carta de São Francisco, adotada em 26 de junho de 1945, a lembrança do “flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade” estava nítida no momento da criação das Nações Unidas, em 26 de junho de 1945, e, por conseguinte, esta foi uma oportunidade ímpar para se reafirmar a “fé nos direitos fundamentais do homem”, “na dignidade e no valor da pessoa humana”, “na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das Nações grandes e pequenas”.⁴⁰

Embora a Carta das Nações Unidas tenha destacado a preocupação dos Estados membros com o tema dos direitos humanos em seu preâmbulo e em vários dispositivos (artigos 1º, 13, 55, 56, 62, 68 e 76 (c))⁴¹, por falta de tempo, ela foi aprovada sem uma declaração especificando o teor destes direitos. Todavia, ficou decidido que se daria prioridade para a iniciativa de elaboração de uma Carta Internacional de Direitos (*International Bill of Human Rights*).⁴² Essa tarefa ficou ao encargo da Comissão de Direitos Humanos, vinculada ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC).⁴³

A Comissão de Direitos Humanos foi estabelecida pela resolução 5 (I), de 16 de fevereiro de 1946 e seus termos definitivos foram decididos em 21 de junho do mesmo ano⁴⁴. A Comissão reuniu-se, em primeira sessão, de 27 de janeiro a 10

⁴⁰ Passagens iniciais do preâmbulo da Carta das Nações Unidas, assinada ao final da Conferência das Nações Unidas, que criou a Organização, celebrada em 26 de junho de 1945, em São Francisco.

⁴¹ A Carta da Organização dos Estados Americanos, em seus artigos 5 e 13, também proclamam e se comprometem a respeitar os direitos humanos.

⁴² Na Conferência de São Francisco, alguns representantes de Estados sugeriram que a Carta das Nações Unidas deveria conter uma carta de direitos (*Bill of rights*). O Comitê VI da Conferência, que foi encarregado da tarefa de considerar o Preâmbulo, os Propósitos e Princípios da Carta, recebeu esta idéia com simpatia, porém, por absoluta falta de tempo, decidiu não proceder ao esboço do referido documento e deixou para que a Organização, depois de formada, examinasse esta sugestão, e lidasse efetivamente com ela através de uma comissão especial ou algum outro método. (*in*: Anuário das Nações Unidas 1948-1949. p. 524).

⁴³ Este mandato está previsto no artigo 68 da Carta das Nações Unidas: “O Conselho Econômico e Social criará comissões para os assuntos econômicos e sociais e para a proteção dos direitos humanos, assim como outras comissões necessárias ao desempenho das suas funções”, o que ilustra a importância com que o tema dos direitos humanos foi tratado na Conferência de São Francisco, já que a Comissão de Direitos Humanos é a única comissão especificamente mencionada na Carta.

⁴⁴ Para um aprofundamento maior acerca dos debates que antecederam o estabelecimento da Comissão de Direitos Humanos e seus primeiros atos, confira: LAUTERPACHT, H.. The

de fevereiro de 1947 (em Lake Success, Nova Iorque) e, nesta ocasião decidiu nomear um Comitê de Redação⁴⁵ para propor um esboço com base em um conjunto de sugestões e documentos de apoio provenientes da Divisão de Direitos Humanos da Secretaria da ONU além de textos enviados por Estados membros, organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO)⁴⁶ e célebres intelectuais da época.

No transcorrer da primeira sessão do Comitê de Redação, realizada de 9 a 25 de junho de 1947, foi sendo amadurecida a idéia de que seriam preparados dois documentos: um esboço de declaração primeiro e, em seguida, uma convenção ou convenções de caráter vinculante com medidas de implementação:

“No que concerne à forma que o Esboço Preliminar pode tomar, duas visões foram colocadas. Adiante. Na opinião de alguns representantes era necessário que o Esboço Preliminar, em primeira instância, deveria tomar a forma de uma Declaração ou Manifesto; outros pensaram que a forma deveria ser a de uma Convenção. Foi acordado que, todavia, por aqueles que estavam favoráveis à forma de Declaração que a Declaração deveria ser acompanhada ou seguida por uma Convenção ou Convenções sobre grupos específicos de direitos. Também foi acordado por aqueles que eram favoráveis à forma de Convenção que a Assembléia Geral ao recomendar uma Convenção aos Estados Membros poderia fazer uma Declaração mais ampla em conteúdo e mais geral em sua expressão. O Comitê de Redação, portanto, reconhecendo que a decisão sobre a forma de Carta é uma questão para a Comissão, decidiu tentar preparar dois documentos, o primeiro, um documento de trabalho na forma de um Esboço Preliminar de uma Declaração ou Manifesto estabelecendo princípios gerais, e o segundo, um documento de trabalho delineando um Esboço de Convenção naquelas questões que o Comitê de Redação sentir que pode emprestar-lhes uma formulação como obrigações vinculantes” (Tradução livre).⁴⁷

international protection of human rights. In: *Recueil des cours*, 70, 1-108 (1947-I) e também CASSIN, René. La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. In: *Recueil des Cours*, ob. cit. ps. 248-270.

⁴⁵ O Comitê de Redação era composto por: Eleanor Roosevelt (Presidente – Estados Unidos); Peng-chun Chang (Vice-Presidente - China); Charles Habib Malik (Relator - Líbano); William Hodgson (Austrália); Hernán Santa Cruz (Chile); René Cassin (França); Alexander E. Bogomolov (URSS); Charles Dukes (Lord Dukeston – Reino Unido) e John Peter Humphrey (Diretor da Divisão de Direitos Humanos da Secretaria Geral das Nações Unidas – Canadá).

⁴⁶ É digno de nota o trabalho realizado pela UNESCO, a título de colaboração, acerca dos principais problemas teóricos levantados pela elaboração da Declaração Universal, o qual recolheu, através da circulação de um questionário, entre os mais importantes pensadores da época, suas impressões sobre temas como a relação de direitos de indivíduos e de grupos, em sociedades diferentes e circunstâncias históricas distintas ou entre liberdades individuais e responsabilidades sociais ou coletivas, conforme relatado pelo professor A. A. Cançado Trindade. Cfr. CANÇADO TRINDADE. A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. ps. 35 a 37.

⁴⁷ Relatório do Comitê de Redação, documento E/cn.4/21, par. 12.

Esta decisão foi referendada mais tarde, na segunda sessão da Comissão de Direitos Humanos, celebrada em Genebra de 02 a 17 de dezembro de 1947, pois atendia às intenções de muitos governos da época em adotar, inicialmente, um instrumento não-vinculante, sem prejuízo da adoção, posterior, de uma convenção de natureza vinculante e de medidas para implementação dos direitos garantidos neste instrumento, compondo-se, desta forma, a Carta Internacional de Direitos Humanos.

Ainda na segunda sessão da Comissão de Direitos Humanos, foram criados três grupos de trabalho para análise da declaração, da convenção e das medidas de implementação, sendo que a questão da nomenclatura ainda era um ponto vacilante. No entanto, a discussão do esboço de declaração recebeu mais atenção do que os dois outros documentos. Os esboços da declaração e da convenção, bem como o relatório do grupo de trabalho sobre medidas de implementação nesta sessão foram submetidos ao ECOSOC.⁴⁸

O ECOSOC adiou a apreciação dos esboços de declaração e de convenção para que a Comissão de Direitos Humanos tivesse tempo de apreciar as observações enviadas pelos Estados sobre a Carta Internacional dos Direitos Humanos e por meio da resolução 116(V)F recomendou que a Comissão de Direitos Humanos, através do seu Comitê de Redação, desse maior atenção e continuidade à elaboração do esboço de artigos sobre medidas para implementação. Porém, na segunda sessão do Comitê de Redação, realizada de 03 a 21 de maio de 1948, em Lake Success, Nova Iorque, não foi possível avançar na preparação do esboço de artigos sobre medidas de implementação.

Na terceira sessão da Comissão de Direitos Humanos, que teve lugar em Lake Success, Nova Iorque, de 24 de maio a 18 de junho de 1948, o trabalho foi concentrado no relatório E/CN.4/95 do Comitê de Redação, concluindo a tarefa quanto ao resboço da declaração, porém, mais uma vez, não houve tempo para aprofundar as discussões sobre o esboço de convenção e nem tampouco sobre as medidas de implementação, como havia sido recomendado pelo ECOSOC.

Foi somente no relatório E/800, resultante da terceira sessão da Comissão de Direitos Humanos, que o termo “convenção” (*convention*) foi substituído por “pacto” (*convenant*), o qual seria consagrado, posteriormente.

⁴⁸ Cfr. documento E/CN.4/SR.29 e documento E/600.

Assim, foi submetido pela Comissão de Direitos Humanos à análise do ECOSOC um esboço da Declaração como reflexo das discussões ocorridas na terceira sessão da Comissão; um esboço de Pacto, de acordo com o resultado da segunda sessão do Comitê de Redação, mas não reexaminado pela Comissão; e o relatório do grupo de trabalho sobre medidas de implementação, esboçado na segunda sessão da Comissão, mas não examinado em detalhe pela Comissão.

Após pronunciamentos feitos entre os dias 25 e 26 de agosto de 1948, por todos os membros do ECOSOC,⁴⁹ o Conselho decidiu transmitir para a Assembleia Geral o esboço da Declaração, conforme o relatório da terceira sessão da Comissão de Direitos Humanos (E/800), juntamente com os relatórios restantes e os registros dos procedimentos. Antes de ser aprovado pela Assembléia, o texto passou ainda pelo crivo do Terceiro Comitê, o qual decidiu, depois de um debate geral, em 05 de outubro de 1948, considerar apenas o esboço de Declaração uma vez que os outros dois documentos, relativos ao Pacto e às medidas de implementação ainda não estavam em um estado adequado para deliberação. Os trabalhos no Terceiro Comitê transcorreram por oitenta e uma reuniões, realizadas de setembro a dezembro de 1948.

No dia 6 de dezembro de 1948 o Terceiro Comitê procedeu à votação da Declaração, após ajustes de fundo e forma, e apesar do elevado número de emendas recebidas, ao final, a versão aprovada pelo Terceiro Comitê não se distanciou da base do esboço de Declaração elaborado pelo Comitê de Redação da Comissão de Direitos Humanos, o que justificou a abstenção da delegação da URSS, pois considerava o documento inaceitável face à rejeição da maioria das emendas que havia proposto.⁵⁰

O relatório do Terceiro Comitê (A/777) foi apreciado nas reuniões plenárias da Assembleia Geral, nos dias 09 e 10 de dezembro de 1948, e, ao todo, 35 delegações se pronunciaram durante os debates, muitas das quais expressando

⁴⁹ Em tais pronunciamentos, todos enfatizaram a importância da Declaração, mas lamentaram que não tivesse sido possível completar, ao mesmo tempo, o esboço de Pacto e as medidas de implementação, pois era reconhecido que os três instrumentos formavam parte de um todo orgânico que era a Carta Internacional de Direitos Humanos. (Cfr.: Anuário das Nações Unidas, 1947-1948, p. 576-578).

⁵⁰ O representante da URSS tentou por duas vezes, após a votação da Declaração no Terceiro Comitê e durante os debates na Assembleia Geral, adiar a votação da resolução que aprovou a Declaração por considerar o texto insatisfatório em diversos aspectos, sobretudo de ordem ideológica em oposição aos pontos de vista dos Estados Unidos, sendo estes últimos os prevalecentes no bojo do texto aprovado. Cfr.: Anuário das Nações Unidas, 1948-1949, ps. 530 e 532.

pontos de vista que já haviam sido sustentados no Terceiro Comitê, resultando, ao final, na aprovação da Declaração.

1.2.1.2

As Fontes Filosóficas e Ideológicas da Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal foi aprovada sem nenhum voto contra, mas com profundas críticas de Estados que sustentavam a dificuldade de aceitação da Declaração por ela estar amplamente embasada em padrões ocidentais de cultura e religião (África do Sul, Arábia Saudita e Egito) ou por se tratar de um documento de viés marcadamente liberal e individualista (Bielorrússia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia, USSR, Yugoslávia).⁵¹

Por um lado, essas críticas podem encontrar sua razão de ser nas fontes documentais utilizadas pelos redatores dos mais incipientes esboços da Declaração. Ralph Wilde não deixa dúvidas acerca da forte influência liberal-individualista, destacando, nesse sentido, a atuação do jusinternacionalista canadense John Humphrey, que na época era o presidente da Divisão de Direitos Humanos do Secretariado da ONU e cujo texto por ele apresentado serviu como um importante ponto de partida para a discussão da proposta do Comitê de Redação. Wilde relata que:

“Na época, Humphrey declarou que não escreveu seu esboço com base numa filosofia específica; era uma síntese genérica de propostas enviadas de todo o mundo para o Secretariado. Posteriormente, Humphrey admitiu que o caso não foi realmente esse. Escreveu: ‘Com duas exceções, todos esses textos vieram de fontes de língua inglesa, e todos do Ocidente democrático. [...] Meu projeto buscou aliar o liberalismo humanitário com a socialdemocracia. [...] Eu mesmo decidia o que incluir e o que deixar de fora.

Humphrey e outros redatores foram influenciados por alguns dos mais fundamentais documentos constitucionais dos Estados Unidos e da Europa, como a Magna Carta de 1215 e a Declaração de Direitos de 1689 (Inglaterra); a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 (França); a Constituição dos Estados Unidos de

⁵¹ Dos 58 Estados membros das Nações Unidas, 48 votaram a favor (Afeganistão, Argentina, Austrália, Bélgica, Bolívia, Brasil, Burma, Canadá, Chile, China, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Equador, Egito, El Salvador, Estados Unidos, Etiópia, Filipinas, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Holanda, Islândia, Índia, Irã, Iraque, Líbano, Libéria, Luxemburgo, México, Nicarágua, Noruega, Nova Zelândia, Panamá, Paquistão, Paraguai, Peru, Reino Unido, República Dominicana, Síria, Suécia, Tailândia, Turquia, Uruguai, Venezuela), nenhum contra, 08 se abstiveram (África do Sul, Arábia Saudita, Bielorrússia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia, USSR, Yugoslávia) e 02 estavam ausentes na ocasião da adoção da Declaração (Honduras e Iemen) – Cfr.: Anuário das Nações Unidas, 1948-1949, ps. 527-529 e 530-534.

1787 e a Declaração de Direitos de 1791, também dos EUA. (...) Esses instrumentos foram complementados por propostas específicas de organizações nacionais, internacionais e de indivíduos privados. (...).

Embora o Secretariado tenha citado, mais tarde, trechos das constituições de grande número de países, isso foi feito para dar a impressão de consenso universal na expectativa dos debates que teriam lugar no Conselho Econômico e Social e na Assembleia Geral. Já que as principais decisões com relação ao teor da Declaração foram tomadas na fase de redação, a inspiração e a concepção dos direitos na Declaração, com certeza, derivam primordialmente das tradições filosóficas e da experiência dos membros norte-americanos, britânicos e europeus do comitê de redação e do Secretariado.”⁵²

Essa opção de fontes históricas e filosóficas resta clara na redação dos três primeiros parágrafos do preâmbulo e no artigo 1º. da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os quais proclamam, em seu conjunto, a base conceitual dos Direitos Humanos, segundo as tradições legadas pelos movimentos constitucionalistas euro-americanos do século XVIII e princípios do século XIX.

Ao comentar o texto da Declaração Universal, Ralph Wilde afirma que, particularmente, no seu artigo 1º. está a confissão de que as origens da idéia de Direitos Humanos concebida neste instrumento jurídico é a legada pela tradição filosófica iluminista e a crença religiosa é a cristã ocidental, muito embora sem as referências textuais à “natureza”⁵³ e a “Deus”, suprimidas com a finalidade de que não houvesse uma barreira literal intransponível à assimilação da Declaração por outros povos e culturas.

“O Artigo 1º. é a pedra angular de toda a Declaração, Repercute a filosofia iluminista do Ocidente sobre a natureza dos direitos e estabelece o conceito fundamental de humanidade que constitui a base dos direitos humanos. (...)

O Artigo 1º., ao declarar que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, sublinha a idéia iluminista segundo a qual os direitos existem em virtude da condição humana. Os indivíduos têm direitos porque são seres humanos, e não por causa de sua condição social ou porque lhes foram outorgados pelo Estado, os direitos são inalienáveis. A liberdade e a igualdade são direitos inatos do ser humano. O objetivo da lei dos direitos humanos era muito mais

⁵² POOLE, Hilary (org.) *et al.* ob. cit. ps. 87-88. Veremos mais adiante que esta Convenção será novamente dividida em dois Pactos, já sob o efeito da Guerra Fria.

⁵³ O texto do artigo 1º., constante do esboço de Declaração, resultado do trabalho da terceira sessão da Comissão de Direitos Humanos e encaminhada para apreciação na sétima sessão do ECOSOC, tinha a seguinte redação: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos São dotados pela natureza de razão e consciência, e devem conduzir-se uns aos outros com espírito de fraternidade.” (tradução livre). Ao pronunciar-se sobre este artigo em particular, na sétima sessão do ECOSOC, a delegação brasileira expressou que “A Declaração não deveria ser introduzida por postulados filosóficos de teorias desatualizadas do direito natural, portanto, o artigo 1 deveria ser omitido” (tradução livre). (Cfr.: Anuário das Nações Unidas, 1947-1948, p. 577.

refletir essa realidade numa forma jurídica do que conceder direitos a uma pessoa que de outra forma não os teria.”⁵⁴

Apesar da prevalência dessa concepção iluminista, é digno de nota que a postura da Delegação chinesa na Comissão de Direitos Humanos, durante o processo de elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não foi omissa nem passiva, pois sempre alertou aos demais membros da Comissão sobre a existência e vastidão do mundo não ocidental que devia se ver incluído na Declaração.

Nesse sentido, destaca-se, em particular, a atuação de Chang Peng-chun (representante da China e vice-presidente da Comissão de Direitos Humanos) em três sentidos: Primeiramente, Chang defendeu, com frequência, a formulação de um texto mais geral, neutro e abrangente, para que, ao ser lido, pudesse ser completado concretamente com elementos de várias culturas e crenças. No debate acalorado sobre a fundamentação dos direitos humanos, constante do artigo 1º., Chang foi enfático ao defender a retirada da origem da razão como tendo sido dotada por Deus ou pela Natureza. Em contrapartida, a principal contribuição de Chang para uma “universalização” da Declaração, foi a introdução, no texto do artigo 1º., da noção de “simpatia para com o semelhante” (Liang Xin), ainda que mal traduzida na palavra “consciência”, ao lado da idéia de “razão”, mas com o profundo significado de uma natural bondade do coração humano.⁵⁵

Por outro lado, no que tange às fontes ideológicas da Declaração, é necessário ressaltar que a Declaração Universal não é uma cópia das Declarações liberais tradicionais do século XVIII. De acordo com o testemunho de René Cassin⁵⁶, seus autores tomaram em conta a evolução trazida pela introdução de direitos econômicos e sociais, como por exemplo o direito ao trabalho, à seguridade social e à educação, por instrumentos como a Declaração revolucionária de 1793, a Constituição francesa de 1848 e em tantas outras constituições euro-americanas elaboradas até o início do século XX, como a

⁵⁴ POOLE, Hilary (org.) *et al.* ob. cit. ps. 105-106.

⁵⁵ Para um estudo mais aprofundado e outras referências sobre o tema, confira-se o ensaio de Pierre-Étienne Will, *The Chinese Contribution to the Universal Declaration of Human Rights, 1947-1948: a re-examination*, disponível em http://www.drmh.gov.tw/ImagesPost/5293066f-f927-4e8d-b62a-1a4363d1f6c0/53e693b3-00eb-4099-8129-35161c9b393a_ALLFILES.pdf. Acessada em: 06/07/2013.

⁵⁶ CASSIN, René La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. *In: Recueil des Cours*, p. 285.

Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de 1919. Porém, é necessário reconhecer também que, apesar destas concessões aos direitos econômicos e sociais, a base ideológica destas normas ainda era a do liberal-capitalismo.

Outrossim, é necessário assinalar que, embora as tensões da guerra fria ainda não fossem sentidas naquele momento com a mesma intensidade das décadas subsequentes, as disputas acerca da concepção liberal-capitalista ou socialista soviética dos direitos humanos fez-se sentir em todas as fases de elaboração da Declaração Universal. A forma de declaração contribuiu para o alívio destas tensões, o que não iria se repetir, posteriormente, quando a Comissão de Direitos Humanos daria continuidade ao plano da Carta com obrigações impositivas e mecanismos procedimentais para sua implementação.

Como analisa Ralph Wilde, apesar do liberal-capitalismo e do socialismo soviético serem dois modelos ideológicos de base iluminista, eles competiam entre si para que suas visões prevalescessem no texto da Declaração:

“O modelo capitalista ocidental, com ênfase no individualismo, na empresa e no direito de propriedade, tinha como foco principal os direitos civis e políticos⁵⁷. O modelo comunista soviético, com ênfase nos direitos coletivos, nos deveres individuais⁵⁸ e na propriedade coletiva, concentrava-se nos direitos econômicos, sociais e culturais⁵⁹. O resultado foi uma Declaração que acatou a importância tanto da liberdade individual quanto da unidade coletiva em que vivem pessoas. Sua formulação aparentemente desqualificada do direito de expressão (Artigo 19) agradou aos libertários; o direito a um padrão de vida adequado (Artigo 25) empolgou os socialistas.”⁶⁰

Então, diante dessa tolerância mútua, é possível compreender porque, apesar da redação em termos preponderantemente individualistas (“toda pessoa”), a Declaração possui alguns dispositivos com um viés coletivista, tais como, o artigo 17 (direito de propriedade só ou em sociedade com outros indivíduos), o artigo 20 (direito de reunião e associação), artigo 21 (direito de participação na vida pública do país com menção expressa à soberania popular), e artigo 27 (direito de participação na vida cultural, artística e científica da sociedade).

⁵⁷ Artigos 2o. a 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁵⁸ Artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Neste particular, os soviéticos não aceitaram bem a redação demasiadamente absoluta dos direitos previstos na declaração, já que os deveres do indivíduo para com a coletividade ficaram restritos aos últimos artigos do texto.

⁵⁹ Artigos 22 a 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁶⁰ POOLE, Hilary (org.) *et al.* ob. cit. p. 89.

Ainda nessa mesma linha de tentativa de coadunação entre as esferas do individual e do coletivo na Declaração, René Cassin analisa que os artigos 28 a 30 marcam a ligação entre o indivíduo e a sociedade. O artigo 28 afirma a necessidade de uma ordem social e internacional nas quais os direitos e liberdades previstos na Declaração possam encontrar sua plena realização. O artigo 29 proclama também os deveres do indivíduo para com a comunidade e com os direitos e liberdades dos demais indivíduos, fixando os limites que o homem não pode ultrapassar, marcados pelo dever de respeito às exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática e nem contrariar os fins e princípios das Nações Unidas.⁶¹ Por fim, o artigo 30 determina que nenhuma disposição da Declaração poderá ser “interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades” nela estabelecidos.

Enfim, como relata Michael Freeman, houve tentativas no sentido de incluir na Declaração um artigo sobre o direito das minorias, revelando, ainda uma vez mais, a tensão entre as concepções individual e coletiva dos direitos humanos na época, mesmo após a tragédia humana sofrida por minorias raciais, nacionais, religiosas e linguísticas da Europa antes e durante as duas guerras mundiais:

“O representante da URSS disse que os direitos das minorias eram ‘direitos humanos fundamentais’. O representante dos EUA se opôs à inclusão de um artigo sobre direitos das minorias, afirmando que a melhor solução para o problema das minorias seria encorajar o respeito aos direitos humanos. Havia, portanto, um desacordo conceitual sobre se os direitos de minorias eram direitos humanos ou se os direitos humanos não incluíam os direitos de minorias mas eram o meio para resolver o problema das minorias. A Declaração Universal não menciona as minorias”.⁶² (Tradução livre)

De fato, nenhum artigo específico sobre este tema foi incluído na Declaração Universal de 1948⁶³, embora a Assembleia Geral reconhecesse que

⁶¹ CASSIN, René La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. In: *Recueil des Cours*, ps. 278-279.

⁶² FREEMAN, Michael. Are there collective human rights? In: JONES, Peter (ed.). *Group Rights*. Farnham, England; Burlington, VT: Ashgate, 2009. p. 411.

⁶³ Foi preciso esperar até 1966, quando o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos previu, no artigo 27 a salvaguarda dos direitos das minorias: “Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de terem em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de empregar a sua própria língua.”

não podia mais ficar indiferente à sorte dos grupos de minorias⁶⁴, limitando-se, contudo, naquela época, a Comissão de Direitos Humanos a criar a antiga Sub-Comissão sobre a Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias.

Além da forma meramente declaratória, que ajudou a abrandar as rivalidades ideológicas em benefício de um consenso, outro fator importante é lembrado por Ralph Wilde, desta feita de caráter político-econômico:

“A pauta social de reconstrução pós-guerra na Europa e o New Deal do presidente Roosevelt nos Estados Unidos indicavam que, a despeito de sentimentos antagonistas, existia agora um apoio significativo no Ocidente à ação do Estado na promoção do bem-estar econômico e social de seu povo. Os aspectos socialistas da Declaração foram, portanto, apenas aqueles que o Ocidente podia acolher e adotar conjuntamente com os direitos civis e políticos que defendiam com tanta paixão.”⁶⁵

Com efeito, a adoção da Declaração Universal pela Assembléia Geral, em 10 de dezembro de 1948, através da resolução 217 A (III), representou um raro momento de lucidez, no século XX, em que os chefes de Estado, motivados por certos fatores favoráveis, reconheceram a primazia do ser humano no plano do direito internacional.

Trata-se de fatores que podem ser sintetizados em: a) históricos, relacionados com o momento favorecido pelo trauma do final da Segunda Guerra Mundial e o prelúdio da guerra fria; b) jurídicos, graças à forma não vinculante de declaração; e c) econômicos, dada ao esforço de reconstrução do pós-guerra e a implantação do Estado do Bem-Estar Social.

1.2.2

A Reconstituição do Processo de Elaboração dos Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Outra importante decisão tomada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral consistiu em requisitar ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC) que a Comissão de Direitos Humanos continuasse a dar prioridade ao

⁶⁴ A Resolução 217(III) C, de 10 de dezembro de 1948 consignou que, dado ao viés universalista da Declaração, considerava difícil adotar uma solução uniforme para a questão complexa e delicada das minorias, que possuía aspectos especiais em cada um dos Estados em que emergia. Assim, o ECOSOC recebeu a incumbência de transmitir à Comissão de Direitos Humanos e à Sub-Comissão de Prevenção contra a Discriminação e Proteção de Minorias os textos já recebidos sobre a matéria e realizar estudos mais aprofundados, a fim de que as Nações Unidas pudessem tomar medidas mais efetivas no futuro.

⁶⁵ POOLE, Hilary (org.) *et al.* ob. cit. p. 90.

trabalho de preparação de um esboço de pacto de direitos humanos e suas medidas de implementação.⁶⁶

Essa fase, que se concentrou na construção de um Pacto Internacional de Direitos Humanos pode ser compreendida em quatro etapas⁶⁷ de elaboração, sendo que as duas primeiras, foram dominadas pela discussão acerca do método de trabalho a ser seguido conforme dois sistemas opostos, a saber: a unidade e a pluralidade de pactos. A primeira via defendia a existência de um pacto geral de direitos humanos à semelhança da Declaração Universal, enquanto que a segunda defendia a elaboração de dois ou vários pactos distintos, cobrindo as categorias de direitos e liberdades fundamentais proclamadas pela Declaração. Havia também uma terceira via reconciliatória dos interesses políticos e argumentos jurídicos defendidos por cada uma destas duas linhas de raciocínio em conflito.⁶⁸

1.2.2.1

A Etapa Inicial: 1947-1950

A etapa inicial, como visto, parte da proposta de dois instrumentos preliminares, logo na primeira sessão do Comitê de Redação, ocorrida em junho de 1947, e se encerra com a entrega pela Comissão de Direitos Humanos ao ECOSOC de um esboço de convenção, em 1950.⁶⁹

Conforme dito linhas acima, o Comitê de Redação submeteu dois textos preliminares para a apreciação da Comissão de Direitos Humanos: um esboço de declaração e um esboço de convenção com medidas de implementação. Findo o processo de elaboração da declaração, foram retomados os estudos e debates sobre a redação da convenção (renomeada como pacto) e os mecanismos de implementação. Consoante os esboços apresentados até então pela Comissão de

⁶⁶ Resolução 217 E (III), de 10 de dezembro de 1948, da Assembléia Geral e Resolução 191 (VIII), de 9 de fevereiro de 1949, do Conselho Econômico e Social.

⁶⁷ Esta divisão é elaborada a partir daquela proposta pelo Prof. Cançado Trindade. (Cfr.: CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Ob. cit. p. 38 v. 1.

⁶⁸ Confira a íntegra do testemunho de um protagonista desta História no exato momento em que se deram os acontecimentos narrados nesta subseção em: CASSIN, René La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. In: *Recueil des Cours*, ps. 297-305.

⁶⁹ Relatório E/1681 e Corr. I e Add. I. Adicionalmente, o ECOSOC contava com dois relatórios preparados pelo Secretariado, a pedido da Comissão de Direitos Humanos (E/1721 e Corr. I e E/1732) sobre questões relacionadas ao federalismo, colonialismo e pedido de opiniões consultivas à Corte Internacional de Justiça pelo Comitê de Direitos Humanos (órgão de implementação que ainda estava em estudo, mas que foi rejeitado).

Direitos Humanos, de inspiração anglo-americana, eram previstas, preferencialmente, obrigações referentes à direitos civis e políticos, assim como suas respectivas medidas de implementação.

René Cassin narra que, apesar do problema sobre a unidade ou pluralidade de pactos não ter tido quase importância no início dos trabalhos da Comissão de Direitos Humanos, ainda nos primeiros anos de 1947-1948, este conflito explodiu na primavera de 1949, dada a questão posta quanto à aceitação das proposições, principalmente da Delegação da URSS, sobre a inserção dos direitos econômicos, sociais e culturais no pacto, o que começou a ser estudado com o apoio das agências especializadas das Nações Unidas: Organização Internacional do Trabalho (OIT), UNESCO e Organização Mundial da Saúde (OMS).⁷⁰

1.2.2.2

A Segunda Etapa: 1950-1952

A segunda etapa, de 1950 a 1952, é marcada pelo trabalho simultâneo da Comissão de Direitos Humanos, do ECOSOC e da Assembléia Geral, destacando-se o ano de 1952, quando a Assembléia Geral decidiu proceder à elaboração de dois pactos, para abarcar em instrumentos separados os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, ao invés de um único, contrariando decisão anteriormente tomada pela própria Assembléia Geral, em 1950.

No início desta segunda etapa, em 1950, o ECOSOC dependia de várias decisões políticas a serem tomadas pela Assembléia Geral, a fim de dar andamento ao trabalho de elaboração do Pacto. Tratava-se, dentre vários outros temas, da inclusão, no esboço em análise, de disposições sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, ainda de acordo com o relato de René Cassin:

“No ano de 1950, no começo do qual a URSS não se fez representar na Comissão de Direitos Humanos, o problema foi tratado sem violências verbais. Mas a tese anglo-americana favorável ao voto rápido pela Assembléia do anti-projeto dito dos 18 artigos relido pela quinta vez e ao retorno no ano seguinte para estudos combinados concernentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, deparou-se com a resistência irredutível de outros representantes. Finalmente, o Conselho

⁷⁰ CASSIN, René La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. *In: Recueil des Cours*, p. 298.

Econômico e Social, reunido em julho de 1950, decidiu⁷¹ que a V sessão da Assembleia Geral seria encarregada não de discutir o projeto no mérito, mas de dar as diretivas sobre os pontos cardeais em litígio, dentre os quais se achava o problema da unidade ou pluralidade de pactos.”⁷² (Tradução livre)

A Assembléia Geral opinou favoravelmente pela elaboração de um documento único contendo ambas as categorias de direitos humanos, emitindo a resolução 421 E(V), de 04 de dezembro de 1950, na qual afirmou que o gozo das liberdades civis e políticas e dos direitos econômicos, sociais e culturais são interconectados e interdependentes e que quando o homem é privado de direitos econômicos, sociais e culturais, ele não representa a pessoa humana que a Declaração Universal indica como ideal de homem livre.

O ECOSOC, por sua vez, transmitiu a resolução da Assembléia Geral à Comissão de Direitos Humanos, através da resolução 349 (XII), de 23 de fevereiro de 1951. E diante desse novo encaminhamento, a Comissão de Direitos Humanos passou ao trabalho de revisão do esboço do pacto, contando com a colaboração de representantes da Organização Internacional do Trabalho (OIT), UNESCO e Organização Mundial da Saúde (OMS).

Um novo esboço foi elaborado pela Comissão de Direitos Humanos, fruto deste trabalho, consoante consta do relatório E/1992. Apesar desta versão do pacto conter as duas categorias de direitos humanos em um mesmo texto, havia uma indecisão se as medidas de implementação previstas nas partes IV (comunicações inter-estatais) e V (relatórios) estavam relacionadas a alguma categoria ou a todas as categorias de direitos contidas no projeto de pacto. Ademais, René Cassin deixou registrado que, mesmo colaborando lealmente com o estudo desses novos textos, certas delegações não escondiam que a posição de mérito por elas defendida não havia mudado e se reservavam o direito de apelar novamente ao Conselho Econômico e Social e à Assembleia Geral, como, de fato, veio a ocorrer logo em seguida⁷³.

No ECOSOC, a nova versão do ante-projeto de pacto gerou inúmeras discussões, desencadeando a resolução 384 C (XIII), de 29 de agosto de 1951. A referida resolução destaca que as disposições sobre direitos civis e políticos, assim

⁷¹ Resolução 303 I (XI), de 09 de agosto de 1950.

⁷² CASSIN, René La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. *In: Recueil des Cours*, p. 299.

⁷³ CASSIN, René La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. *In: Recueil des Cours*, p. 299.

como aquelas sobre direitos econômicos, sociais e culturais contidas no esboço de pacto da Comissão de Direitos Humanos seriam implementadas por métodos diferentes, devendo estar contidos em pactos distintos. O texto da resolução destacava que o esboço revisado do Pacto preparado pela Comissão de Direitos Humanos em sua décima sétima sessão em resposta a resolução 421 (V), da Assembleia Geral, continha disposições relativas, *inter alia*, sobre direitos econômicos, sociais e culturais além da previsão de dois métodos diferentes de implementação, sem indicar qual método (ou quais métodos) seria aplicável aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao incluir em um mesmo Pacto dois diferentes tipos de direitos e obrigações poderia advir dificuldades, razão pela qual o Conselho convidava a Assembléia Geral a reconsiderar sua decisão de incluir em uma convenção disposições sobre ambas as categorias de direitos econômicos, sociais e culturais e direitos civis e políticos.

A Assembléia Geral iniciou a rediscussão desse tópico no final de 1951, em quarenta reuniões do Terceiro Comitê e em duas reuniões plenárias subsequentes, culminando na aprovação da resolução 543 (VI), de 05 de fevereiro de 1952. Essa nova resolução, contrariando a decisão anteriormente tomada na resolução 421 E (V), de 04 de dezembro de 1950, solicitava que a Comissão de Direitos Humanos esboçasse dois pactos separados, os quais seriam submetidos simultaneamente à apreciação da Assembléia Geral e abertos para assinatura ao mesmo tempo.

A resolução determinava, ademais, que os dois pactos deveriam conter tantas disposições similares quanto possível, visando enfatizar a unidade de objetivos e assegurar o respeito e a observância dos direitos humanos. Por fim, recomendou ao Secretário Geral que pedisse a colaboração de Estados membros e agências especializadas a apresentar esboços, *memoranda* ou observações acerca do novo pacto de direitos econômicos, sociais e culturais, sem prejuízo do aprimoramento de dispositivos já existentes no esboço de convenção apresentado pela Comissão de Direitos Humanos, conforme ressaltou a resolução 544 (VI) emitida pela Assembléia Geral na mesma data⁷⁴.

É importante notar que, apesar das críticas que hoje são lançadas contra a divisão do pacto de direitos humanos, decorrente da resolução 543 (VI), de 05 de fevereiro de 1952, da Assembleia Geral que acabo de descrever, esta decisão foi,

⁷⁴ Confira o conjunto das resoluções 543 (VI) a 549 (VI) da Assembleia Geral, todas de 05 de fevereiro de 1952.

em realidade, um método intermediário entre dois sistemas rígidos e opostos: o da pluralidade e o da unidade de pactos. Esta terceira via foi apresentada por René Cassin como sendo o da *pluralidade articulada* em seu curso de 1951 na Academia da Haia⁷⁵. Nas vésperas da votação da citada resolução 543 (VI), o citado jurista, então delegado da França neste processo defendeu esta alternativa com as seguintes palavras:

“Concebe-se um terceiro sistema transacional que poderia ser chamado o da *pluralidade articulada*. Ele nunca foi proposto oficialmente. Nessa concepção, reconhece-se que não há na Declaração direitos ou liberdades mais fundamentais que outras e se aceita preparar não mais sucessivamente, mas simultaneamente dois Pactos (um concernente aos direitos civis e cívicos e outro aos direitos econômicos, sociais e culturais) que serão discutidos pela Assembleia Geral no curso da mesma sessão, em todo o caso oferecidos *simultaneamente* para assinatura, para ratificação ou adesão dos Estados. Mas esta pluralidade de Pactos, mantida para promover a ratificação por numerosos Estados, não seria prejudicial à unidade do sistema global de proteção dos direitos reconhecidos. Deve-se ligar os Pactos separados a um tronco comum que contenha o essencial das medidas de aplicação comuns a todos os direitos, e isso para não se atentar contra a unidade da própria Declaração. No que se refere à atitude intransigente dos partidários da ‘unidade absoluta’ do Pacto, que votaram mesmo contra a única diferenciação dos compromissos dos Estados nas Partes I e Ido Projeto e visto a tendência manifestada por certos partidários irredutíveis da ‘pluralidade pura e simples’ à rever os votos favoráveis dos seus representantes acordados pela *unidade temperada*, a batalha pelo método ainda não está encerrada. A Assembleia Geral das Nações Unidas que se reunirá em Paris no final do ano de 1951, decidirá.”⁷⁶ (Tradução livre)

Mas, como adverte Cançado Trindade:

“(…) já naquela época se podia constatar que tal dicotomia não se revestia de caráter absoluto, porquanto o Pacto de Direitos Civis e Políticos também prevê a ‘possibilidade de uma realização progressiva’ de certos direitos, e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contém dispositivos suscetíveis de aplicação a curto prazo; assim, os conflitos entre as duas categorias de direitos nem sempre são claros, e talvez a distinção seja antes uma questão de gradação ou de ênfase, voltada às obrigações gerais que vinculam os Estados Partes.”⁷⁷

⁷⁵ Para Boris Mirkine-Guetzévitch, em curso proferido na Academia da Haia em 1953, as Nações Unidas não adotaram nem um Pacto único, nem a « pluralidade articulada » de Pactos proposta por René Cassin. Porém, mais de cinquenta anos depois, observando a redação final dos Pactos e o procedimento de abertura para assinatura e ratificação, afigura-se que a idéia prevalescente, de fato, foi a de René Cassin. Cfr. : MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. Quelques problèmes de la mise en oeuvre de la Déclaration universelle des droits de l'homme. In : *Recueil des cours*, 83, 324-325 (1953-II).

⁷⁶ CASSIN, René La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. In: *Recueil des Cours*, p. 305.

⁷⁷ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. ob. cit. p. 354.

E prossegue o referido autor em sua análise:

“Apesar de, talvez *nesse sentido* ter a distinção sido consagrada nos dois Pactos das Nações Unidas, afigurou-se, antes, como um reflexo da profunda divisão ideológica do mundo no início dos anos cinquenta, a repercutir inexoravelmente nos trabalhos das Nações Unidas. No presente domínio, por exemplo, o então ‘grupo ocidental’ enfatizava os direitos civis e políticos, ao passo que o então ‘bloco socialista’ privilegiava os direitos econômicos, sociais e culturais. Não há que passar despercebido, no entanto, que tal compartimentalização não havia sido antecipada ou propugnada pelos redatores da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Com efeito, apesar da clara ênfase desta última nos direitos do indivíduo, as duas ‘categorias’ de direitos já constavam da mesma Declaração Universal (artigos 3-21 e 22-27, respectivamente). Também na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, que se antecipou em alguns meses a Declaração Universal, apareciam em forma combinada as duas ‘categorias’ de direitos.”⁷⁸

Portanto, a decisão, que afinal prevaleceu, de preparar dois pactos Internacionais para a proteção de “categorias” distintas de direitos conforme o modo de implementação das obrigações estatais, refletia, segundo assevera Cançado Trindade, “o marco e a principal característica do enfoque dos direitos humanos preponderante em meados do século XX”.⁷⁹

1.2.2.3

A Terceira Etapa: 1952-1954

Dando seguimento ao processo, a terceira etapa se inicia em 1952, quando a Comissão de Direitos Humanos foi comunicada pelo ECOSOC, da decisão acima referida, e deu continuidade ao seu trabalho⁸⁰, desta feita, de elaboração de dois esboços de pactos de direitos humanos, o qual somente pôde ser concluído em 1954, com a apresentação do relatório E/2573 ao ECOSOC.

Nesse ponto, segundo analisa Cançado Trindade:

“Há que reconhecer o mérito da Comissão de Direitos Humanos por ter concluído (em 1954) o Projeto dos dois Pactos, apesar da diversidade de pontos de vista (não apenas em seu seio mas também nos do ECOSOC e da Assembléia Geral), tarefa difícil de realizar em uma época caracterizada pelos conflitos ideológicos gerados

⁷⁸ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Ob. cit. p. 355. v. 1.

⁷⁹ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Ob. cit. p. 38. v. 1.

⁸⁰ A resolução 549 (VI), de 05 de fevereiro de 1952, da Assembléia Geral requisitou uma sessão especial do ECOSOC, em 24 de março de 1952, com a finalidade de transmitir as recomendações da Assembléia Geral à Comissão de Direitos Humanos.

pela guerra fria e também marcada pelo processo incipiente de descolonização, cujos impactos podiam se fazer sentir em seus trabalhos.”⁸¹

Sem dúvida, a partir de meados da década de 1950 a Assembléia Geral passou por um profundo processo de ampliação das suas estreitas bases originais, até então constituída pela limitada representação dos Estados vencedores e seus aliados, estabelecida no final da Segunda Guerra Mundial. Com a entrada de novos Estados membros, principalmente em decorrência do processo de descolonização africana, formou-se um bloco de Estados neutros ou não-alinhados, em relação à bipolaridade criada pela guerra fria, que eram identificados com as questões dos países em desenvolvimento ou do Terceiro Mundo⁸². Esta coalisão de forças reuniu as condições políticas necessárias para a votação de importantes documentos em prol do direito à auto-determinação dos povos e a garantia de soberania sobre suas fontes de riquezas naturais.

Em histórico discurso de introdução aos Cursos da Academia da Haia de 1974 sobre direitos humanos, René Cassin relembra que durante o longo período de elaboração dos dois Pactos aconteceram muitos eventos políticos, notadamente o acesso às Nações Unidas, na qualidade de Estados soberanos, de territórios até então sob mandato, protetorado ou simplesmente colônias e, inevitavelmente o conteúdo dos Pactos sofreu a influência destas mudanças.⁸³

Uma demonstração inicial dessa nova visão da Assembleia Geral ocorreu com a previsão do direito à autodeterminação dos povos como um direito humano fundamental, recomendada durante os trabalhos legislativos de elaboração dos Pactos, através das resoluções 421 D (V), de 04 de dezembro de 1950 e 545 (VI), de 05 de fevereiro de 1952⁸⁴, destoando, visivelmente, das categorias dos direitos

⁸¹ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. ob. cit. p. 39.

⁸² Em 1945, a recém-nascida Organização das Nações Unidas contava com 51 Estados membros. Em 1950, eram 60 membros, em 1960, este número foi elevado para 99 e no início da década de 1970 para 127. Confira os dados completos em: <http://www.un.org/en/members/growth.shtml>. Acesso em 16/01/2013.

⁸³ CASSIN, René. Les Droits de l’Homme. In: *Recueil des Cours*, 140, 325-326 (1974)

⁸⁴ Tais recomendações foram materializadas no artigo 1º. comum aos dois Pactos e no artigo 25 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e culturais. Confira também, como importantes antecedentes deste processo legislativo, as resoluções 523 (VI) de 12 de janeiro de 1952, as resoluções 626 (VII) e 637 (VII), respectivamente, de 21 e 16 de dezembro de 1952; a resolução 738 (VIII), de 28 de novembro de 1953; a resolução 837 (IX), de 14 de dezembro de 1954 e a resolução 1314 (XIII), de 12 de dezembro de 1958.

civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais em disputa naquela época.⁸⁵

Com efeito, já na década de 1960, o processo de descolonização africana, precipitou o deslocamento do eixo das Nações Unidas do cenário leste-oeste para um plano mais verdadeiramente universalista, abrindo a agenda da Assembleia Geral para o debate de temas do eixo norte-sul em um processo de democratização, e é neste novo contexto que as questões sobre autodeterminação dos povos, desenvolvimento e desarmamento, dentre inúmeros outros temas, foram colocados na ordem do dia.⁸⁶

1.2.2.4 A Quarta Etapa: 1954-1966

Enfim, a quarta etapa inicia com o envio do citado relatório E/2573 pelo ECOSOC à Assembleia Geral, sem análise de mérito.⁸⁷ Nesta instância, os esboços de pacto foram primeiramente analisados pelo Terceiro Comitê, o que transcorreu de 1955 a 1963, resultando, neste ano, no envio do relatório A/5655 do Terceiro Comitê à Assembleia Geral propriamente dita.

Na Assembleia Geral, os Governos dos Estados membros foram convidados a fazer considerações sobre as cláusulas dos pactos adotadas pelo Terceiro Comitê e ficou decidido também que seria feito um esforço especial para que os textos fossem integralmente aprovados no ano seguinte.⁸⁸ No entanto, devido à pesada agenda da Assembleia Geral nos anos de 1964 e 1965, os trabalhos somente foram retomados em 1966, com a submissão do relatório final do Terceiro Comitê (A/6564) para a apreciação da Assembleia Geral. Depois das discussões em

⁸⁵ Para uma ampla análise acerca do direito à autodeterminação dos povos no processo de elaboração dos Pactos das Nações Unidas, confira: MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. Quelques problèmes de la mise en oeuvre de la Déclaration universelle des droits de l'homme. In : *Recueil des cours*, ob. cit. p. 326-351.

⁸⁶ Confira, dentre os principais documentos da Assembleia Geral acerca do direito à autodeterminação política e econômica, a resolução 1514(XV) que adota a Declaração sobre a Concessão de Independência a Países Coloniais e Povos, de 14 de dezembro de 1960; resolução 1515 (XV) sobre o direito soberano de Estado a dispor de suas próprias riquezas e recursos naturais, de 15 de dezembro de 1960; resolução 1803 (XVII) sobre a soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais, de 14 de dezembro de 1962; resoluções 3201 (S-VI) e 3202 (S-VI) que aprovam a Declaração sobre o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional e seu Programa de Ação, de 1º de maio de 1974.

⁸⁷ Resolução 545 B (XVIII), de 29 de julho de 1974 e a resolução 3281 (XXIX) que aprova a Carta sobre Direitos e Deveres Econômicos do Estado, de 12 de dezembro de 1974.

⁸⁸ Resolução 1960 (XVIII).

plenário, os textos dos pactos e do protocolo facultativo sobre as medidas de implementação dos direitos civis e políticos por meio de petições individuais, foram aprovados pela resolução 2200 A (XXI) de 16 de dezembro de 1966, ocasião em que foram abertos os prazos para assinatura e ratificação.⁸⁹

A dificuldade referida por Cançado Trindade, linhas acima, pode ser evidenciada ao serem confrontadas a duração dos trabalhos da Comissão de Direitos Humanos para elaboração da Declaração e dos dois Pactos. No primeiro caso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos demorou dezoito meses para ser elaborada, considerando-se o início dos trabalhos no Comitê de Redação da Comissão de Direitos Humanos em junho de 1947 e o termo final com a adoção da resolução 217 A (III) pela Assembléia Geral, em 10 de dezembro de 1948. Já o processo de elaboração dos dois Pactos transcorreu por dezoito anos, considerando-se como marco inicial a determinação da Assembléia Geral para que a Comissão de Direitos Humanos desse prosseguimento ao trabalho de esboçar um pacto de direitos humanos, constante na resolução 217 E (III), de 10 de dezembro de 1948, prolongando-se até a aprovação dos Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pela resolução 2200 A (XXI) de 16 de dezembro de 1966, acrescentando-se ainda mais dez anos até ser atingida a quantidade de ratificações necessárias a entrada em vigor de ambos os pactos, o que veio a ocorrer somente em 1976.

1.2.3

A Gradual Superação da Dicotomização dos Direitos Humanos nos Sistemas Onusiano e Regionais de Proteção

Impulsionada pela dinâmica transformadora da história, a decisão tomada pela Assembleia Geral em 1952, que marcou a dicotomia entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais nos Pactos das Nações Unidas, foi sendo gradualmente revisada pelos organismos das Nações Unidas em várias e sucessivas resoluções. Da mesma forma, esta decisão que marcou a dicotomização dos direitos humanos também nos planos regionais europeu e americano também

⁸⁹ A Assembléia Geral adotou o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos por 106 votos a favor e nenhum contrário e o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais por 105 votos favoráveis e nenhum contrário. Já o Protocolo Facultativo da Convenção sobre Direitos Civis e Políticos foi aprovada com 66 votos a favor, 2 contra e 38 abstenções.

vem sofrendo um processo de revisão e superação. É sobre estas transformações que tratarei nas subseções seguintes.

1.2.3.1

A Gradual Superação da Dicotomização dos Direitos Humanos no Plano das Nações Unidas

No Sistema das Nações Unidas, o passo inicial foi dado na I Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Teerã, em 1968, que proclamou em seu princípio XIII a indivisibilidade e a interdependência de todos os direitos humanos, à luz da unidade de sua concepção.⁹⁰

Em junho de 1993, a II Conferência Mundial de Direitos Humanos, celebrada em Viena, procedeu a uma ampla avaliação da prática internacional quanto à aplicação das inúmeras normas e mecanismos de implementação internacionais de direitos humanos já existentes e as perspectivas para o século XXI, uma vez que naquela altura, os sistemas de proteção internacional global e regionais estavam em plena atividade, fazendo-se necessária a coordenação e comunhão de esforços em prol de uma maior eficácia dos citados mecanismos de proteção, os quais haviam proliferado ao longo da segunda metade do século XX. Nesta Conferência a proclamação n. 5, o princípio da indivisibilidade e interdependência foi reiterado.

Segundo analisa Cançado Trindade,

“Subjacente à nova visão das Nações Unidas estavam a preocupação em promover o desenvolvimento econômico-social e o reconhecimento de que urgia proceder a uma análise global dos problemas existentes no campo dos direitos humanos tendo em mente as transformações fundamentais por que passara a chamada sociedade internacional desde a adoção da Declaração Universal de 1948 (descolonização, capacidade de destruição em massa, explosão demográfica, deterioração das condições ambientais, aumento do consumo de energia, dentre outras). Em suma, entre as duas ‘categorias’ de direitos – individuais ou e sociais ou coletivos – não pode haver senão complementaridade e interação, e não compartimentalização e antinomia.”⁹¹

⁹⁰ De igual forma esse mesmo princípio foi reiterado nas resoluções 32/130, de 16 de dezembro de 1977, 39/145, de 14 de dezembro de 1984, 41/117, de 04 de dezembro de 1986, e 43/113, de 08 de dezembro de 1988, todas da Assembleia Geral da ONU.

⁹¹ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, ob. cit. p. 360. v. 1.

No bojo desta mudança de enfoque, é curioso observar que, ao final dos trabalhos de elaboração dos pactos de direitos humanos, o quadro geral das medidas de implementação era formado por três mecanismos principais, a saber: a) o sistema de relatórios, comum a ambos os pactos; b) o sistema de petições inter-estatais, constante apenas no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos tendo como órgão de supervisão o Comitê de Direitos Humanos; e c) o sistema de petições individuais, previsto em protocolo facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos e cujo órgão de supervisão também era o Comitê de Direitos Humanos.

A supervisão do mecanismo de relatórios previsto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais ficou sob a responsabilidade do ECOSOC⁹², o qual criou em 1978, um grupo de trabalho específico para este fim⁹³. Em 1985, em substituição ao grupo de trabalho, foi criado um Comitê, nos moldes do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁹⁴. Assim, fazia-se perceber, gradativamente, que “os meios de implementação das duas ‘categorias’ de direitos não teriam de ser necessariamente e em todos os casos distintos”.⁹⁵

Tal entendimento se consolidou em 10 de dezembro de 2008, com a aprovação da resolução 63/117, da Assembleia Geral, que instituiu o protocolo facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, para instaurar o sistema de petições em caso de violação de qualquer dos direitos nele garantidos.⁹⁶

1.2.3.2

A Gradual Superação da Dicotomização dos Direitos Humanos no Plano Regional

Exatamente por representar a mentalidade de uma época, não surpreende que a mesma solução compartimentalizadora dos direitos humanos, que resultou na criação dos dois Pactos das Nações Unidas, tenha repercutido no plano regional europeu e americano. No sistema europeu, a convenção geral em matéria de direitos humanos adotada em 1950 contemplava um catálogo apenas com direitos

⁹² Cfr.: artigos 21 e 22 do Pacto e a resolução 1988 (XL), de 11 de maio de 1946, do ECOSOC.

⁹³ Cfr: Decisão 1978/10, de 03 de maio de 1978 e suas posteriores modificações pela decisão 1981/158 e resolução 1982/33.

⁹⁴ Cfr.: Resolução ECOSOC 1985/17, de 28 de maio de 1985.

⁹⁵ CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Proteção Internacional ...* ob. cit. p. 40.

⁹⁶ Este protocolo facultativo entrou em vigor no dia 08 de maio de 2013.

civis e políticos, sendo completado, posteriormente, por meio de protocolos e da Carta Social Européia de 1961⁹⁷. No sistema interamericano, de igual forma, a convenção geral nascida em 1969 continha apenas um dispositivo (artigo 26) acerca da implementação *progressiva* dos direitos econômicos, sociais e culturais e mesmo após a adoção do Protocolo de São Salvador de 1988⁹⁸, os direitos econômicos, sociais e culturais foram sub-categorizados em direitos de exigibilidade imediata, consagrados nos artigos 8(1)(a) e 13 (direito de associação e liberdade sindical, e direito à educação conforme o artigo 19(6) do Protocolo) e os demais direitos de realização progressiva⁹⁹.

Entretanto, a questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais era mais agravada já que, no princípio, apenas as violações dos direitos civis e políticos contemplados nas convenções gerais eram *judiciáveis*, isto é, passíveis de apreciação pelas respectivas Comissões e Cortes regionais de direitos humanos por intermédio do mecanismo de petições inter-estatais ou individuais. Graças à prevalência do princípio da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, as Cortes regionais, Européia e Interamericana, procederam a uma engenharia interpretativa para apreciar a violação de direitos econômicos, sociais e culturais, ainda que por intermédio do exame de direitos civis e políticos.

No plano jurisdicional europeu, como relembra Cançado Trindade, o caso Airey (1979) tornou-se um importante precedente em termos de reconhecimento da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pois a Corte Europeia ponderou que, embora a Convenção Europeia consagrasse

⁹⁷ A Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais foi adotada no âmbito do Conselho da Europa em 04 de novembro de 1950 e entrou em vigor em 03 de setembro de 1953. Atualmente, a Convenção Européia conta com 16 Protocolos, destacando-se que o Protocolo de nº. 1 (1952) incluiu o direito à propriedade e o direito à educação. A Carta Social Européia, por sua vez, foi adotada em 1961 e entrou em vigor em 26 de fevereiro de 1965. Contava com Emendas e Protocolos adicionais dos quais destacam-se os seguintes: O primeiro protocolo à Carta Social, de 5 de maio de 1988, cuidou da ampliação do catálogo de direitos previstos na carta e o protocolo adotado em 22 de junho de 1995, criou o mecanismo de queixas coletivas em complementação ao sistema de relatórios para a supervisão do cumprimento da Carta. Em 03 de abril de 1996, foi adotada uma versão revisada da Carta Social.

⁹⁸ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi adotada em 22 de novembro de 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos e entrou em vigor somente em 18 de julho de 1978. Já o Protocolo de San Salvador foi adotado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 17 de novembro de 1988 e entrou em vigor em 16 de novembro de 1999.

⁹⁹ Para um maior aprofundamento acerca da evolução legislativa da inserção de direitos econômicos, sociais e culturais nas Convenções Européia e Interamericana de Direitos Humanos, bem como acerca da exigibilidade imediata e busca de maior eficácia destes direitos no plano regional, confira: CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Ob. cit. ps. 360-371. v. 1.

essencialmente direitos civis e políticos, ‘muitos deles têm implicações de natureza social ou econômica’, não havendo uma divisão estanque (“no watertight division”) entre as duas ‘categorias’ de direitos¹⁰⁰.

O divisor de águas, no plano jurisdicional interamericano é, sem dúvida o caso paradigmático dos Meninos de Rua, no qual os juízes A. A. Cançado Trindade e A. Abreu Burelli consignaram em um voto conjunto histórico as seguintes diretrizes interpretativas do direito à vida contemplado na Convenção Americana e suas implicações nas obrigações assumidas pelos Estados Partes desta convenção:

“(…) o dever do Estado de tomar medidas positivas se acentua precisamente em relação à proteção da vida de pessoas vulneráveis e indefesas, em situação de risco, como são os meninos de rua. A privação arbitrária da vida não se limita, pois, ao ilícito do homicídio, se estende igualmente à privação do direito de viver com dignidade. Esta visão conceitualiza o direito à vida como pertencente, ao mesmo tempo, ao domínio dos direitos civis e políticos, assim como ao dos direitos econômicos, sociais e culturais, ilustrando assim a interrelação e a indivisibilidade de todos os direitos humanos”.¹⁰¹ (Tradução livre)

Enfim, no que tange à Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, por ter sido elaborada em momento histórico mais recente e em contexto cultural distinto, considera Cançado Trindade que:

“No continente africano procedeu-se de modo distinto: os redatores da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981 optaram pela inclusão naquela única convenção de um catálogo tanto de direitos civis e políticos (artigos 3-14) quanto de direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 15-18), acrescidos dos direitos das coletividades chamados ‘direitos dos povos’ (artigos 19-24), prevendo

¹⁰⁰ CANÇADO TRINDADE. A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. ob. Cit. p. 361. v. 1. Disse a Corte Européia *in verbis*: “The Court is aware that the further realisation of social and economic rights is largely dependent on the situation - notably financial - reigning in the State in question. On the other hand, the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions (above-mentioned Marckx judgment, p. 19, para. 41) and it is designed to safeguard the individual in a real and practical way as regards those areas with which it deals (see paragraph 24 above). Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention.” (Corte EDH. Caso Airey vs. Irlanda. Sentença de 09 de outubro de 1979).

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso dos Meninos de Rua (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C No. 63. *Voto Concurrente Conjunto* dos Juízes A. A. Cançado Trindade e A. Abreu Burelli. par. 4.

na Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos um mecanismo de aplicação comum a todos os direitos consagrados (artigos 46-59 e 62).”¹⁰²

Como assevera Emmanuel Bello, o título da Carta Africana, e mais particularmente a expressão “Direitos dos Povos” é motivo de questionamentos e curiosidades. Todavia, segundo o citado autor, o grupo de especialistas que preparou o esboço da Carta não fez nenhum esforço especial para desenvolver um conceito sobre isso, já que, segundo confessado pelo Presidente, os especialistas eram relutantes em ceder a uma definição porque isto dificultaria as discussões. Porém, Emmanuel Bello pondera que:

“Não obstante, aquela simples explicação não parou a sondagem e a curiosidade que o título engendrou. Pareceria correto assumir que os princípios mais importantes e o espírito que guiou os autores da Carta Africana, nomeadamente, aquele que ‘na África, o homem é parte e parcela do grupo’ e ‘que os direitos individuais somente podem ser explicados e justificados pelos direitos da Comunidade’, deu vazão à adição do ‘Direito dos Povos’ ao título da Carta.”¹⁰³
(Tradução livre)

Na Carta Africana de 1981¹⁰⁴, portanto, são reconhecidos os direitos dos povos e os valores culturais africanos, como os deveres do indivíduo para com sua comunidade¹⁰⁵, lado a lado dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais legados pela tradição ocidental¹⁰⁶. Sem perder de vista as peculiaridades sócio-culturais do continente africano, como analisa Cançado Trindade esta convenção é herdeira da experiência das convenções européia e americana e é iluminada pelo princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

Ante todo o exposto nesta seção, é evidente, portanto, que a dicotomização dos direitos humanos perdeu seu sentido histórico e sua finalidade política, há

¹⁰² CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, ob. cit. ps. 361-362. v. 1.

¹⁰³ BELLO, Emmanuel G. The African Charter on Human and People's Rights: a legal analysis. In: *Recueil des cours*, 194, 32 (1985-V).

¹⁰⁴ A Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos foi aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana, em Banjul (Gâmbia), em janeiro de 1981 e adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e de Governo da Organização da Unidade Africana, em Nairóbi, Quênia), em 22 de julho do mesmo ano, com entrada em vigor apenas em 1986.

¹⁰⁵ Artigos 19 a 29.

¹⁰⁶ Acerca da concepção Africana de direitos humanos, confira: BELLO, Emmanuel G.. The African Charter on Human and People's Rights: a legal analysis. In: *Recueil des cours*, ob. cit. Ps. 32-34.

mais de vinte anos, diante do fim da Guerra Fria, na transição para o início da década de 1990. Ademais, apesar da permanente utilização da categorização dos direitos civis e políticos em oposição aos direitos econômicos, sociais e culturais, é surpreendente notar que, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os argumentos que embasavam juridicamente esta concepção estanque, jamais foram válidos, diante da supremacia dos princípios da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

1.3

A Artificialidade da Metáfora Geracional dos Direitos Humanos

Após a análise das etapas de elaboração da Carta Internacional dos Direitos Humanos, ou seja, da Declaração Universal de 1948 e dos dois Pactos das Nações Unidas sobre Direitos Humanos de 1966, restou demonstrado, inicialmente, a forte influência ocidental de viés individualista das fontes de inspiração da Declaração Universal, assim como a prevalência da ideologia política da guerra fria, que levou à cisão dos direitos humanos em duas categorias (direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais) segundo o critério prevalescente naquela época de escolha dos mecanismos de implementação de cada um desses grupos de direitos, notando, por fim, a influência marcante desta categorização no plano regional de proteção dos direitos humanos.

Na presente seção defenderei que A síntese desse conjunto de idéias-força do Direito Internacional dos Direitos Humanos do século XX redundou na concepção das gerações de direitos humanos. Originalmente, as gerações foram concebidas, em 1979, por inusitada casualidade¹⁰⁷, pelo jurista tcheco, radicado na

¹⁰⁷ No Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional, evento associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizado no dia 25 de maio de 2000, na Câmara dos Deputados, Brasília, DF, o Prof. Cançado Trindade relatou que Karel Vasak expôs pela primeira vez a ideia das gerações de direitos humanos na Conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo e, nesse mesmo evento, o Prof. Cançado Trindade expôs as razões de fato que o levam a uma crítica contundente desta classificação, revelando: “Em primeiro lugar, essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade. Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: ‘Por que você formulou essa tese em 1979?’. Ele respondeu: ‘Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa’ – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muito a sério, mas, como tudo que é palavra ‘chavão’, pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir gerações de direitos etc.” Íntegra disponível em:

França, Karel Vasak, que, em linguagem metafórica, sugeriu uma analogia com o lema da Revolução Francesa de 1789 para explicar a conquista dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade (ou solidariedade), no transcurso dos séculos XVII a XX.

Posteriormente, essa concepção geracional foi reproduzida e generalizada, sobretudo, a partir da obra de Norberto Bobbio, da qual se serve para enfatizar a historicidade dos direitos humanos, pois, nas palavras deste autor:

”Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades, contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...)”¹⁰⁸

Segundo a versão geralmente aceita desta classificação, muitas vezes entrelaçada com as ideias anteriormente já refutadas das categorias de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, são três as principais gerações de direitos humanos, identificadas de acordo com os valores políticos, econômicos e sociais predominantes em sucessivos momentos históricos, considerados estes a partir de um Estado europeu ocidental moderno ideal, a saber:

Os direitos humanos de primeira geração estariam situados no quadro do Estado Liberal Clássico dos séculos XVII, XVIII e meados do século XIX. Neste contexto, tem-se clara a ideia de um Estado minimamente interveniente na esfera das liberdades privadas, salvo como ente garantidor da ordem pública. Prevalcem, por conseguinte, as chamadas liberdades tradicionais, reconhecidas nos direitos individuais civis e políticos, como por exemplo, direito à vida, direito à liberdade de locomoção, de pensamento e expressão e de convicção religiosa, direito à propriedade privada, direitos de voto, dentre outros.

Os direitos humanos de segunda geração, por sua vez, teriam emergido a partir de meados do século XIX, diante da insustentabilidade do Estado Liberal em seus moldes clássicos. Encontram seu ápice no quadro do Estado do Bem-Estar Social em que são feitas algumas concessões às massas de trabalhadores e marginalizados, no que tange ao reconhecimento de direitos econômicos, sociais e

http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acesso em 18 de abril de 2012.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

culturais, além de haver uma tolerância ao intervencionismo estatal na economia do pós-segunda guerra. Pertencem a esta categoria as conquistas de direitos trabalhistas e previdenciários, dentre outros decorrentes das denominadas prestações estatais positivas.

Já na transição para o século XXI, diante de uma realidade multifacetada, criadora de novas demandas por direitos humanos com um alcance nitidamente coletivo ou difuso, novos direitos passaram a fazer parte das constituições contemporâneas e também a integrar resoluções, declarações e tratados internacionais, como por exemplo são as normas internacionais sobre o direito à autodeterminação dos povos¹⁰⁹; o direito ao desenvolvimento¹¹⁰, à segurança coletiva e à paz¹¹¹; o direito ao meio ambiente, ao patrimônio genético e à diversidade cultural¹¹²; dentre outros.

Refiro-me aos denominados direitos humanos de terceira geração.¹¹³ Sem guardar, como afirma Carlos Weis, um tratamento doutrinário uniforme, mas inserindo-os na categorização dos direitos humanos criada durante a guerra fria (direitos civis e políticos em oposição a direitos econômicos, sociais e culturais), tais direitos passaram a ser designados como direitos globais ou de solidariedade¹¹⁴. No entanto, em concordância com a lição de Carlos Weis, a especificidade desses novos direitos está na identificação, pela primeira vez, de sua natureza transindividual, com titularidade coletiva ou difusa, pertencendo a

¹⁰⁹ Veja-se, por exemplo, a já referida Declaração sobre a Concessão de Independência a Países Coloniais e Povos, de 1960; a Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 1989 e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007.

¹¹⁰ Cite-se, por exemplo, a Resolução 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre o direito ao desenvolvimento, de 04 de dezembro de 1986.

¹¹¹ Confira, nesse sentido, a resolução A/HRC/11/4, de junho de 2009, do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas acerca do direito dos povos à paz,, em que ressalta a importância da paz para a promoção e proteção de todos os direitos humanos para todos.

¹¹² Como por exemplo, as Declarações das Conferências das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (1992); a Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica, de 1992 e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, de 1992; assim como as Convenções da UNESCO de 1972 sobre a Proteção do Patrimônio Natural e Cultural Mundial, de 2003 para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, e de 2005 sobre a Proteção e Promoção da Diversidade de Expressões Culturais.

¹¹³ Nesse sentido, em Conferência proferida na Academia da Haia, Diego Vargas cita como direitos de terceira geração, o direito à paz, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, aos direitos decorrentes dos progressos tecnológicos (direito espacial) e ao patrimônio cultural comum da humanidade. Cfr.: VARGAS, Diego Uribe.. *La troisième génération des droits de l'homme*. In : *Recueil des Cours*, 184, 355-376 (1984-I).

¹¹⁴ WEIS, Carlos. ob. cit. p. 79. Registre-se, ademais, que Karel Vasak no seu Curso da Academia da Haia, em 1974, denominou esta “nova” categoria como “direitos de solidariedade” e mesmo já pressentia a dificuldade de “enquadramento” de certos direitos, como o direito à cultura, na categoria dicotomizada de direitos provenientes da guerra fria. Cfr. VASAK, Karel. *Le droit international des droits de l'homme*. In: *Recueil des Cours*, 140, 344-345 (1974).

grupos sociais determinados, um povo ou a toda a Humanidade¹¹⁵ e não na sua justaposição às duas categorias anteriores.

E precisamente em razão do fluxo contínuo de demandas por novos direitos, Bobbio já pressentia a emergência de direitos até mesmo de quarta geração, “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo” e se questionava sobre os limites desta possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação. Concluindo então que: (...) Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer.”¹¹⁶

Como se pode notar, entretanto, a utilização da metáfora das gerações de direitos humanos, em primeiro lugar, pode causar graves confusões conceituais, porquanto a utilização do termo “gerações” transmite uma ideia de sucessão no tempo. Assim, é patente que as diversas categorias de direitos humanos não se sucedem umas às outras. Isto é, a categoria precedente não deu origem à categoria posterior, nem aquela deixou de existir no momento seguinte ao surgimento de uma nova categoria. Em suma, as categorias de direitos humanos são cumulativas e indivisíveis, constituindo uma unidade fundamental cuja referência elementar é o próprio ser humano.

A incongruência da metáfora geracional revela-se, em segundo lugar, no plano constitucional, com a adoção, como parâmetro, do cenário europeu ocidental e, por conseguinte, desconsidera horizontes constitucionais em que nem mesmo os direitos da primeira geração foram garantidos e mesmo assim, convivem com os direitos das gerações seguintes, igualmente inefetivos. Do mesmo modo, no plano internacional, as mesmas inconsistências podem ser apontadas, conforme assinala Cançado Trindade. Defende o citado autor que o mais importante, nos dias de hoje, é “aproximar os tratamentos da matéria a partir

¹¹⁵ *Ibidem.*

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. ob. cit. p. 6. No Brasil, Paulo Bonavides identificam ainda *direitos humanos de quarta geração* decorrentes do processo de globalização, como seriam, por exemplo, o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Nas mais recentes edições de sua obra e em palestras proferidas a partir de 2.006, Paulo Bonavides defende, ademais, os *direitos humanos de quinta geração, ou seja*, o direito à paz. Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. S. Paulo: Malheiros, 2.012.

das óticas constitucionalista e internacionalista, ou reduzir a distância que parece persistir entre ambas”¹¹⁷:

“(...) a analogia da “sucessão geracional” de direitos, do ponto de vista da evolução do direito internacional nesta área, sequer parece historicamente correta; tudo indica haver um certo descompasso entre a evolução da matéria no direito interno e no direito internacional, evolução esta que não se deu *pari passu*. Assim, por exemplo, enquanto no direito interno (constitucional) o reconhecimento dos direitos sociais foi historicamente posterior ao dos direitos civis e políticos, no plano internacional, conforme exemplificado pelas sucessivas e numerosas convenções do trabalho, a partir do estabelecimento da OIT em 1919, muitas das quais precederam a adoção de convenções internacionais mais recentes voltadas aos direitos civis e políticos.”¹¹⁸

Por buscar um enfoque alternativo, voltado à proteção internacional dos sujeitos coletivos de direitos humanos, neste trabalho me afastarei da generalização histórica cristalizada na metáfora das gerações de direitos humanos e nem mesmo acredito que a simples mudança terminológica de “gerações” para “dimensões” seja capaz de responder às críticas formuladas contra esta analogia.

¹¹⁷ CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos ... ob. cit.* p. 41.

¹¹⁸ CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos ... ob. cit.* p. 41.

2 A Proteção Internacional dos Direitos Humanos em dimensão coletiva

2.1 Considerações Iniciais

Preparado o terreno pelo capítulo anterior, no qual tratei da demonstração de que a escolha das fontes individuais iluministas da concepção dos direitos humanos na Declaração Universal foi a opção teórica prevalecente em 1948, bem como que a divisão dos direitos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais em dois pactos, foi uma decisão arbitrada por vicissitudes do momento histórico da guerra fria, no presente capítulo, passarei ao estudo do reconhecimento e da proteção, na prática do Direito Internacional, de coletividades humanas tanto como sujeitos titulares de direitos humanos coletivos, quanto como vítimas plurais de violações graves e sistemáticas de direitos humanos.

Todavia, como questão preliminar ao tema que objetivo desenvolver no presente capítulo, está o reconhecimento do ser humano como sujeito do direito internacional, tanto na condição de pessoa¹¹⁹, dotada de personalidade e capacidade jurídicas¹²⁰, quanto na condição de vítima¹²¹, dotada de capacidade

¹¹⁹ Pessoa é uma palavra que não se limita à ciência do Direito, abrangendo também as áreas de interesse da Filosofia e da Teologia. Primeiro, a palavra *persona* (pessoa) significava *máscara* em alusão ao personagem com um papel a ser encenado por um ator no teatro grego. Em seguida *pessoa* passou a designar um ser capaz de fazer valer seu papel no mundo. No plano jurídico, pessoa é o sujeito titular de direitos e obrigações de acordo com o ordenamento jurídico. (Cfr.: Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2007. Série C No. 173. *Voto Razonado in:* do juiz A. A. Cançado Trindade. pars. 12-13 – Tradução livre)

¹²⁰ Personalidade jurídica é a aptidão para ser titular de direitos e deveres. Capacidade jurídica, por sua vez, é a aptidão para ser titular de direitos (capacidade de direito ou de gozo) e/ou para atuar pessoalmente no mundo jurídico (capacidade de exercício). Assim, conforme sintetiza Cançado Trindade, “encontra-se, pois, a capacidade intimamente vinculada à personalidade; no entanto, se por alguma situação ou circunstância um indivíduo não disponha de plena capacidade jurídica (para exercer seus direitos por si próprio), nem por isso deixa de ser sujeito de direito”.

processual¹²² e legitimidade *ad causam*¹²³ para reivindicar reparações aos danos causados pela violação de direitos humanos, que são concepções aceitas neste trabalho como uma realidade inelutável após os processos históricos de *desnacionalização e humanização*¹²⁴ do direito internacional clássico, ocorridos a partir do final da Segunda Guerra Mundial.

Segundo sempre foi amplamente defendido por Cançado Trindade¹²⁵, o reconhecimento do ser humano como sujeito tanto do direito interno quanto do direito internacional, dotado em ambos os planos de personalidade e capacidade jurídicas, emanadas diretamente do entrelaçamento destes ordenamentos jurídicos, é um fato histórico invencível.

Como visto no capítulo anterior, após o início do movimento de internacionalização da proteção dos direitos humanos, a pessoa humana foi reposicionada no centro do direito internacional e passou a desfrutar do reconhecimento de direitos subjetivos que lhe são inatos, dada a própria condição

(CANÇADO TRINDADE, A. A. Os Indivíduos como Sujeitos do Direito Internacional. *in: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 12. n. 12, 2012. p. 24.).

¹²¹ Vítima, segundo Cançado Trindade, é a pessoa humana vitimada nos direitos que lhe são inerentes *qua persona* e assim como a *noção de* pessoa, este termo também possui raízes históricas ao longo dos séculos: “Etimologicamente, o termo *vítima* (do latim *victima*) foi empregado originalmente em relação com a pessoa que era sacrificada (em rituais) ou destinada a ser sacrificada. A partir do século XVII, adquiriu o sentido da pessoa que era lesionada, torturada ou assassinada por outra. No século XVIII, o termo passou a designar a pessoa lesionada ou oprimida por outra, ou por algum poder ou situação. O termo ‘vitimar’ veio a ser usado no século XIX (de 1860 adiante). No século XX, a nova disciplina vitimologia veio a centrar sua atenção na pessoa da vítima, - em contraposição à criminologia, que se centrava mais na pessoa do delinquente ou criminoso”. (Cfr.: Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2007. Série C No. 173. *Voto Razonado do juiz A. A. Cançado Trindade*. par. 35 – Tradução livre)

¹²² A capacidade processual é um dos pressupostos de admissibilidade processual que significa a capacidade de ser parte em juízo. Na trajetória do Direito Internacional dos Direitos Humanos, transcorrido ao longo da segunda metade do século XX, as vítimas conquistaram o *jus standi* internacional nas Cortes regionais europeia, interamericana e africana, guardadas algumas condições nestes dois últimos casos, como será visto na subseção 2.3.2 deste capítulo.

¹²³ A legitimidade *ad causam* é uma condição da ação e pressuposto de admissibilidade do processo. Significa dizer que apenas o titular do direito violado pode reclamar a tutela jurisdicional (legitimidade ativa) contra aquele que tem o dever correspondente de cumprir com a obrigação inadimplida (legitimidade passiva). Excepcionalmente, um terceiro pode pleitear direito alheio em nome próprio, como será observado mais adiante, nas subseções 2.3.1 e 2.3.2.

¹²⁴ Para um aprofundamento acerca da *desnacionalização e humanização* do Direito Internacional, confira: CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; CANÇADO TRINDADE, A. A. *International law for humankind : towards a new jus gentium (I) : general course on public international law*. *in: Recueil des cours*, 316, 9 - 439 (2005) e CANÇADO TRINDADE, A. A. *International law for humankind : towards a new jus gentium (II) : general course on public international law*. *in: Recueil des cours*, 317, 9 - 312 (2005).

¹²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral Del siglo XXI*: Informe: Bases para um proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección /Relator: Antônio Augusto Cançado Trindade – San José, C.R., 2001.

e dignidade do pertencimento ao gênero humano, independentemente da previsão de uma norma estatal positiva.

Desde então, o direito internacional dos direitos humanos emergiu como um sistema de normas que regulam obrigações de natureza *intra-estatal*, relacionadas com o dever geral de proteção do Estado em face das pessoas sob sua jurisdição, bem como o dever de reparação dos danos infligidos às pessoas vitimadas nos casos de inobservância (por ação ou omissão) dos direitos protegidos, sob a rubrica da responsabilidade internacional do Estado pela violação de direitos humanos.

Por conseguinte, no que se refere ao tema particular do reconhecimento da subjetividade internacional dos seres humanos, adotarei, como marco teórico e ponto de partida para as reflexões a serem desenvolvidas neste capítulo, as bases doutrinárias assentadas por Cançado Trindade, nos seguintes termos:

“O Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao orientar-se essencialmente à condição das vítimas, tem em muito contribuído a restituir-lhes a posição central que hoje ocupam no mundo do Direito, - o que tem sua razão de ser. A centralidade das vítimas no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos, insuficientemente analisada pela doutrina jurídica contemporânea até o presente, é da maior relevância e acarreta consequências práticas. Na verdade, é da própria essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, porquanto é na proteção estendida às vítimas que este alcança sua plenitude. Mas o *rationale* de sua normativa de proteção não se esgota no amparo estendido à pessoas já vitimadas. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua própria essência, universalmente reconhecida em nossos dias, protege os seres humanos também por meio da prevenção da vitimização. O alcance de seu *corpus júris* deve ser, pois, apreciado também sob esse prisma.”¹²⁶

Em consonância com a lição de Cançado Trindade, sustento que os seres humanos são titulares de direitos subjetivos que emanam diretamente do *corpus júris* internacional e são dotados de personalidade jurídica assim como de capacidade de gozo e exercício de tais direitos. Em contrapartida, nasce para o Estado a obrigação primária de proteger e promover os direitos incorporados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, independentemente da verificação de existência de vínculo de nacionalidade entre o ser humano e o Estado garante destes direitos em sua jurisdição.

¹²⁶ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. ob. cit. ps. 434-435. v. 3.

Entretanto, segundo afirma o citado autor, por mais que a dimensão preventiva seja um viés importante, a centralidade dos seres humanos no Direito Internacional dos Direitos Humanos “se torna, porém, notória, quando são acionados os mecanismos internacionais, não só de prevenção, mas também de salvaguarda e reparação, em benefício das vítimas de violações de direitos humanos”.¹²⁷ Revela-se, a partir de então, a capacidade processual das vítimas (ou de terceiros em seu nome) para postular a responsabilidade internacional do Estado violador de suas obrigações convencionais ou extraconvencionais de proteção, independentemente de considerações sobre o vínculo de nacionalidade das pessoas vitimadas com o Estado violador. Nasce, a partir de então, a obrigação secundária do Estado de promover a reparação dos danos sofridos pelas vítimas.

É preciso salientar, no entanto, que ainda subsistem posições teóricas restritivas à emancipação do ser humano como sujeito do direito internacional¹²⁸,

¹²⁷ *Idem*, p. 436.

¹²⁸ Essa afirmação pode ser facilmente comprovada através de uma revisão bibliográfica, tomando como parâmetro a coleção de cursos da Academia da Haia de Direito Internacional que, desde suas primeiras edições, tratavam do tema da subjetividade internacional dos indivíduos. No período entre-guerras a emancipação do indivíduo como sujeito do Direito Internacional era tratada como um tema ainda envolto em incertezas decorrentes da predominância das teorias estatocêntricas do século XIX. Ao mesmo tempo, devido aos novos sistemas de proteção de minorias e mandatos inaugurados sob a Sociedade das Nações, além de outras experiências pontuais, inclusive no campo do direito penal, em que os indivíduos tinham contato direto com a ordem jurídica internacional, esta questão já aparecia como uma tendência irrefreável. Com a generalização e universalização da proteção internacional dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial, gradativamente, os autores adeptos da vertente estatocêntrica clássica revisaram, em parte, seus posicionamentos, para admitir um papel excepcional aos indivíduos e grupos de indivíduos na ordem jurídica internacional. Porém, os autores que defendem a plena subjetividade internacional dos seres humanos, sem restrições, ainda são, surpreendentemente, minoritários tal como era o quadro do período entre-guerras. Confira-se, em ordem cronológica, as seguintes obras: SPIROPOULOS, J.. L'individu et le droit international. *in*: *Recueil des cours*, 30, 191-270 (1929-V); SÉFÉRIADÈS, Stélio. Principes généraux du droit international de la paix. *in*: *Recueil des cours*, 34, 177-492 (1930-IV); BOURQUIN, Maurice. Règles générales du droit de la paix. *in*: *Recueil des cours*, 35, 1-232 (1931-I); MANDELSTAM, André N.. La protection internationale des droits de l'homme. *in*: *Recueil des cours*, 38, 125-232 (1931-IV); FEINBERG, Nathan. La pétition en droit international. *in*: *Recueil des cours*, 40, 525-644 (1932-II); SIOTTO PINTOR, Manfredi. Les sujets du droit international autres que les états. *in*: *Recueil des cours*, 41, 245-361 (1932-III); SCALLE, Georges. Règles générales du droit de la paix. *in*: *Recueil des cours*, 46, 327-703 (1933-IV); DUMAS, Jacques. La sauvegarde internationale des droits de l'homme. *in*: *Recueil des cours*, 59, 1-97 (1937-I); BEREZOWSKI, Cezary. Les sujets non souverains du droit international. *in*: *Recueil des cours*, 65, 1-85 (1938-III); EUSTATHIADES, Constantin Th.. Les sujets du droit international et la responsabilité internationale: nouvelles tendances. *in*: *Recueil des cours*, 84, 397-633 (1953-III); PARRY, Clive. Some considerations upon the protection of individuals in international law. *in*: *Recueil des cours*, 90, 653-726 (1956-II); SPERDUTI, Giuseppe. L'individu et le droit international. *in*: *Recueil des cours*, 90, 727-849 (1956-II); HEYDTE, F. A. von der. L'individu et les tribunaux internationaux. *in*: *Recueil des cours*, 107, 287-359 (1962-III); BARBERIS, Julio A.. Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale. *in*: *Recueil des cours*, 179, 145-304 (1983-I); FELDMANN, David. International

como é, por exemplo, a posição de Carrillo Salcedo o qual sustenta que, apesar de considerar que o direito internacional contemporâneo é menos formal, neutro e voluntarista, o Estado continua sendo o sujeito primário e a soberania deve ser a lente através da qual a ordem internacional deve ser reinterpretada diante de novos princípios emergentes, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁹.

O referido autor reconhece, todavia, o processo de humanização do direito internacional desencadeado a partir das disposições da Carta das Nações Unidas sobre a matéria e que a prática internacional contemporânea admite uma certa subjetividade internacional do indivíduo tanto em termos de direitos como de deveres, porém, parece-lhe inegável que:

“(…) a subjetividade internacional *ativa* (isto é, o acesso direto do indivíduo a instâncias internacionais), unicamente está admitida em pressupostos concretos e limitados que dificilmente podem fundamentar a tese da plena subjetividade internacional do indivíduo no Direito internacional geral.”¹³⁰ (Tradução livre)

Em outras palavras, Carrillo Salcedo crê que “a subjetividade internacional do indivíduo está hoje admitida a respeito de sua eventual responsabilidade penal por delitos internacionais em sentido estrito”, como é o caso dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra, do crime de genocídio e do crime de agressão, previstos como sendo de competência do Tribunal Penal Internacional¹³¹. Já em

personality. *in: Recueil des cours*, 191, 343-414 (1985-II); ABELLAN HONRUBIA, Victoria. La responsabilité internationale de l'individu. *in: Recueil des cours*, 280, 135-428 (1999); MERON, Theodor. International law in the age of human rights: general course on public international law. *in: Recueil des cours*, 301, 9-489 (2003); CANÇADO TRINDADE, A. A. International law for humankind: towards a new jus gentium (I): general course on public international law. *in: Recueil des cours*, 316, 9 - 439 (2005) e CANÇADO TRINDADE, A. A. International law for humankind: towards a new jus gentium (II): general course on public international law. *in: Recueil des cours*, 317, 9 - 312 (2005).

¹²⁹ SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Algunas Reflexiones sobre la Subjetividad Internacional Del Individuo y el Proceso de Humanización Del Derecho Internacional. *In: LEÃO, Rentato Zerbini Ribeiro (coord.). Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. ps. 282 e 285. t. I.

¹³⁰ SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Algunas Reflexiones sobre la Subjetividad Internacional Del Individuo y el Proceso de Humanización Del Derecho Internacional. *ob. cit.* p. 281.

¹³¹ Criado através do Estatuto de Roma, adotado em 17 de julho de 1998 e com entrada em vigor em 01 de julho de 2002. O presente trabalho adotará a nomenclatura *Tribunal Penal Internacional*, já consagrada no Brasil, embora a autora destas reflexões dela divirja integralmente. Uma tradução fiel das expressões equivalentes em inglês (*International Criminal Court*) e francês (*Cour Pénale Internationale*) resultaria na utilização do termo “Corte” ao invés de “Tribunal” para designar este órgão jurisdicional permanente, tal como se denominam no Brasil a Corte Internacional de Justiça (ONU) e as Cortes regionais de direitos humanos. O termo Tribunal é utilizado em Portugal.

relação à personalidade internacional ativa do ser humano, o mencionado autor defende que esta segue sendo excepcional no Direito internacional contemporâneo¹³².

Essa opção teórica de Carrillo Salcedo pode ser compreendida em dois sentidos: Por um lado, no quadro da criminologia (hoje superada pelos estudos de vitimologia), na qual a vítima ocupava uma posição tangencial ou marginalizada no curso do processo penal, muitas vezes como mera testemunha, em relação à figura proeminente do réu¹³³. Por outro lado, por uma concepção estatocêntrica do Direito Internacional, mais particularmente na área criminal, hoje em dia igualmente superada, inclusive, pela abertura à participação das vítimas perante a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, segundo o que estabelecem os artigos 75 e 79 do Estatuto de Roma.

Nesse sentido, é interessante notar, segundo a lição de William Schabas, que o Direito Internacional Penal não é a melhor das fontes para a busca da origem do reconhecimento da subjetividade ativa do ser humano no plano do Direito Internacional, visto que a preocupação com o alívio e reparação do sofrimento das milhares de vítimas da Segunda Guerra Mundial acabou por se tornar uma questão secundária nos julgamentos de Nuremberg e Tóquio.

“As vítimas não se saíram particularmente bem nos esforços iniciais de acusação perante os tribunais militares internacionais em Nuremberg e Tóquio. Embora hoje em dia possamos olhar para o desenvolvimento do conceito de crime contra a humanidade como a realização suprema do Tribunal de Nuremberg, naquele tempo esta categoria de crime, a qual focava tão apropriadamente nas vítimas civis, foi relativamente marginalizada. O Tribunal Militar Internacional famosamente declarou que agressão, não crimes contra a humanidade, era o crime “supremo”. Agressão era essencialmente um conceito estatocêntrico, contendo uma entidade responsável pela quebra de suas obrigações para com outra. Para as vítimas dos Nazistas anteriores a setembro de 1939, antes dos Nazistas estarem ocupados com um conflito armado internacional, seus interesses e sofrimentos foram, em última análise, traídos pelo julgamento de Nuremberg.”¹³⁴ (Tradução livre)

Ademais, o termo “internacional” deve qualificar a abrangência da jurisdição da Corte e não a sua matéria. Portanto, afigura-se mais apropriada a utilização do termo *Corte Internacional Penal*. Porém, para facilitar a leitura e compreensão do texto, será utilizada a expressão comum *Tribunal Penal Internacional*, ressalvado o entendimento divergente da autora.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Para uma reflexão sobre o crescimento da importância do papel das vítimas no Direito Internacional e em particular os avanços trazidos pela vitimologia, confira: CANÇADO TRINDADE, A. A. *Voto Razonado in: Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2007. Série C No. 173. pars. 35-37.*

¹³⁴ ¹³⁴SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 324-325. Cfr. também: EHRENFREUND,

Segundo afirma o mencionado autor, o Direito Internacional Humanitário, até recentemente, também tinha pouco a dizer a respeito das vítimas, pelo menos na medida em que estas vítimas eram consideradas como civis “inocentes” fora de combate, em contraste com os soldados ou marinheiros feridos ou prisioneiros de guerra, focando seus esforços nos métodos e materiais de guerra. Foi somente com o advento das Convenções de Genebra de 1949¹³⁵ e, sobretudo, dos Protocolos Adicionais de 1977¹³⁶, que as vítimas de conflitos armados passaram ao centro das atenções do Direito Internacional Humanitário. Ainda assim, na visão do autor em referência, embora tais instrumentos abordem a situação das vítimas, estes fixam a questão dentro do contexto geral do interesse do Estado.¹³⁷

Por conseguinte, William Schabas atesta que:

“Qualquer real interesse no direito das vítimas que possa ser achado no direito internacional penal contemporâneo vem de fora da tradição do direito internacional humanitário/direito internacional penal. Uma abordagem focada na vítima se desenvolveu primeiro dentro do distinto, mas relacionado, campo do direito internacional dos direitos humanos. As vítimas foram habilitadas a participar dos mecanismos de direito internacional dos direitos humanos essencialmente desde os primórdios, no final da década de 1940. Depois de alguma hesitação inicial sobre a autoridade das Nações Unidas até mesmo para considerar petições individuais de vítimas de direitos humanos, os órgãos relevantes dentro da organização, mais especificamente a Comissão de Direitos Humanos (agora Conselho de Direitos Humanos) e a Sub-Comissão sobre a Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias (agora Sub-Comissão sobre a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos), desenvolveu mecanismos elaborados de modo a processar as centenas de milhares de comunicações recebidas em Genebra e Nova Iorque. O direito a um recurso para violações individuais de direitos humanos foi reconhecido explicitamente em ambos os tratados regionais e universais de direitos humanos.”¹³⁸ (Tradução livre)

Outro desdobramento importante ocorrido como consequência da Segunda Guerra Mundial, que colocou as vítimas no centro dos debates das Nações Unidas,

Norbert. *The Nuremberg Legacy: how the nazi war crime trials changed the course of history*. Nova Iorque: Palgrave MacMillian 2007. ps. 107-108.

¹³⁵ Trata-se das Convenções de Genebra para a melhoria das condições dos feridos e enfermos das forças armadas em campanha; para a melhoria das condições dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar; relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra, e relativa à proteção dos civis em tempo de guerra, aprovadas em 12 de agosto de 1949 pela Conferência Diplomática para elaborar convenções internacionais destinadas a proteger as vítimas da guerra.

¹³⁶ Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à proteção das vítimas de conflitos armados internacionais (Protocolo I) e não-internacionais (Protocolo II).

¹³⁷ SCHABAS, William A. ob. cit. p. 324.

¹³⁸ SCHABAS, William A. ob. cit. ps. 325-326.

refere-se à crise gerada pela situação de milhões de pessoas deixadas sem casa e sem pátria após a guerra, como era o caso dos judeus depois de serem libertados dos cativos, ou de populações do leste europeu fugindo de perseguições políticas do regime comunista recém-implantado, ou ainda dos milhares de alemães sofrendo expulsões em massa dos territórios ocupados antes e durante a guerra pelos Nazistas.

Em resposta, a comunidade internacional criou em 1950 o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)¹³⁹ e adotou, em 28 de julho de 1951, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados¹⁴⁰, dando origem ao marco normativo do que mais tarde se consolidaria como Direito Internacional dos Refugiados¹⁴¹, abrangendo não apenas os fatos ocorridos na Europa anteriores a 1º de janeiro de 1951, mas todas as situações de prevenção, proteção e busca de soluções duradouras para a questão do refúgio e do deslocamento forçado no mundo.¹⁴²

Nessa linha de convergência das preocupações, mais recentes, com o papel das vítimas no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos *lato sensu*, dois importantes documentos internacionais foram aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas com enfoque no direito das vítimas visando, sobretudo, o estabelecimento de parâmetros objetivos para garantir o direito de acesso à Justiça no plano interno dos Estados e no plano dos sistemas de justiça internacional, assim como para disciplinar a outorga de reparações em decorrência dos danos sofridos por graves violações de direitos humanos.

O primeiro documento que deve ser destacado é a Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, aprovado em 1985,

¹³⁹ O ACNUR sucedeu a Organização Internacional dos Refugiados (1946) e esta, por sua vez, a *United Nations Relief and Rehabilitation Administration* (1943). Para um maior detalhamento acerca da questão do refúgio durante o período entre-guerras, confira: CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. ps. 519-526.

¹⁴⁰ Esta Convenção foi adotada pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução 429(V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950.

¹⁴¹ Um importante antecedente é a previsão do artigo 14, 1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que dispõe: “Todo o homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.” Além disso, a Declaração também proibiu, no artigo 15,2), a privação arbitrária do direito à nacionalidade.

¹⁴² Cfr.: Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, adotado e aberto à adesão pela Resolução 2.198(XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966 e a Declaração de Cartagena, adotada pelo “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de novembro de 1984.

no preâmbulo da qual ficou reconhecido que milhões de pessoas ao redor do mundo sofrem danos como resultado de crime e de abuso de poder político ou econômico e que o direito destas vítimas não tem sido reconhecido, além do Princípio 4 que chama a tenção ao direito das vítimas ao tratamento com compaixão e respeito a sua dignidade.¹⁴³

Reafirmando os avanços consagrados em 1985, o segundo documento aprovado pela Assembleia Geral, em 2006, reúne os Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito das Vítimas de Violações Graves das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário a Interpor Recursos e Obter Reparações¹⁴⁴, fazendo notar em seu preâmbulo que:

“(...) os princípios e diretrizes básicos que figuram no presente documento não contêm novas obrigações jurídicas internacionais ou nacionais, mas indicam mecanismos, modalidades, procedimentos e métodos para o cumprimento das obrigações jurídicas existentes conforme as normas internacionais de direitos humanos e de direito internacional humanitário, que são complementares, ainda que diferentes em seu conteúdo” (Tradução livre).¹⁴⁵

Já em relação ao Direito Internacional Penal, Thomaz Santos nota a existência de uma grande influência recíproca entre os Princípios e Diretrizes de

¹⁴³ A: *UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* foi aprovada pela resolução A/RES/40/34, adotada pela Assembleia Geral, em 29 de novembro de 1985, após um longo processo de elaboração cujos primeiros esboços podem ser identificados ainda na década de 1950. Após reuniões periódicas e sucessivas sobre o tema, o Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes adotou o texto da Declaração que foi, em seguida, endossado pela Assembleia Geral. O texto da Declaração é dividido em duas partes. A parte A trata das vítimas de crime e subdivide-se em seções sobre “Acesso à justiça e tratamento justo”, “Restituição”, “Compensação” e “Assistência”. A parte B, por sua vez, trata das vítimas de abuso de poder. Ao todo são vinte e um princípios que sucedem a um detalhado preâmbulo.

¹⁴⁴ É importante ressaltar que os Princípios e Diretrizes de 2006, ainda em sua forma de esboço, influenciaram e continuam servindo de referência até os dias atuais, para a jurisprudência pioneira da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativa a concessão de várias formas de reparação, individual ou coletiva em benefício das vítimas, consoante será estudado na subseção 2.3.2 deste capítulo.

¹⁴⁵ A *UN: Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* foi aprovada através da resolução A/RES/60/147, adotada pela Assembleia Geral, em 21 de março de 2006. O processo de elaboração deste documento teve origem em 1989, no interior das antigas Sub-Comissão sobre Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias e da Comissão de Direitos Humanos, sob a liderança dos Professores Theo van Boven e M. Cherif Bassiouni. Este documento é composto por um preâmbulo, no qual são expostos seus propósitos e objetivos, seguido por treze seções, contendo disposições sobre o direito das vítimas, as obrigações do Estado e um minucioso descritivo sobre as modalidades de reparações, totalizando vinte e sete princípios.

2006 e o Estatuto de Roma. Por um lado, o preâmbulo dos Princípios e Diretrizes de 2006 faz referência expressa ao texto dos artigos 75 e 79 do Estatuto de Roma¹⁴⁶, demonstrando a preocupação com o trabalho que viria a ser desenvolvido pelo Tribunal Penal Internacional em matéria de reparações¹⁴⁷. Por outro lado, os esboços dos Princípios e Diretrizes de 2006 foram utilizados nas etapas de negociação do Estatuto de Roma.¹⁴⁸

Assim, após esse breve balanço retrospectivo de mais de seis décadas de participação das vítimas no plano do Direito Internacional, não nos parece que minimizar a posição central do ser humano como sujeito de direitos e deveres nas quatro vertentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁴⁹ seja a melhor opção teórica no atual estágio de desenvolvimento desta disciplina.

Em face desse panorama histórico-normativo, enfatizo que este trabalho defende uma visão humanista, marcada pela “projeção do sofrimento humano” e pela centralidade das vítimas,¹⁵⁰ no plano do direito internacional dos direitos humanos, entendido este como um ramo autônomo em relação ao Direito Internacional clássico, com origem e fundamentos completamente distintos

¹⁴⁶ O parágrafo do preâmbulo em questão observa que “o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional requer o estabelecimento de ‘princípios aplicáveis à reparação, incluídas a restituição, a indenização e a reabilitação’, obriga a Assembleia dos Estados Partes a estabelecer um fundo fiduciário em benefício das vítimas de crimes que são da competência do Tribunal, assim como em benefício de seus familiares, e recomenda ao Tribunal que proteja ‘a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas’ e que permita a participação destas em todas ‘as fases do processo que considere conveniente’”. (Tradução livre)

¹⁴⁷ De fato, a influência dos Princípios e Diretrizes de 2006 no trabalho do Tribunal Penal Internacional concretizou-se na decisão de 07 de agosto de 2012, que tratou do estabelecimento de princípios e procedimentos a serem aplicados nas reparações no Caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-02/06), da qual nos ocuparemos, destacando os aspectos relevantes para o presente trabalho, na subseção 2.3.3.

¹⁴⁸ SANTOS, Thomaz Francisco Silveira de Araújo. *Reparações às Vítimas no Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2011. p. 84.

¹⁴⁹ As três vertentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de acordo com Cançado Trindade, são: o Direito Internacional dos Direitos Humanos em sentido estrito, o Direito Humanitário e o Direito dos Refugiados (Cfr.: CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris: 1997. v.1. Cap. VIII). Além destas vertentes, o Direito Internacional Penal, é considerado, neste trabalho, como uma quarta vertente não somente em função do papel de destaque atribuído às vítimas pelo Estatuto de Roma, mas também pelos pontos de contato que possui com as demais vertentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos a partir da perspectiva da proteção das vítimas. (Cfr.: os *Votos Razonados* do juiz Cançado Trindade nos seguintes casos: Corte IDH. Caso *Bairros Altos Vs. Perú*. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Série C No. 75. Pars. 12, 13 e 16; Corte IDH. Caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C No. 153. par. 29 e parte V; Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 154. pars. 26-28, e Corte IDH. Caso *Massacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 29 de abril de 2004. Série C No. 105 pars. 19-39.

¹⁵⁰ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 434. V. 3.

daqueles que embasam o direito internacional público tradicional. Diante dos avanços empreendidos nos últimos sessenta anos, esses alicerces teóricos não podem mais ser considerados meras proposições *de lege ferenda*, consoante afirmado por Carrillo Salcedo¹⁵¹.

Posta assim preliminarmente a questão, o presente trabalho objetiva avançar um pouco mais as fronteiras do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao propor o reconhecimento da subjetividade jurídica internacional de coletividades humanas, ao lado daquela já defendida para a pessoa humana individualmente, por compreender que esta é uma necessidade de nosso tempo e uma realidade com a qual a prática dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos tem lidado quotidianamente, como será analisado na seção seguinte, em descompasso, porém, com o suporte teórico de tradição marcadamente liberal individualista desta disciplina, estabelecido no pós-Segunda Guerra.

Por esse motivo, se a emancipação do ser humano como sujeito do direito internacional não é um ponto pacífico na doutrina jusinternacionalista clássica, menos ainda o é a definição de sujeitos coletivos de direitos humanos, já que, para a tradição filosófica subjacente, a pessoa humana, individualmente, é o único e verdadeiro titular de direitos humanos.

Porém, quando se está diante de um cenário de violações em massa de direitos humanos, como nos casos de massacres, genocídios, deslocamentos forçados e perseguições de grupos de minorias nacionais, ou étnicas, religiosas, lingüísticas ou políticas, é inevitável refletir sobre a tutela jurídica urgente em prol das vítimas coletivas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos em convergência com o Direito Internacional dos Refugiados, o Direito Internacional Penal e o Direito Internacional Humanitário.

Assim, impelidos mais pela realidade fática, que não esconde nesses casos a necessidade da ampliação do conceito de vítimas, do que pelo apego à teoria tradicional, os supracitados documentos adotados pela Assembleia Geral de 1985 e 2006 incluíram em suas disposições o aspecto coletivo nos conceitos de *vítima* apresentados, dos quais me servirei como introdução às reflexões a serem desenvolvidas nas seções seguintes deste capítulo.

¹⁵¹ SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Algunas Reflexiones sobre la Subjetividad Internacional Del Individuo y el Proceso de Humanización Del Derecho Internacional. Ob. cit. p. 280.

Primeiramente, na Declaração de Princípios Básicos de 1985 encontram-se duas possíveis definições de *vítimas*. A primeira compreende vítimas de crime como sendo as pessoas que, individual ou coletivamente, sofrem um dano, incluindo prejuízos físicos ou mentais, sofrimento emocional, perda econômica ou prejuízo substancial de seus direitos fundamentais, por meio de atos ou omissões que violem o direito penal de um Estado. Já as vítimas de abuso de poder são aquelas pessoas que, individual ou coletivamente, são afetadas pelas mesmas espécies de danos e prejuízos, porém, os atos e omissões que os geraram podem ainda não ser reconhecidos pelo direito penal de um Estado, mas são internacionalmente reconhecidos como violações aos direitos humanos¹⁵².

Os Princípios e Diretrizes de 2006, por sua vez, seguem a mesma linha conceitual constante dos princípios 1 e 18 da Declaração de 1985 acima citada¹⁵³. Theo van Boven destaca que, dentre as principais questões surgidas durante o processo de discussão e negociação deste documento, estava a noção de *vítimas*. Nas palavras do citado autor, “nas situações caracterizadas por graves e sistemáticos abusos de direitos humanos, frequentemente, um grande número de seres humanos são afetados” e, a princípio todos são aptos a receber reparações, situação esta que gera tensões dado ao grande número de pessoas envolvidas e a capacidade limitada de outorgar reparações.¹⁵⁴ Diante dessas divergências, foi adotado como compromisso geral, a manutenção da mesma noção de vítima já constante da Declaração de Princípios de 1985, abrangendo, todavia, a noção de vítima direta e indireta, que já vinha sendo desenvolvida pela jurisprudência regional interamericana¹⁵⁵, entre os possíveis beneficiários de reparações.¹⁵⁶

¹⁵² Cfr. Princípios 1 e 18.

¹⁵³ Dispõe a parte inicial do princípio 8: “A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo substancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. (...)”.

¹⁵⁴ Cfr.: Texto da nota introdutória aos Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito das Vítimas de Violações Graves das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário a Interpor Recursos e Obter Reparaciones por Theo van Boven, disponível na Biblioteca Audiovisual de Direito Internacional das Nações Unidas, em: <http://www.un.org/law/avl/>, acessado em 02.03.2014.

¹⁵⁵ No seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve-se ao juiz Cançado Trindade a introdução do raciocínio no sentido da ampliação (e nunca da restrição) da noção de vítima, para efeito de reparações, de modo a incluir os familiares das vítimas falecidas, como direito próprio. O fundamento desta tese se encontra na já mencionada constatação do sofrimento das vítimas como marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse sentido, confira-se *infra* a seção 2.3.2.2.

Com base nestas considerações iniciais e a partir de exemplos da prática de petições coletivas colhidas nos sistemas de proteção internacional de direitos humanos (onusiano e regionais) e de reparações das vítimas no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, demonstrarei, nas próximas seções, uma tendência de reconhecimento das coletividades humanas como sujeitos de direitos, nascente no plano internacional e, retomando o processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos, descrita no capítulo anterior, proponho a abertura de uma segunda etapa na fase de implementação dos direitos humanos, desta feita em dimensão coletiva, libertada da dimensão puramente individual e categorizada de sua concepção tradicional.

2.2

Os Antecedentes Históricos do Mecanismo de Petições no Direito Internacional

Com a reaproximação das categorias de direitos humanos e de seus mecanismos de implementação, à luz do princípio de sua indivisibilidade e interdependência, proclamado na I Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Teerã, em 1968, o enfoque estanque dos direitos civis e políticos separados dos direitos econômicos sociais e culturais foi sendo gradativamente superado.

Ademais, com as novas experiências em favor de uma implementação mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais, pautados a partir da II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, em 1993, sobressaiu-se um viés coletivo da proteção dos direitos humanos. Esse novo enfoque colidiria, aparentemente, com a concepção tradicional dos direitos humanos em dimensão individual. Porém, a prática internacional vem demonstrando que é possível a convivência de ambas as dimensões e o compartilhamento entre ambas dos mesmos mecanismos de implementação.

As transformações sofridas pelo mecanismo de petições individuais, ao longo da segunda metade do século XX, é o meio que melhor demonstra essa

¹⁵⁶ Dispõe a parte final do Princípio 8: “(...) Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.” É importante referir também, como inovação importante para a ampliação do conceito de vítima, o que dispõe o Princípio 9: “Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.”

tendência de coletivização da proteção internacional dos direitos humanos. Se, de um lado, as petições foram originalmente concebidas como meio de implementação de direitos civis e políticos, com viés marcadamente individual, atualmente, também podem servir à veiculação de reclamações de violações de direitos econômicos, sociais e culturais, de matiz fortemente coletiva. De outro lado, se, inicialmente, as petições eram veículos de denúncia de violações individualizadas, nos dias de hoje, são porta-vozes de violações de direitos humanos em massa, com reivindicações de reparações às coletividades vitimadas e importantes instrumentos de mudanças estruturais dentro do Estado violador.

Sem dúvida, o direito de petição, no plano do direito internacional, simboliza o mais importante legado do século XX em termos de proteção dos direitos humanos, pois tal como em sua origem constitucional, ele representa a emancipação do ser humano em face do Estado violador e, sem esta garantia, de nada adiantaria o reconhecimento de direitos fundamentais.

As raízes do direito de petição no plano do direito internacional estão relacionadas com o desenvolvimento do próprio direito constitucional de petição, consoante discorre Cançado Trindade:

“Revela a *historia jûris* de alguns países que o antigo direito de petição (*right to petition*), no plano interno, às autoridades centrais, como expressão ou manifestação da liberdade de expressão, desenvolveu-se gradualmente em um recurso legal acionável perante os tribunais para a reparação de danos. Só em época mais recente o direito de petição (*right of petition*, não mais *right to petition*) veio a formar-se no seio de organizações internacionais. Surgiram as primeiras distinções clássicas, como a elaborada por Feinberg e endossada por Drost, entre *pétition plainte*, baseada em uma violação de direito privado individual (e.g., um direito civil) e em busca de reparação por parte das autoridades, e *pétition voeu*, atinentes aos interesses gerais de um grupo (e.g., um direito político) e em busca de medidas públicas por parte das autoridades.”¹⁵⁷

Retomando o que Feinberg¹⁵⁸ ensinava, ainda em 1932, em seu curso na Academia da Haia, devia ser feita a distinção entre *pétitions voeux* e *pétitions*

¹⁵⁷ Retornando à classificação de Feinberg, Cançado Trindade, com a perspectiva do final do século XX, assinala que “a *pétition voeu* evoluiu para o que se convencionou chamar de ‘comunicação’; exemplos, a seu turno, de *pétitions plaintes* – ou ‘petições’ *stricto sensu* -, se encontram, por exemplo, nos sistemas de minorias e mandatos sob a Liga ou Sociedade das Nações e no sistema de tutela sob as Nações Unidas”. Cfr.: CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: SérgioAntônioFabris, 1997. p. 70. V. 1.

¹⁵⁸ Cfr. : FEINBERG, Nathan. La pétition en droit international. In : *Recueil des cours*, 40, 525-644 (1932-II).

plaintes. Segundo o citado autor esta distinção provém de uma antiga terminologia utilizada no direito interno que classifica as petições de acordo com o seu objeto. Para o direito interno, as *pétitions voeux* são aquelas voltadas a interesses de ordem geral ou política, que exprimem “votos”, “desejos” e “esperanças”. As *pétitions plaintes*, por sua vez, referem-se a queixas de natureza particular, veiculando reclamações acerca de violações de um direito civil e sua correlata reparação.

Partindo desta distinção, mas sem prender-se a ela em sua literalidade, Feinberg propunha, no plano do direito internacional, que o então emergente direito de petição de indivíduos e coletividades não estatais, a partir da criação da Sociedade das Nações em 1919, fosse dividido nestas duas categorias, porém, da seguinte forma: Como *pétitions voeux*, o autor classificava todas aquelas petições endereçadas às conferências e aos congressos diplomáticos segundo a prática do século XIX, bem como à Sociedade das Nações, à Organização Internacional do Trabalho, e à Corte Permanente de Justiça Internacional (em certa prática administrativa restrita), no início do século XX, que tivessem por objeto questões de interesse geral público ou privado. Como *pétitions plaintes*, o autor classificava aquelas petições especificamente destinadas à matéria de minorias (aqui incluídas as questões relativas à Alta Silésia e às Ilhas Aaland) e mandatos, assim como às questões concernentes ao Sarre e Dantzig, as quais, de forma inédita até então, veiculavam reclamações acerca de violações de obrigações, assumidas pelos Estados perante a Sociedade das Nações, em detrimento de indivíduos e coletividades, através de procedimentos especialmente previstos para o encaminhamento destas petições.¹⁵⁹

Após analisar minuciosamente os fundamentos, a natureza e os efeitos jurídicos do direito de petição em cada uma dessas duas categorias, Feinberg concluía, já naquela época, acerca da posição do ser humano na ordem internacional que, em matéria de petições, sobretudo as do tipo *pétitions-plaintes*, os indivíduos e grupos de indivíduos possuem certos direitos emanados diretamente da ordem internacional e cujo exercício não depende da intermediação de seus Estados.¹⁶⁰

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ FEINBERG, Nathan. La pétition en droit international. In : *Recueil des cours*, ob. cit. ps. 637-638.

Assim sendo, é importante destacar, consoante Cançado Trindade, que, já na primeira metade do século XX, havia alguns mecanismos de outorga de capacidade processual internacional aos indivíduos ou grupo de indivíduos. Trata-se dos sistemas de proteção sob a Liga das Nações, isto é, do sistema de mandatos¹⁶¹ (sucedido pelo sistema de tutela das Nações Unidas¹⁶²) e do sistema de minorias¹⁶³, que incluíam as peculiaridades dos sistemas da Alta Silésia, das Ilhas Aaland, do Sarre e de Danzig¹⁶⁴. Além destes dois, outros importantes

¹⁶¹ Cfr.: artigo 22 do Pacto da Sociedade das Nações. Os territórios sob mandato eram aqueles que, de acordo com a Liga das Nações “não estavam aptos ainda” a se auto-governarem, e por isso estavam sob a administração de Estados mandatários, sob a supervisão do Conselho da Liga das Nações e da Comissão Permanente de Mandatos. Tais territórios estavam divididos em três grupos: Grupo A: territórios do Oriente Médio; Grupo B: territórios na África Central, e Grupo C: territórios no sudoeste africano e no Pacífico. Acerca do sistema de mandatos, confira-se ainda: ROLIN, H. La Pratique des Mandats Internationaux. *Recueil des cours*, Volume 19 (1927-IV), ps. 493-628 e BENTWICH, Norman. Le système des mandats. *Recueil des cours*, Volume 29 (1929-IV), ps. 115-186.

¹⁶² Artigo 87(b) da Carta das Nações Unidas.

¹⁶³ De acordo com Felix Ermacora, o sistema de proteção de minorias desenvolvido após a Primeira Guerra Mundial consistia em um complexo de instrumentos nacionais e internacionais, o qual estava baseado em tratados multilaterais e bilaterais, de um lado, e em declarações unilaterais, de outro lado. O citado autor divide estes tratados em quatro grandes grupos, a saber: (a) Tratados sobre a proteção de minorias assinados na Conferência de Paz de Paris: (i) Tratado entre as Potências Aliadas e Associadas e a Polônia, de 28 de junho de 1919; (ii) Tratado entre as Potências Aliadas e Associadas e o Reino da Sérvia, Eslovênia e Croácia, de 10 de setembro de 1919; (iii) Tratado entre as Potências Aliadas e Associadas e a Tchecoslováquia, de 10 de setembro de 1919; (iv) Tratado entre as Potências Aliadas e Associadas ea Romênia, de 09 de dezembro de 1919; (v) Tratado entre as Potências Aliadas e Associadas e a Grécia, de 10 de agosto de 1920. (b) Disposições especiais nos tratados de paz: (i) Tratado de Paz da Áustria, de 10 de setembro de 1919 (Parte III, Cap. V, SS 62 a 69); (ii) Tratado de Paz com a Bulgária, de 27 de novembro de 1919 (Parte III, Cap. IV, ss49 a 57); (iii) Tratado de Paz com a Hungria, de 04 de junho de 1920 (Parte III, Cap. VI, SS.54 a 60); (iv) Tratado de Paz com a Turquia, de 24 de julho de 1923 (Parte I, Cap. III, SS. 37 a 45). (c) Disposições especiais no quadro de outros acordos: (i) Tratado entre Alemanha e Polônia sobre a Alta Silésia, de 15 de maio de 1922; (ii) Convenção sobre o Território de Memel, de 08 de maio de 1924; (iii) Tratados entre Áustria e Tchecoslováquia, de 07 de junho de 1920; (iv) Tratado entre Polônia e Tchecoslováquia, de 23 de abril de 1925; (v) Tratado entre Rússia e Turquia, de 09 de novembro de 1920; (vi) Tratado entre Danzig e Polônia, de 09 de novembro de 1920; (vii) O outro cita ainda acordos ente Letônia e Lituânia, Yugoslávia e Itália, Grécia e Itália, Yugoslávia e Romênia, . (d) Declarações unilaterais de Estados perante a Liga das Nações dentro do sistema de proteção de minorias: (i) Declaração da Albânia, de outubro de 1921; (ii) Declaração da Estônia, de 17 de setembro de 1923; (iii) Declaração da Finlândia, de 27 de junho de 1921; (iv) Declaração da Letônia, de 07 de julho de 1923; (v) Declaração da Lituânia, de 02 de maio de 1922. (ERMACORA, Felix. The protection of minorities before the United Nations. *Recueil des cours*, Volume 182 (1983-IV), ps. 2258-259.).

¹⁶⁴ No período entre-guerras foram inseridas disposições protetivas de liberdades de minorias nacionais, raciais e lingüísticas nos tratados que reconheciam a criação ou a ampliação de Estados europeus como a Polônia, a Tchecoslováquia e a Romênia, sob a garantia da Sociedade das Nações. Porém, tais sistemas nem sempre foram bem-sucedidos, dado ao princípio de respeito aos direitos humanos não ser um princípio geral no Pacto da SDN e este tema ainda encontrar-se sob o chamado domínio reservado dos Estados. Confira o testemunho dado por René Cassin acerca do triste episódio do recuo da Sociedade das Nações em face do caso da reclamação de um indivíduo polonês contra o tratamento discriminatório recebido por parte do Estado alemão que invocava o velho dogma da soberania estatal contra a intervenção internacional em matéria de direitos humanos, e que culminou, no dia seguinte, na saída da Alemanha da SDN e na escalada de violência e selvageria daí por diante. (CASSIN, René. La déclaration universelle et la mise en

precedentes de sistemas internacionais de petições, que outorgaram capacidade processual diretamente a indivíduos e grupos de indivíduos, podem ser encontrados entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX. Cite-se, por exemplo, a experiência da Corte Centro-Americana de Justiça (1907-1917), o Projeto de uma Corte Internacional de Presas (proposto na II Conferência de Paz da Haia de 1907), a prática dos tribunais arbitrais mistos e das comissões mistas de reclamações do pós Primeira Guerra, o sistema de navegação dos rios Reno e Danúbio¹⁶⁵, além do sistema de supervisão da Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919.

Entretanto, não era possível falar-se que estas experiências eram representativas de sistemas internacionais de proteção de direitos humanos em um sentido autêntico, tal como é entendido hoje, pois, consoante afirma Cançado Trindade:

“Os primeiros sistemas internacionais de proteção da pessoa humana permaneceram por algum tempo circunscritos a certas categorias de indivíduos (tais como, a partir do período entre-guerras, trabalhadores sob o sistema da OIT, membros de minorias, habitantes de territórios sob mandato e tutela). As novas correntes no processo de *generalização* da proteção dos direitos humanos (a partir do período imediatamente subsequente à II guerra mundial) pretenderam reduzir as incapacidades de pessoas que até então permaneciam sem proteção e superar gradualmente algumas das limitações *ratione personae* (e. g., o vínculo de nacionalidade) da proteção (diplomática) tradicional; estas novas correntes apontavam à proteção generalizada dos indivíduos como indivíduos, em sua capacidade como tais, implementável pelas Partes que se obrigavam a garantir certos direitos básicos da pessoa humana, emanados diretamente do direito internacional (*droit des gens*).”¹⁶⁶

Em 1951, René Cassin, que presenciava o momento de transição do *monopólio* do direito de petição internacional pelos Estados para o acesso direto dos indivíduos aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, ponderou, de forma bastante lúcida à época, que a metodologia empregada para a operação prática do mecanismo de petição que estava sendo gestado nas Nações Unidas, perante um Comitê ainda em fase de elaboração, e que mais tarde, viria a ser aprovado no bojo de um protocolo facultativo ao Pacto de Direitos Civis e

oeuvre des droits de l'homme. In: *Recueil des Cours*, 79, 245 (1951-II). p. 246-247 e CASSIN, René. Les Droits de l'Homme. In: *Recueil des cours*, 140, 324 (1974).

¹⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, ob. cit. ps. 33-35 e 69-71. v. 1.

¹⁶⁶ CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, S. Paulo: Saraiva, 1990. ps. 06-07.

Políticos, poderia representar um recuo em relação às experiências acima citadas, vivenciadas já no início do século XX, nas quais havia a previsão expressa de um *locus standi* de indivíduos e coletividades pelo Direito Internacional. Em favor do reconhecimento dos indivíduos, grupos de indivíduos e organizações não-governamentais como sujeitos do direito internacional questionou René Cassin:

“Não seria operar um retrocesso sobre os progressos realizados em favor do direito de queixa das coletividades e dos indivíduos desde 1919 no seio da OIT (trabalho), da Sociedade das Nações (mandatos, minorias) e, sob o regime da Carta das Nações Unidas, em favor dos habitantes dos territórios sob tutela?”¹⁶⁷ (Tradução livre)

De fato, inicialmente, houve um retrocesso. Em 1948, o direito de petição não foi contemplado na Declaração Universal¹⁶⁸, dada a sua natureza de norma não vinculante, despida de qualquer medida de implementação.¹⁶⁹ Por sua vez, nos principais tratados de direitos humanos elaborados nas décadas de 1950 e 1960, o direito de petição era *individual* e *opcional* à ratificação dos Estados partes nestes tratados.

Neste contexto, é compreensível que o peticionamento inter-estatal tenha sido previsto como obrigatório no texto original da Convenção Européia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950) e do Pacto das Nações Unidas de Direitos Cívicos e Políticos (1966), uma vez que esta opção refletia, naturalmente, o caráter fortemente estatocêntrico do Direito Internacional, ainda prevalente no momento de criação destes tratados.

Com a gradual “desnacionalização” e “humanização” do Direito Internacional, as petições individuais foram alcançando a primazia dentre os demais mecanismos de implementação, viabilizando o acesso direto dos seres humanos aos organismos judiciais e quase-judiciais dos sistemas global e regionais de proteção.

¹⁶⁷ CASSIN, René La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. In: *Recueil des Cours*, ob. cit. ps. 343-344..

¹⁶⁸ Cfr.: Resolução 217(III) B, de 10 de dezembro de 1948.

¹⁶⁹ Havia estudos preliminares sobre o direito de petição no documento A/C. 3/306 e emendas propostas por Cuba e França para o exercício deste direito por qualquer pessoa perante as autoridades competentes das Nações Unidas, porém, a Assembleia Geral, ao aprovar a Declaração Universal, em 10 de dezembro de 1948, decidiu adiar a decisão sobre o direito de petição para o momento em que fosse considerar o pacto de direitos humanos e suas medidas de implementação, mesmo considerando que este era um direito fundamental reconhecido em grande número de Constituições da época. Confira a resolução 217 B (III) e também: CASSIN, René La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. In: *Recueil des Cours*, ob. cit. p. 287.

Somente no final do século XX as petições inter-estatais tornaram-se obsoletas em relação à regra do peticionamento de indivíduos, grupos de indivíduos e organizações não-governamentais, consolidando-se como uma conquista definitiva que representa o apogeu da primeira etapa de implementação dos instrumentos de proteção dos direitos humanos. É através deste direito que é garantido o acesso direto de indivíduos ou grupo de indivíduos à justiça internacional *lato sensu*, superando-se, irreversivelmente, os obstáculos impostos pelo Direito Internacional clássico ao reconhecimento da personalidade e capacidade internacionais da pessoa humana, referidos no início do capítulo anterior.

2.3

O Peticionamento Coletivo na Prática Internacional Contemporânea

Neste início de século XXI, todavia, é necessário lançar a proposta de uma segunda etapa na fase de implementação da proteção internacional dos direitos humanos, superando-se o qualificativo de *individual* das petições, pois, como será visto a seguir, as petições *coletivas* são uma realidade prática no âmbito das Nações Unidas, sob o sistema global, em bases convencionais ou extra-convencionais, no âmbito regional, sob os sistemas das convenções europeia, interamericana e africana, com suas modulações de acesso às respectivas Cortes regionais e, mais recentemente ainda, no âmbito do sistema de reparações às vítimas de crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, previsto no Estatuto de Roma.

É sobre esses mecanismos que tratarei a seguir, sem, no entanto, pretender exaurir o tema, mas apenas destacar os avanços mais importantes acerca do peticionamento coletivo perante os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, a fim de comprovar que, apesar de resistências teóricas, na prática, as coletividades humanas, ao lado dos indivíduos, têm assegurado um papel cada vez mais evidente como sujeitos no direito internacional tanto em sentido material como processual.

Para tanto, utilizarei o mesmo método que, coincidentemente, J. Spiropoulos utilizou, no seu curso da Academia da Haia, em 1929, para demonstrar, já naquela época, que o indivíduo era sujeito do Direito Internacional, qual seja: “(...) para

saber quais são os sujeitos do direito das gentes, é necessário tomar como ponto de partida a *prática* internacional, os fatos da experiência jurídica, e por indução concluir quanto à natureza e à compreensão do conceito de ‘sujeito do direito das gentes’. Nesse sistema há então uma questão de experiência e não de definição.”¹⁷⁰

2.3.1

As Petições Coletivas no Plano do Sistema das Nações Unidas

Como os direitos humanos tornaram-se, nas últimas seis décadas um tema transversal no seio das Nações Unidas, é fato que o ECOSOC e o Conselho de Tutela não são mais os únicos órgãos com competência originária específica para a matéria, já que os demais órgãos tratam, mesmo que indiretamente, sobre assuntos inerentes à temática dos direitos humanos.

2.3.1.1

A Estrutura Orgânica das Nações Unidas em Matéria de Direitos Humanos

No plano global, sob os auspícios das Nações Unidas, o sistema de petições ou reclamações ou comunicações foi estruturado, gradualmente, sobre diversas bases jurídicas de naturezas distintas, dada à criação de diversos órgãos, organismos, agências e tribunais, dotados de mandato específico ou de competência meramente reflexa, para a supervisão de questões de direitos humanos em geral ou em setores especializados.

Em que pese essa diversidade de bases jurídicas, atualmente, é possível identificar e classificar em dois tipos principais os órgãos presentes na estrutura do sistema onusiano de proteção dos direitos humanos: os órgãos da Carta e os órgãos de tratados, os quais são dotados, respectivamente, de mecanismos extraconvencionais e convencionais, para o monitoramento da implementação dos direitos humanos em âmbito global.

¹⁷⁰ SPIROPOULOS, J.. L'individu et le droit international. Recueil des cours, 30 (1929-V), ps. 204-205. (destaques no original – tradução livre)

Os órgãos da Carta são a Assembléia Geral¹⁷¹, o Conselho de Segurança¹⁷², o Conselho Econômico e Social¹⁷³, o Conselho de Tutela¹⁷⁴, a Corte Internacional de Justiça¹⁷⁵ e o Secretariado¹⁷⁶. Nos dias atuais, todos estes órgãos tratam, de

¹⁷¹ No âmbito da Assembléia Geral, merecem destaque dois organismos especializados em temas de direitos humanos: o Terceiro Comitê sobre Assuntos Sociais, Humanitários e Culturais e o Conselho de Direitos Humanos criado pela resolução 60/251, de 15 de março de 2006.

¹⁷² Apesar de não possuir competência específica para os direitos humanos, nas últimas décadas este tema tem chamado a atenção do Conselho de Segurança, sobretudo, em casos de violações graves e sistemáticas dos direitos humanos e do direito humanitário, no quadro de conflitos armados e terrorismo. Em muitas destas situações o Conselho de Segurança é levado a agir mediante as intervenções humanitárias ou criação de tribunais *ad hoc*, sob o mandato que lhe confere o Capítulo VII da Carta.

¹⁷³ O Conselho Econômico e Social (ECOSOC) possui um papel de especial destaque em matéria de direitos humanos, com previsão expressa na Carta das Nações Unidas (principalmente nos artigos 63 e 68). Dentre os órgãos funcionais do ECOSOC, merece referência especial a Comissão de Direitos Humanos fundada pela resolução 5 (I), de 16 de fevereiro de 1946, que funcionou até 16 de junho de 2006 (resolução 2006/2 do ECOSOC), sendo substituída pelo Conselho de Direitos Humanos (resolução 60/251 da Assembleia Geral). O ECOSOC coordena ainda a relação das Nações Unidas com as Agências Especializadas da ONU.

¹⁷⁴ O Conselho de Tutela suspendeu suas atividades em 01/11/1994, com a independência de Palau, último dos onze territórios sob o regime de tutela, ocorrido em 01/10/1994.

¹⁷⁵ Mesmo que a CIJ tenha sua atuação jurisdicional limitada a à dimensão inter-estatal, Cançado Trindade ressalta que é preciso reconhecer que em numerosos casos contenciosos e pareceres em que a Corte tem se pronunciado, o elemento predominante é precisamente a situação concreta de seres humanos, individual e coletivamente considerados, e não meras questões abstratas de interesse dos Estados litigantes em suas relações *inter se*. Esta é uma tendência contemporânea, mas cuja evolução pode ser percebida desde as origens da CIJ. Cite-se, nesse sentido, com apoio nas referências feitas por Cançado Trindade, os seguintes casos: *Caso Nottebohm* (Liechtenstein vs. Guatemala, 1955) sobre dupla nacionalidade; *Caso da Aplicação da Convenção de 1902 sobre a Guarda de Menores* (Holanda vs. Suécia, 1958); *Caso do Julgamento dos Prisioneiros de Guerra Paquistaneses* (Paquistão vs. Índia, 1973); *Caso dos Refêns* (Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos) em Teerã (*Estados Unidos vs. Irã*, 1980); *Caso do Timor-Leste* (Portugal vs. Austrália, 1995); *Caso da Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Bósnia-Herzegovina vs. Iugoslávia, 1996); *Caso Breard* (Paraguai vs. Estados Unidos, 1998); *Caso La Grand* (Alemanha vs. Estados Unidos, 2001); *Caso Avena* (México vs. Estados Unidos, 2004); *Caso das Atividades Armadas no Território do Congo* (R. D. Do Congo vs. Uganda, 2007) e mais recentemente, a retomada do procedimento deste caso pela CIJ para definição de reparações (Ordem de 01/07/2015); *Caso da Fronteira Terrestre e Marítima entre Camarões e Nigéria* (1996); *Caso das Questões Relativas à Obrigação de Julgar ou Extraditar* (Bélgica vs. Senegal, 2009 e 2012); *Caso A. S. Diallo* (Guiné vs. R. D. Do Congo, 2010 e 2012); *Caso das Imunidades Jurisdicionais do Estado* (Alemanha vs. Itália com intervenção da Grécia, 2010-2012); *Caso da Aplicação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (Geórgia vs. Federação Russa, 2011); *Caso do Templo de Préah Vihear* (medidas provisórias de proteção – Camboja vs. Tailândia, 2011); *Caso da Disputa Fronteiriça entre Burkina Faso e Níger* (2013) e *Caso da Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Croácia vs. Sérvia, 2015). Como Pareceres Consultivos, podem ser citados o *Parecer sobre a Independência de Kosovo* (2010) e o *Parecer sobre a Revisão de Sentença do Tribunal Administrativo da OIT, por Reclamação do FIDA* (2012). (Cfr. CANÇADO Trindade, A. A. CANÇADO TRINDADE, A. A. Os Indivíduos como Sujeitos do Direito Internacional. in: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. ob. ano 12, v. 12, n. 12, p. 32-33.

¹⁷⁶ O Alto Comissariado das Nações Unidas para promoção e proteção de todos os Direitos Humanos é uma unidade do Secretariado das Nações Unidas, criado em 1993, pela resolução 48/141 da Assembleia Geral, de 20 de dezembro de 1993, como consequência e seguimento das decisões tomadas pela II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1993). O Alto Comissário tem o status de Sub-Secretário Geral das Nações Unidas e tem como missão coordenar todas as ações sobre direitos humanos no sistema onusiano. O Alto Comissariado presta apoio técnico e secretaria organismos como o novo Conselho de Direitos Humanos e seus mecanismos

maneira direta ou indireta, do tema dos direitos humanos, seja através de sua competência originária¹⁷⁷, seja em razão dos objetivos da própria Organização, fazendo-o através de suas sub-divisões, criadas sob a forma de comissões, conselhos, comitês, grupos de trabalho, painéis, além de órgãos consultivos, conforme autorizado na Carta. Tais órgãos podem, ademais, criar fundos e programas com autonomia administrativa e financeira voltados para a implementação de vários aspectos da realização dos direitos humanos no mundo¹⁷⁸.

Por serem órgãos cuja competência emana diretamente da Carta das Nações Unidas, a autoridade de seus mandatos e a força de suas recomendações abrangem todos os 193 Estados membros da Organização. Em virtude dos mecanismos de proteção criados pelos órgãos da Carta estarem embasados muitas das vezes em resoluções, e não em uma convenção internacional específica, costuma-se designar tais mecanismos de implementação como extraconvencionais.

Os órgãos de tratados, por sua vez, são assim denominados por serem constituídos no próprio texto das nove convenções nucleares sobre direitos humanos das Nações Unidas para supervisão e implementação das obrigações assumidas por seus respectivos Estados Partes. Os órgãos de tratados são constituídos sob a forma de comitês compostos por especialistas independentes. Por serem previstos no próprio texto dos tratados que visam monitorar, os mecanismos de proteção previstos nestes tratados são denominados de convencionais. Além das investigações *in loco* e das petições inter-estatais, os comitês possuem mandato para receber e processar comunicações elaboradas por pessoas ou grupo de pessoas, conforme a previsão do texto de cada convenção ou de protocolos opcionais.

subsidiários (que são os procedimentos especiais, o Comitê Consultivo, a Revisão Periódica Universal, o procedimento de queixas e grupos de trabalho) e os dez comitês dos tratados especializados, conforme será examinado nos parágrafos a seguir.

¹⁷⁷ Veja-se o artigo 13, 1), *b*) referente à Assembleia Geral; o artigo 62, 2) relativo ao Conselho Econômico e Social; o artigo 87, relativo ao Conselho de Tutela e os artigos 24, 34 e 39 acerca do Conselho de Segurança, além dos artigos 55, *c*) e 56 sobre cooperação econômica e social internacional, todos da Carta das Nações Unidas.

¹⁷⁸ Como por exemplo, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), o Fundo das Nações Unidas para as Populações (FNUAP), a Entidade das Nações Unidas para Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (UN-WOMEN), o Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (UN-HABITAT), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Programa Alimentar Mundial (PAM), o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), o Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), os quais não se confundem com as agências especializadas das Nações Unidas.

Há ainda outros órgãos que, apesar de não pertencerem à estrutura da ONU, integram o sistema das Nações Unidas *lato sensu*, em razão das especiais relações que mantêm com a Organização. Trata-se das agências especializadas¹⁷⁹, das conferências internacionais¹⁸⁰, do Tribunal Penal Internacional¹⁸¹ e demais tribunais *ad hoc*, tais como, o Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia¹⁸² e Ruanda¹⁸³, além da Corte Especial para Serra Leoa¹⁸⁴, das Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja¹⁸⁵ e do Tribunal Especial para o Líbano¹⁸⁶, constituídos estes três últimos em cooperação com a Organização. Dentre estes, será dado maior destaque ao sistema de reparações às vítimas dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional na sub-seção 2.3.3 deste capítulo¹⁸⁷.

2.3.1.2

As Petições Coletivas nos Órgãos da Carta

¹⁷⁹ São organizações internacionais autônomas vinculadas às Nações Unidas por meio de acordos especiais. São exemplos a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), totalizando, atualmente, quinze agências. Dentre estas, destacamos a OIT (artigos 24 e 25 sobre representações, ambos da Constituição da OIT) e a UNESCO (Sistema da Resolução 104 EX/Decisão 3.3 do Conselho Executivo de 1978) que possuem mecanismos de peticionamento de indivíduos e grupos de indivíduos para denúncia de violações de direitos humanos que estejam dentro de suas competências constitucionais.

¹⁸⁰ As já referidas Conferências de Teerã (1968) e Viena (1993) são exemplos eloquentes.

¹⁸¹ Cfr. *supra* nota 131.

¹⁸² Criado pela Resolução 827 do Conselho de Segurança da ONU, de 25 de maio de 1993.

¹⁸³ Criado pela Resolução 955 do Conselho de Segurança da ONU, de 08 de novembro de 1994.

¹⁸⁴ Criada por meio de um acordo internacional firmado em 16 de janeiro de 2002, entre o Governo de Serra Leoa e as Nações Unidas, na esteira da Resolução 1315 do Conselho de Segurança, de 14 de agosto de 2000, para o julgamento dos graves crimes contra os direitos humanos ocorridos no país após 30 de novembro de 1996.

¹⁸⁵ Criadas por meio de um acordo internacional firmado em 06 de junho de 2003, entre o Governo do Camboja e as Nações Unidas, na esteira da Resolução 57/228 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 2002, para o julgamento dos crimes cometidos durante o regime dos Khmer Vermelhos..

¹⁸⁶ Criado pela Resolução 1757 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de 30 de maio de 2007, para julgar os responsáveis pelos ataques ocorridos em Beirute, no dia 14 de fevereiro de 2005, que resultou na morte do Primeiro Ministro Rafiq Hariri e outras 22 pessoas, e atos terroristas posteriores, dado que o acordo firmado em 23 de janeiro de 2007, entre o Governo do Líbano e as Nações Unidas não foi aprovado pelo Parlamento libanês.

¹⁸⁷ Uma das grandes inovações do Estatuto de Roma e do Regulamento de Procedimentos e Provas do Tribunal Penal Internacional é o *jus standi* consagrado às vítimas, as quais, pela primeira vez na história da Justiça Penal Internacional, podem apresentar seus argumentos e pedidos de reparações perante o Tribunal.

Em matéria de petições coletivas, sem dúvida, merece destaque a trajetória seguida pela Comissão de Direitos Humanos do ECOSOC¹⁸⁸. Originalmente, a Comissão não detinha mandato para proceder aos encaminhamentos necessários em relação às milhares de petições que passou a receber desde sua criação em 1946. Isto era precisamente o que determinava, de forma expressa, a resolução 75(V) do ECOSOC¹⁸⁹ ao afirmar a incompetência da Comissão de Direitos Humanos, reconhecida por ela própria, para levar a cabo qualquer ação em vista de qualquer queixa concernente a direitos humanos¹⁹⁰.

Este quadro somente começou a mudar no final da década de 1960, quando o ECOSOC emitiu a resolução 1235 (XLII), de 06 de junho de 1967, autorizando a Comissão de Direitos Humanos a examinar informações relevantes para violações flagrantes de direitos humanos¹⁹¹. O ponto culminante, porém, foi a adoção da resolução 1503(XLVIII), de 27 de maio de 1970, pela qual o ECOSOC estabelece um procedimento para lidar com comunicações relativas à violações de direitos humanos, posteriormente complementada pela resolução 1(XXIV), de 13 de agosto de 1971, emitida pela Subcomissão sobre Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias (posteriormente denominada de Sub-Comissão sobre a Proteção e Promoção de Direitos Humanos) vinculada à Comissão de Direitos Humanos¹⁹². Este procedimento, de natureza confidencial, voltava-se às situações que parecessem revelar um padrão consistente de violações graves e flagrantes de direitos humanos e tinham como sujeitos vitimados grandes grupos de indivíduos ou coletividades humanas.

Com a criação do Conselho de Direitos Humanos, pela Assembléia Geral, através da resolução 60/251, de 15 de março de 2006, em substituição à Comissão

¹⁸⁸ Para um panorama detalhado do início do funcionamento da Comissão de Direitos Humanos e, particularmente, sobre as críticas ao procedimento de petições da resolução 75(V) do ECOSOC, de 05 de agosto de 1947 e sua posterior emenda, confira: CASSIN, René. La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. In: *Recueil des Cours*, 79, 264-266 (1951-II).

¹⁸⁹ Esta resolução, datada de 05 de agosto de 1947, foi modificada, logo em seguida pela resolução 116(V), de 1º de março de 1948, mas apenas introduziu emendas quanto à possibilidade de divulgação dos nomes dos autores das petições e quanto à competência atribuída aos membros da Sub-Comissão sobre a Prevenção de Discriminação e a Proteção de Minorias para lidar com comunicações sobre discriminação e minorias nos mesmos moldes das atribuições conferidas à Comissão de Direitos Humanos.

¹⁹⁰ Cite-se como precedente normativo importante neste processo evolutivo a resolução 728 F (XXVIII), de 30 de julho de 1959, do ECOSOC, concernente à entrega de comunicações sobre direitos humanos.

¹⁹¹ Essa resolução do ECOSOC foi adotada na esteira das decisões 8 (XXIII) e 9 (XXIII) da Comissão de Direitos Humanos, impulsionada pela política de *apartheid* da África do Sul.

¹⁹² Este procedimento foi atualizado e consolidado pela resolução 2000/3, de 19 de junho de 2000, do ECOSOC, mas continuou a ser reconhecido como “procedimento da resolução 1503”.

de Direitos Humanos, o procedimento da resolução 1503 foi herdado pelo novo Conselho, conforme determinado no item 6 da aludida resolução 60/251 e pelo artigo 86 da resolução 5/1, adotada em 18 de junho de 2007¹⁹³.

Outro importante mecanismo geralmente conhecido como “procedimentos públicos especiais” foi estabelecido pela Comissão de Direitos Humanos¹⁹⁴ e assumido pelo Conselho de Direitos Humanos. Este mecanismo é conduzido tanto por indivíduos (relatores especiais, representantes ou especialistas independentes) quanto por grupos de trabalho aos quais são encaminhadas questões sobre situações de um país específico ou de temas setoriais. Além de apresentar relatórios e realizar visitas *in loco*, os procedimentos especiais podem incluir o recebimento de apelos urgentes com pedidos de ação preventiva e cartas de alegações com denúncias de violações já cometidas, individuais ou coletivas, compreendidas no escopo do mandato de alguns relatores especiais ou grupos de trabalho¹⁹⁵. Essas comunicações podem ser apresentadas pelas próprias vítimas ou por pessoas, grupos de pessoas ou organizações não governamentais que tenham conhecimento dos fatos violatórios alegados, os quais serão transmitidos ao

¹⁹³ Acerca das condições de admissibilidade e do procedimento do mecanismo de queixas, confira os artigos 87 a 109 da resolução 5/1 (“Documento de Construção Institucional do Conselho de Direitos Humanos”), aprovado em 18 de junho de 2007.

¹⁹⁴ Para uma análise aprofundada acerca dos procedimentos especiais perante a Comissão de Direitos Humanos, confira: RIDRUEJO, José Antonio Pastor. Les procédures publiques spéciales de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies. In: *Recueil des cours*, 228, 182-272 (1991-III).

¹⁹⁵ Dentre os procedimentos especiais temáticos, atualmente, recebem apelos urgentes e cartas de alegações: Working Group on enforced or involuntary disappearances; Working Group on arbitrary detention; Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary; Executions; Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; Special Rapporteur on the right to freedom of religion or belief; Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography; Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression; Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance; Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers; Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences; Special Rapporteur on the situation of human rights of migrants; Special Representative of the Secretary-General on the situation of human rights defenders; Special Rapporteur on the right to adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living; Special Rapporteur on the right to education; Special Rapporteur on the right to food; Special Rapporteur on the adverse effects of the illicit movement and dumping of toxic and dangerous products and wastes on the enjoyment of human rights; Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health; Special Rapporteur on trafficking in persons, especially in women and children; Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous peoples.

governo e posteriormente as medidas e recomendações serão tomadas pelo relator especial ou grupo de trabalho¹⁹⁶.

2.3.1.3 As Petições Coletivas nos Órgãos de Tratados

Atualmente, os órgãos de tratados, sob certas condições, podem examinar queixas ou comunicações: o Comitê de Direitos Humanos¹⁹⁷, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁹⁸, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial¹⁹⁹, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres²⁰⁰, o Comitê contra a Tortura²⁰¹, o Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência²⁰² e o Comitê sobre os Desaparecimentos Forçados²⁰³. Apesar de ainda não estarem em vigor, o Comitê dos Direitos da Criança²⁰⁴ e o Comitê para

¹⁹⁶ Acerca das condições de admissibilidade e do procedimento das cartas de alegações e dos apelos urgentes, conferir artigos 9 e 10 da resolução 5/2 (“Código de Conduta para os Detentores de Mandato de Procedimentos Especiais”), aprovado em 18 de junho de 2007.

¹⁹⁷ Possui mandato para apreciar comunicações individuais que aleguem violação dos direitos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos pelos Estados Partes do Primeiro Protocolo Opcional ao Pacto, sendo ambos os instrumentos datados de 16 de dezembro de 1976.

¹⁹⁸ Possui mandato para apreciar comunicações apresentadas por (ou em nome de) indivíduos ou grupos de indivíduos que aleguem violação dos direitos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966, por Estados Partes do Protocolo Opcional a este Pacto, de 10 de dezembro de 2008.

¹⁹⁹ Possui mandato para apreciar comunicações de indivíduos ou grupos de indivíduos que aleguem violação dos direitos previstos na Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965, por Estados Partes que tenham feito a declaração formal sob o artigo 14 desta Convenção.

²⁰⁰ Possui mandato para apreciar comunicações apresentadas por (ou em nome de) indivíduos ou grupos de indivíduos que aleguem violação dos direitos previstos na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 18 de dezembro de 1979, por Estados Partes do Protocolo Opcional desta Convenção, de 10 de dezembro de 1999.

²⁰¹ Possui mandato para apreciar comunicações apresentadas por (ou em nome de) indivíduos que aleguem violação dos direitos previstos na Convenção contra a Tortura e outras Formas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de Tratamento ou Punição, de 10 de dezembro de 1984, por Estados Partes que tenham feito a declaração na forma do artigo 22 desta Convenção.

²⁰² Possui mandato para apreciar comunicações apresentadas por (ou em nome de) indivíduos ou grupos de indivíduos que aleguem violação dos direitos previstos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência por Estados Partes do Protocolo Opcional desta Convenção, sendo ambos os instrumentos datados de 13 de dezembro de 2006.

²⁰³ Possui mandato para apreciar comunicações apresentadas por (ou em nome de) indivíduos que aleguem violação dos direitos previstos na Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 20 de dezembro de 2006, por Estados Partes que tenham feito a declaração formal sob o artigo 31 desta Convenção.

²⁰⁴ Possui mandato para apreciar comunicações apresentadas por (ou em nome de) pessoas ou grupos de pessoas que aleguem violação dos direitos previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, ou em seus dois protocolos opcionais (sobre venda de crianças, prostituição e pornografia infantil e sobre envolvimento de crianças em conflitos armados, sendo ambos datados de 25 de maio de 2000), por Estados Partes que tenham aderido ao Protocolo Opcional a esta Convenção, de 19 de dezembro de 2011.

a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias²⁰⁵ também prevêem um mecanismo de comunicações individuais²⁰⁶.

Da análise dos mandatos conferidos a cada um dos referidos comitês para o exame de comunicações ou queixas, é importante notar, primeiramente que o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, o Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência e o Comitê dos Direitos da Criança possuem referência expressa à possibilidade de apresentação das comunicações por grupos de indivíduos ou grupos de pessoas, conforme a redação específica de cada instrumento.

Em segundo lugar, dentre os comitês acima citados, com exceção do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, mas incluindo os Comitês contra a Tortura e Desaparecimentos Forçados, é prevista uma legitimidade *ad causam* extraordinária para terceiros, nos casos em que a própria vítima ou grupos de vítimas se encontrem impossibilitadas de peticionar, devido a situações de fato ou de direito.

Por fim, muitos dos comitês recebem comunicações individuais com denúncias de violações de direitos econômicos, sociais e culturais pelos Estados Partes, a exemplo da Convenção Internacional contra todas as formas de Discriminação Racial, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da Convenção sobre os Direitos da Criança, da Convenção Internacional para a Proteção de Todos os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias e da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, patenteando a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

²⁰⁵ Possui mandato para apreciar comunicações apresentadas por (ou em nome de) indivíduos que aleguem violação dos direitos individuais previstos na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, de 18 de dezembro de 1990, por Estados Partes que tenham feito a declaração formal sob o artigo 77 desta Convenção.

²⁰⁶ Outro órgão de tratado que deve ser mencionado é o Sub-Comitê para a Prevenção da Tortura, criado através da resolução 57/199, de 18 de dezembro de 2002, pela Assembleia Geral, que não possui um mecanismo de comunicações individuais, pois estabelece um mandato específico para os membros do Comitê contra a Tortura realizarem visitas a lugares onde se encontram pessoas privadas de liberdade, criando-se, desse modo, um mecanismo preventivo de violações da respectiva convenção.

2.3.2

As Petições Coletivas no Plano dos Sistemas Regionais

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos dispõem de organismos de supervisão da implementação das obrigações convencionais com um mandato que vai mais além daqueles previstos pelo sistema global das Nações Unidas. Estes sistemas regionais são marcados pela presença de Cortes com competência jurisdicional para o julgamento de casos contenciosos de violações das obrigações assumidas pelos Estados Partes das respectivas convenções europeia, americana e africana.

2.3.2.1

O Quadro Geral do Acesso dos Indivíduos aos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos

Quanto ao sistema de petições cabe referir, inicialmente, que cada uma das convenções regionais e seus protocolos opcionais prevêem diferentes modulações para o acesso do ser humano à jurisdição das respectivas Cortes Europeia, Interamericana e Africana, por intermédio do mecanismo de petições neles previsto.

No plano do Sistema Europeu, o ano de 1998 foi decisivo para a reformulação dos mecanismos de implementação dos Direitos Humanos. Por um lado, com a entrada em vigor do Protocolo nº. 11 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, em 1º. de novembro de 1998, através do artigo 34, franqueou-se o acesso direto dos indivíduos, grupos de indivíduos e Organizações Não Governamentais perante a nova Corte Europeia, de forma mandatária, consagrando o *jus standi* dos indivíduos demandantes no plano do direito internacional²⁰⁷. Por outro lado, entrou em vigor o Protocolo à Carta Social Europeia de 1961 que cria um sistema de reclamações coletivas em casos de cumprimento insatisfatório pelos Estados Partes dos direitos nela assegurados, as quais podem ser apresentadas perante o Comitê de Ministros por

²⁰⁷ Com o advento do Protocolo nº. 11, a Comissão e a Corte Europeias foram substituídas pela nova Corte Europeia. Na sua atual concepção, a nova Corte passou a ser permanente e de jurisdição obrigatória, passando a examinar também a admissibilidade dos casos apresentados à sua apreciação. Os artigos 25 e 46 deram lugar às novas disposições dos artigos 32 e 34 da Convenção.

organizações internacionais ou associações nacionais de empregadores e empresas, assim como por organizações não governamentais.

No quadro do Sistema Interamericano, Nos termos dos artigos 44, 46.1, d) e 47, a) da Convenção Americana, os indivíduos, grupos de indivíduos e Organizações Não Governamentais podem apresentar denúncias perante a Comissão Interamericana. Somente a Comissão Interamericana e os Estados-Partes na Convenção têm acesso direto à Corte Interamericana, segundo o artigo 61 da Convenção.

Apesar do sistema interamericano ainda não permitir o acesso direto das vítimas à Corte, o *jus standi* de vítimas individuais e coletivas tem sido assegurado por intermédio de reformas infraconvencionais, principalmente com o advento do Quarto²⁰⁸ e Quinto²⁰⁹ Regulamentos da Corte, nos quais, gradativamente, as vítimas obtiveram maior autonomia como partes no processo.

No presente estágio de desenvolvimento procedimental do sistema interamericano, após a submissão do caso pela Comissão e notificação deste pelo Secretário aos interessados elencados no artigo 39 do Regulamento atualmente em vigor, as supostas vítimas²¹⁰ ou seus representantes poderão apresentar, de forma autônoma em relação à Comissão, o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando desta forma durante todas as fases do processo, consoante indicam os artigos 25 e 40.

Note-se, ainda no âmbito do sistema interamericano, que a autonomia processual das supostas vítimas veio acompanhada pela criação de dois novos institutos com o intuito de reduzir a *disparidade de armas* em relação ao Estado. No artigo 37, está previsto que, nos casos de supostas vítimas sem representação legal devidamente credenciada, a Corte poderá designar um Defensor Interamericano de ofício, para representá-las durante a tramitação do caso. Já a resolução AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08) da Assembleia Geral da OEA, de 03

²⁰⁸ Aprovado no XLIX Período Ordinário de Sessões, celebrado de 16 a 25 de novembro de 2000 e reformado no LXI Período Ordinário de Sessões, celebrado de 20 de novembro a 04 de dezembro de 2003, e no LXXXII Período Ordinário de Sessões, celebrado de 19 a 31 de janeiro de 2009.

²⁰⁹ Aprovado no LXXXV Período Ordinário de Sessões, celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.

²¹⁰ No atual Quinto Regulamento da Corte, permanece a distinção conceitual entre “suposta vítima” e “vítima”. De acordo com o artigo 2(25), “a expressão “suposta vítima” significa a pessoa da qual se alega terem sido violados os direitos protegidos na Convenção ou em outro tratado do sistema interamericano”. Já o termo “vítima”, segundo o artigo 2(33), significa “a pessoa cujos direitos foram violados de acordo com a sentença proferida pela Corte”.

de junho de 2008, criou o Fundo de Assistência Jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a resolução CP/RES 963 do Conselho Permanente da OEA, de 11 de novembro de 2009, aprovou o regulamento para o seu funcionamento com o objetivo de promover o acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (tanto à Comissão quanto à Corte) das pessoas que não disponham dos recursos financeiros necessários para a ele encaminhar seu caso.

No Sistema Africano, por sua vez, a Comissão Africana recebe comunicações de Estados partes ou de indivíduos e Organizações Não Governamentais. Contudo, o acesso direto à Corte Africana²¹¹ é franqueado apenas aos Estados Partes da Comissão Africana e às Organizações Intergovernamentais. Quanto ao acesso direto dos indivíduos e ONGs à Corte, este depende de declaração expressa dos Estados parte (artigos 5º., (3) e 34, (6) do Protocolo à Convenção Africana de Direitos Humanos e dos Povos).

Outrossim, apesar da nota de originalidade que a inclusão de direitos econômicos, sociais e culturais, assim como do direito dos povos na Carta Africana representa, fruto das discussões travadas na OUA após o denominado processo de descolonização, o fato é que, para a implementação destes direitos utiliza-se o mesmo mecanismo de petições individuais, criado na Convenção Europeia de 1950e, posteriormente, reproduzido na Convenção Americana de 1969, o qual não franquia amplamente o acesso de vítimas coletivamente consideradas.

2.3.2.2

Os Avanços em Matéria de Petições Coletivas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Apesar da norma convencional interamericana permanecer inalterada em sua literalidade, na percepção de Cançado Trindade, a casuística levada ao conhecimento da Corte Interamericana fez com que o sistema desenvolvesse, em termos de peticionamento coletivo, bases jurídicas muito mais amplas do que

²¹¹ A Corte Africana não estava prevista originariamente na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Este organismo foi criado por meio de Protocolo Adicional. O Protocolo foi adotado em 1998, em Addis Abeba (Etiópia) e entrou em vigor em janeiro de 2004.

aquelas imaginadas nos trabalhos preparatórios da convenção, que já eram bastante avançadas para aquela época, senão vejamos:

“No sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o direito de petição individual tem se constituído em um meio eficaz de enfrentar casos não só individuais como também de violações maciças e sistemáticas dos direitos humanos. Sua importância tem sido fundamental, e não poderia jamais ser minimizada. A consagração do direito de petição individual sob o artigo 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos revestiu-se de significação especial. Não só foi sua importância para o mecanismo da Convenção como um todo, devidamente enfatizada nos *travaux préparatoires* daquela disposição da Convenção, como também representou uma avanço em relação ao que, até a adoção da Convenção em 1969, se havia logrado a respeito, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.”²¹²

Refere-se Cançado Trindade ao fato de que, em sua versão originária, o artigo 25 da Convenção Europeia previa uma cláusula facultativa para a aceitação de petições individuais, “condicionando a *legitimidade ad causam à demonstração da condição de* vítima pelo demandante individual”, o que exigiu da Corte Europeia um notável desenvolvimento jurisprudencial acerca da noção de *vítima direta* e da autonomia do direito de petição individual no plano internacional, desacoplado dos requisitos do direito interno, tais como o interesse de agir e a legitimidade ativa ordinária. Distintamente, a Convenção Americana já nasceu com a previsão do direito de petição individual do artigo 44 em cláusula obrigatória com a extensão da *legitimatío ad causam* a todo e qualquer peticionário, o qual pode até mesmo prescindir de anuência por parte da própria vítima, ampliando-se, como efeito, o alcance da proteção naqueles casos em que as vítimas (presos incomunicáveis ou pessoas desaparecidas forçadamente) se vejam em situações que as impeçam de agir por conta própria e precisam da iniciativa de um terceiro peticionário em sua defesa²¹³.

Na transição para o século XXI, a Corte Interamericana passou a examinar casos envolvendo vítimas coletivas de graves violações de direitos humanos, referentes, por exemplo, a massacres, condições desumanas das penitenciárias,

²¹²CANÇADO Trindade, A. A. Os Indivíduos como Sujeitos do Direito Internacional. *in: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. ob. cit. p. 34.

²¹³CANÇADO Trindade, A. A. Os Indivíduos como Sujeitos do Direito Internacional. *in: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. ob. cit. ps. 34-3.

direitos territoriais das comunidades indígenas e tribais, assim como o controle da validade de leis de anistia em face da Convenção Americana²¹⁴.

Essas novas demandas coletivas de proteção de direitos humanos desafiaram uma vez mais o conceito de *vítima direta* dentro do sistema de petições individuais em dois aspectos fundamentais, que podem ser identificados, principalmente, nos casos sobre massacres e deslocamentos forçados²¹⁵. Em primeiro lugar, a Corte optou por flexibilizar o dever processual de individualização das supostas vítimas (e de seus familiares), deixando em aberto as listas e permitindo adições de novos nomes, posteriormente, dadas as dificuldades fáticas de identificação de possíveis beneficiários de reparações. Em segundo lugar, à própria prática inovadora da outorga de reparações de natureza coletiva foi amplamente implementada, dada a extensão do dano sofrido por

²¹⁴ Cfr., por exemplo, Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Série C No. 75; Corte IDH. Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124; Corte IDH. Caso do Massacre do *Pueblo Bello* Vs. Colômbia. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C No. 140; Corte IDH. Caso *Goiburú e outros Vs. Paraguai*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C No. 153; Corte IDH. Caso do *Penal Miguel Castro Castro* Vs. Perú. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C No. 160; Corte IDH. Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C No. 172; Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010 Série C No. 214; Corte IDH. Caso Gomes Lund e otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010.

²¹⁵ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Reparções e Custas. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C No. 15; Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Mérito. Sentença de 18 de janeiro de 1995. Série C No. 19; Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia*. Mérito, Reparções e custas. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C No. 109; Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparções e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C No. 116; Corte IDH. Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124; Corte IDH. *Caso do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia*. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C No. 134; Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C No. 140; Corte IDH. *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e custas. Sentença de 1º de julho de 2006 Série C No. 148; Corte IDH. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia*. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C No. 163; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparções e Custas. s. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C No. 211; Corte IDH. *Caso dos Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C No. 250; Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Mérito, Reparções e custas.. Sentença de 25 de outubro de 2012 Série C No. 252; Corte IDH. *Caso Massacre de Santo Domingo Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparções. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C No. 259; Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C No. 270

comunidades inteiramente dizimadas e/ou deslocadas, as quais passaram a ser identificadas como parte lesionada²¹⁶ beneficiárias de reparações.

Inicialmente, a jurisprudência constante da Corte Interamericana era no sentido de que as supostas vítimas deveriam estar elencadas na demanda e no relatório da Comissão segundo o artigo 50 da Convenção. Adicionalmente, em conformidade com o antigo artigo 33(1) do Regulamento, correspondia à Comissão (e não à Corte) identificar com precisão e na devida oportunidade processual as supostas vítimas do caso²¹⁷. Somente estas últimas seriam consideradas como partes lesionadas para efeitos de recebimento de reparações dispostas em apartado específico da sentença.

Com a chegada de casos de violações de direitos humanos em larga escala à Corte, com a geração de danos a um número indeterminado de pessoas vitimizadas, a correlação entre suposta vítima, vítima e parte lesionada beneficiária de reparações tornou-se inviável por dificuldades de ordem fática na elaboração de listas de nomes das supostas vítimas, e ainda mais agravada pela dificuldade de se reconhecer as coletividades humanas vitimadas (como por exemplo comunidades tradicionais ou povos indígenas) como sujeitos coletivos dos direitos protegidos nos estritos termos do artigo 1(2) da Convenção Americana²¹⁸.

Quanto a este aspecto, Cançado Trindade dá testemunho no sentido de que algumas soluções foram desenvolvidas pela Corte, para enfrentar e superar estas dificuldades na identificação das vítimas, tendo em vista que deveria ser buscada uma interpretação da Convenção Americana *pro vítima* e, ao mesmo tempo, uma certa segurança jurídica:

“Sendo assim, a corte tem, de início, considerado, como supostas vítimas, em tais casos, ademais das pessoas *identificadas* pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos na petição apresentada à Corte, *as pessoas que podem ser identificadas*

²¹⁶ Lembre-se, neste ponto, que o conceito de *parte lesionada* para o juiz Cançado Trindade abrange não só as vítimas diretas, mas também as vítimas indiretas (ou *vítimas diretas lato sensu*, como o são os familiares das vítimas falecidas ou desaparecidas forçadamente) e as vítimas potenciais, o que corresponde a uma noção ampliada de vítima, segundo a construção jurisprudencial da Corte Interamericana, em interpretação do artigo 63(1) da Convenção Americana. (Cfr.: Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Interpretação da Sentença de Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2007. Série C No. 173. *Voto Razonado* do juiz A. A. Cançado Trindade. pars. 59-69)

²¹⁷ (Cfr.: Corte IDH. Caso Escher e outros v. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito e custas. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C No. 200. par. 82).

²¹⁸ Recorde-se que nos termos do artigo 1(2) da Convenção Americana, pessoa é o ser humano.

posteriormente, dado que as dificuldades encontradas em sua individualização levam a presumir que ainda há vítimas pendentes de determinação (Sentenças da Corte nos casos dos *Massacres de Plan de Sánchez, Mapiripán e Ituango*). Para superar ditas dificuldades, a Corte tem considerado como supostas vítimas algumas pessoas cujos nomes derivam de documentos outros que a petição a ela apresentada pela Comissão Interamericana. A Corte tem, em mais de uma ocasião, solicitado à Comissão a correção de tais defeitos pela provisão de listas de supostas vítimas *identificadas posteriormente* à apresentação da petição”.²¹⁹ (Tradução livre – destaques no original).

E prossegue ainda o citado autor:

“A Corte Interamericana tem, ademais, ordenado ao Estado demandado *individualizar e identificar* as vítimas e seus familiares para o propósito das reparações. A Corte tem tomado estas medidas à luz do direito aplicável (a Convenção Americana e seu Regulamento), tendo presentes as complexidades de cada caso, e assegurando que o direito de defesa das partes tenha sido respeitado (no momento processual correspondente), e que as supostas vítimas posteriormente identificadas guardem relação com os fatos descritos na petição ou demanda e as provas apresentadas ante a corte (Sentenças da Corte nos casos *Goiburú e outros*, e dos *Massacres de Ituango*). No exercício do seu dever de proteção, a Corte tem considerado apropriado proceder deste modo, em casos revelando uma pluralidade de supostas vítimas, sobretudo no recente ciclo de casos de massacres”.²²⁰ (Tradução livre – destaques no original)

Como reflexo desse processo de evolução, ampliação e coletivização do conceito de *vítima direta*, no bojo da reforma do sistema interamericano ocorrida no final de 2009²²¹, o artigo 35(2) do quinto Regulamento da Corte permite que a Comissão, ao apresentar o relatório a que se refere o artigo 50 da Convenção, justifique a impossibilidade de identificar alguma ou algumas supostas vítimas dos fatos do caso, por se tratar de violações massivas ou coletivas, ficando ao encargo da Corte decidir se irá considera-las como vítimas.

No que se refere ao segundo aspecto, enquanto a Corte Europeia de Direitos Humanos concentra sua prática em uma interpretação mais restritiva do artigo 41 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, outorgando reparações, precipuamente, de cunho pecuniário²²², a

²¹⁹ CANÇADO TRINDADE, A. A. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: memórias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. ps. 341-342.

²²⁰ *Idem*, p. 342.

²²¹ Aprovado no LXXXV Período Ordinário de Sessões, celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.

²²² É interessante notar que a Corte Europeia tem demonstrado a intenção, em certos casos, de mudar esta orientação jurisprudencial tradicional. Diana Contreras-Garduño e Sebastiaan Rombouts indicam que esta mudança pode ser encontrada nos casos *Assanidze v. Geórgia e Ilasco v. Moldávia*, sendo ambos os casos relacionados com detenção ilegal e também nos casos

Corte Interamericana ampliou o alcance do artigo 63(1) da Convenção Americana, aplicando, simultaneamente, reparações nas modalidades de restituição, indenização, satisfação, reabilitação e garantias de não repetição, em uma dimensão individual ou coletiva ou ainda combinando ambas as dimensões, de acordo com cada caso concreto²²³.

Entretanto, Diana Contreras-Garduño e Sebastiaan J. Romboult alertam para vários problemas conceituais que as reparações coletivas enfrentam:

“Deve-se levar em consideração que reparações individuais parecem ser as mais apropriadas para casos envolvendo um pequeno número de vítimas e seus parentes, e que por outro lado reparações coletivas parecem ser as soluções mais apropriadas apenas em casos envolvendo grandes grupos de vítimas individuais. O primeiro problema conceitual ao se fazer esta distinção básica é a relutância em se aceitar 'vítimas coletivas' ou 'grupos' como detentores de direitos humanos. Em segundo lugar, o reconhecimento das vítimas coletivas implica que cada membro do grupo deveria receber reparações, independentemente do grau de sofrimento individual suportado. Isto trás o problema da distribuição justa das reparações, bem como a questão de cada pessoa solicitando a reparação ter adequadamente arcado com o ônus da prova. Em terceiro lugar, há o problema conceitual sobre os tipos de direitos cujas violações mais frequentemente levam a reparações coletivas. Neste ponto, a linha de críticas mais significativa aos programas de reparações coletivas implementados no Peru e no Marrocos é que as reparações coletivas podem ser encaradas como uma forma de contrabandear a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em outras palavras, a crítica é que o uso de reparações coletivas é feito, não como um meio de prover uma solução mais efetiva para direitos humanos de primeira geração já existentes e bem estabelecidos, mas ao invés disso, como uma forma de se trazer direitos novos e talvez ainda não suficientemente estabelecidos, e direitos que talvez inerentemente precisem de um amplo programa legislativo social, sob o controle de juízes (internacionais).”²²⁴ (Tradução livre)

Sem dúvida, essas três objeções reunidas por Diana Contreras-Garduño e Sebastiaan J. Romboult resumem a concepção de direitos humanos da doutrina tradicional. No entanto, em relação à primeira, relativa à resistência em se admitir

Broniowski v. Polônia e Hutten-Czapska v. Polônia, ambos sobre a privação coletiva de direitos. Nestes casos, a Corte europeia declarou expressamente que às vezes a compensação é um meio inadequado ou insuficiente para reparação de violações de direitos humanos. (Cfr.: CONTRERAS-GARDUÑO, Diana. ROMBOULTS, Sebastiaan j. Collective Reparations for Victimized Indigenous Communities: Exemples of Human Rights Violations before the Inter-American Court of Human Rights. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Ano 2011, v. 11, n. 11, p. 77. nota 21).

²²³ As reparações coletivas são amplamente utilizadas pela Corte Interamericana nos casos de povos indígenas e tribais, tendo como tema de fundo não só massacres e deslocamentos forçados, mas também reclamos de territórios ancestrais, como será examinado mais detidamente no Capítulo 4 deste trabalho.

²²⁴ CONTRERAS-GARDUÑO, Diana e ROMBOULTS, Sebastiaan. Collective Reparations for indigenous communities before the Inter-American Court of Human Rights. in: *Merkourios – Criminal Justice and Human Rights*. v. 27 2010. P. 10.

vítimas coletivas como titulares de direitos humanos, é necessário reconhecer que os grupos de pessoas já possuem direitos de dimensão coletiva e, em muitos casos, as coletividades humanas não se confundem com a mera soma de indivíduos vitimizados. Já em relação à segunda e terceira objeções, a casuística da Corte Interamericana, bem como o julgamento piloto do Tribunal Penal Internacional no caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*²²⁵, que será analisado a seguir, demonstram que em casos de graves e sistemáticas violações de direitos humanos, as preocupações devem voltar-se mais aos esforços de reconstrução e reconciliação nacional bem como à reparação das vítimas que às questões de ônus da prova e velhos obstáculos sobre a judiciabilidade de direitos econômicos, sociais e culturais.

Enfim, sustento que deve haver uma correlação lógica entre as figuras das supostas vítimas, vítimas e partes lesionadas beneficiárias das reparações ordenadas pela Corte. Não me parece juridicamente correto reparar os efeitos coletivos de danos sofridos por coletividades sem o devido reconhecimento de que esta coletividade é a vítima do direito violado e que sofre coletivamente com os efeitos desta violação. As vítimas coletivas devem ser consideradas não apenas como partes lesionadas beneficiárias de reparações coletivas, mas também como titulares dos direitos humanos que a sentença venha a declarar como violados.

2.3.3

As Petições Coletivas no Plano do Sistema de Reparções às Vítimas de Crimes de Competência do Tribunal Penal Internacional

Ao fazer um balanço histórico do papel das vítimas perante os tribunais internacionais penais *ad hoc* que precederam à criação do Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma, em 1998, Norbert Ehrenfreund ressalta que desde os julgamentos de Nuremberg, após a Segunda Guerra Mundial, até à criação dos Tribunais para a Ex-Iugoslávia e Ruanda na década de 1990, a atenção

²²⁵ Neste caso, que é a primeira decisão condenatória do Tribunal Penal Internacional, a Corte responsabilizou penalmente Thomas Lubanga Dyilo por ter recrutado crianças menores de quinze anos como soldados e tê-las utilizado, ativamente, nas hostilidades na República Democrática do Congo (*Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842).

destas cortes era focada nos crimes cometidos pelos réus e na punição destes e não no direito de reparação das vítimas dos crimes cometidos.²²⁶

Segundo o mencionado autor:

“Depois da guerra, os sobreviventes do Holocausto estavam em grande necessidade, não apenas de bens materiais e dinheiro mas, mais importante, de alívio para os seus sofrimentos físicos e mentais. Milhares de sobreviventes estavam sendo tratados em hospitais. Muitos não sobreviveram e entre aqueles que sobreviveram, milhares sofriam profunda depressão. A Carta de Londres não deu qualquer orientação para ajudar as vítimas, com exceção de uma disposição que dava à corte o direito de ordenar o retorno de propriedades roubadas tomadas por qualquer condenado. Esta era a única referência à reparações”. (Tradução livre)²²⁷

Ainda de acordo com Norbert Ehrenfreund, os Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda tiveram avanços, porém, à semelhança de Nuremberg, não incluíram nenhuma disposição específica para a reabilitação das vítimas:

“O estatuto do Tribunal para ex-Iugoslávia, além de seguir o precedente de Nuremberg, capacitando a corte a ordenar o retorno de propriedades roubadas, deu um passo adicional em direção à ajuda das vítimas e ao reconhecimento de seus direitos: ‘O trabalho do Tribunal Internacional deve ser realizado sem prejuízo do direito das vítimas a busca, através de meios apropriados, de compensação pelos danos incorridos como resultado de violações do direito internacional humanitário.’ Este não foi um passo gigante. Simplesmente foi dado às vítimas o direito de buscar ajuda através de outros meios. Mas foi um passo em frente que deu sanção oficial ao direito das vítimas. A frase ‘compensação por danos’ podia ser interpretada para incluir danos por sofrimentos médicos e psicológicos. O estatuto que criou o Tribunal Internacional Penal para Ruanda em 1998 (*sic.*) continha uma linguagem similar.²²⁸ (Tradução livre)

Já o Tribunal Penal Internacional foi concebido como uma jurisdição permanente com a finalidade de proceder ao julgamento de indivíduos responsáveis pela prática dos mais graves crimes internacionais, assim considerados o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão²²⁹, previstos nos artigos 5º. a 8º. do Estatuto de Roma.

²²⁶ EHRENFREUND, Norbert. *The Nuremberg Legacy: how the nazi war crime trials changed the course of history*. ob. cit. ps. 108-110.

²²⁷ *Idem*, p. 108.

²²⁸ *Idem*, ps. 108-109.

²²⁹ Em 11 de junho de 2010, a Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, realizada em Kampala (Uganda), adotou, por consenso, os artigos 8º. *Bis*, 15 *bis* e 15 *ter*, contendo a definição para o crime de agressão, assim como as condições de procedibilidade eo regime pelo qual o Tribunal exercerá sua jurisdição sobre este crime. Como condição para entrada em vigor do que

Um dos enormes passos dados pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi o reconhecimento do *jus standi* das vítimas e seus familiares de comparecerem perante o Tribunal, em todas as etapas do procedimento, não apenas na condição de testemunhas, mas também como partes no processo para apresentar suas observações e argumentos e reivindicar reparações pelos danos causados pelo réu, após este ser condenado²³⁰.

Para qualificar-se como parte e, desta forma, participar do procedimento perante o Tribunal, basta que o interessado se dirija à Corte pessoalmente, através de um representante legal ou ainda por meio do Escritório de Assistência Judiciária às Vítimas (*Office of Public Counsel for Victims – OPCV*), com o apoio da Seção de Participação das Vítimas e Reparações (*Victims Participation and Reparations Section - VPRS*) da Secretaria.

As solicitações podem ser feitas, mediante o preenchimento de um formulário que traz o mínimo de exigências quanto à identificação civil da vítima, tendo em conta a situação dos fatos do caso e seus reflexos na vida do demandante. Por exemplo, se não for possível informar o nome completo, basta indicar o apelido e se não houver um endereço permanente, basta indicar o nome do campo de refugiados onde reside naquele momento²³¹.

O cometimento de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, por definição, gera, inexoravelmente, danos a centenas de milhares de vítimas diretas e indiretas. Nestes casos, emerge a discussão acerca do reconhecimento de vítimas coletivas em juízo. De início, a Regra 85 do Regulamento de Procedimento e Provas traz no conceito de *vítimas* a inclusão de pessoas naturais (ou físicas) e pessoas morais (ou jurídicas), sendo que estas

foi decidido em Kampala, é que este crime não poderá ser julgado pelo Tribunal até a ratificação das emendas por pelo menos 30 Estados Partes e que, depois de 1º de janeiro de 2017, seja tomada uma decisão por dois terços dos Estados Partes para que o Tribunal possa iniciar o exercício de sua jurisdição sobre este crime.

²³⁰ Confira os artigos 15(3), 19(3), 68, 75, 79, 82(4), 110(4)(b) do Estatuto de Roma e as Regras 85, 86, 97 e 98 do Regulamento de Procedimentos e Provas, nos quais constam as disposições acerca do papel das vítimas perante o Tribunal Penal Internacional.

²³¹ Cfr. “Les Victimes devant la Cour Pénale Internationale: Guide d’Information sur la Participation des Victimes aux Procédures de la Cour. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/structure%20of%20the%20court/vitms/participation/boclet/?lan-fr-FR>. Acessado em 08/03/2014. Confira-se também nesse sentido, no caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, os documentos elencados pelo Tribunal que podem ser utilizados para identificação dos interessados em qualificar-se como vítimas, levando-se em consideração as dificuldades em se obter ou produzir cópias de documentos de identidade oficiais por razões e circunstâncias fáticas que fogem ao seu controle. (ICC-01/04-01/06. Decisão de 18 de janeiro de 2008. para. 8.7 e 88).

últimas são apenas consideradas como vítimas diretas, enquanto que as primeiras podem ser identificadas como vítimas diretas ou indiretas, nos seguintes termos:

“Para os fins do Estatuto e do Regulamento de Procedimento e Provas:

- a) Por ‘vítimas’ se entenderá as pessoas naturais que tenham sofrido um dano como consequência do cometimento de algum crime da competência do Tribunal;
- b) Por ‘vítimas’ poderá entender-se também as organizações ou instituições que tenham sofrido dano direto a algum de seus bens que esteja dedicado à religião, à instrução, às artes, às ciências ou à beneficência e a seus monumentos históricos, hospitais e outros lugares e objetos que tenham fins humanitários”. (Tradução livre).

Essa regra, entretanto, é complementada com os Princípios Básicos de 1985 e os Princípios e Diretrizes de 2006, referidos na subseção inicial deste capítulo, por incluírem nesta definição as *vítimas* em dimensão coletiva.

Em matéria de reparações, por conseguinte, a regra 97(1) do Regulamento de Procedimento e Provas do Tribunal prevê, expressamente, a possibilidade da outorga de reparações coletivas, nos seguintes termos:

“O Tribunal, tendo em conta o alcance e a magnitude do dano, prejuízo ou lesão, poderá conceder uma reparação individual ou, quando o considere pertinente, uma reparação coletiva ou ambas.”

Sendo assim, ao final, a sentença condenatória pode fixar reparações a serem pagas pelo condenado ou por intermédio do Fundo Fiduciário em Benefício das Vítimas²³². Nesse sentido, e em decorrência da abrangência do sofrimento e das consequências dos graves crimes de competência do Tribunal, as vítimas podem ser indenizadas coletivamente.

No julgamento piloto realizado no caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, de 07 de agosto de 2012, a Câmara de Julgamento I (*Trial Chamber I*) estabeleceu os princípios e procedimentos a serem aplicados em fase de reparações às vítimas, com suporte nas diretrizes delineadas pela jurisprudência das Cortes regionais interamericana e européia, mas também com elementos inovadores trazidos da experiência de Estados que promoveram programas de reconciliação nacional e reparações coletivas de vítimas.

²³² Para um estudo detalhado acerca do Fundo Fiduciário em Benefício das Vítimas, confira: SANTOS, Thomaz Francisco Silveira de Araújo. ob. cit. ps. 113-162.

Nesse caso, em que o réu, Thomas Lubanga Dyilo, foi condenado pelo crime de recrutamento de crianças soldados, foi amplamente discutida pela Câmara do Tribunal a questão dos conflitos de interesses que dividiam as vítimas do crime de guerra em questão (ou seja, os meninos e meninas recrutados como soldados) e as comunidades vitimadas pelos ataques destas crianças soldados, revelando a complexidade do tema de reparações coletivas.

Nesse diapasão, ficou registrado nesta decisão que:

“Dada a incerteza quanto ao número de vítimas dos crimes deste caso – ressalvado que um número considerável de pessoas foram afetadas – e o número limitado de indivíduos que se inscreveram para o recebimento de reparações, o Tribunal deveria garantir que haja uma abordagem coletiva que assegure que as reparações alcancem aquelas vítimas que estão atualmente não identificadas.

Reparações individuais e coletivas não são mutuamente excludentes, e elas podem ser concedidas concomitantemente. Ademais, as reparações individuais deveriam ser concedidas de uma forma que seja evitada a criação de tensões e divisões dentro das principais comunidades.

Quando as reparações coletivas são concedidas, estas deveriam visar o dano sofrido pelas vítimas em uma base individual e coletiva. O Tribunal deveria considerar o fornecimento de serviços médicos (incluindo cuidados psiquiátricos e psicológicos) em conjunto com a assistência relativa à reabilitação geral, moradia, educação e capacitação”.²³³ (Tradução livre)

Em síntese, a Câmara endossou um programa de implementação das reparações embasada em cinco passos, conforme proposto pelo Fundo Fiduciário em Benefício das Vítimas, cuja execução ficará ao encargo deste Fundo, em conjunto com a Secretaria, a OPCV e especialistas, e contará apenas com a supervisão do Tribunal, nos seguintes termos:

“Primeiro, o TFV [Fundo Fiduciário em Benefício das Vítimas], a Secretaria, a OPCV [Escritório de Assistência Judiciária às Vítimas] e os especialistas deveriam estabelecer quais localidades deveriam ser envolvidas no processo de reparações no presente caso (focando particularmente nos lugares referidos no julgamento e especialmente onde os crimes foram cometidos). Embora a Câmara tenha referido na Decisão do Artigo 74 a várias localidades em particular, o programa de reparações não está limitado àquelas que foram mencionadas. Em segundo lugar, deveria haver um processo de consulta nas localidades que são identificadas. Em terceiro lugar, deveria ser realizada uma avaliação do dano durante esta fase de consulta pelo time de especialistas. Em quarto lugar, deveriam realizados debates públicos em cada localidade, visando explicar os princípios e procedimentos de reparações, e abordar as expectativas das vítimas. O passo final é a coleta de propostas para reparações

²³³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Caso *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dilo*. Decisão de 07 de agosto de 2012. ICC-01/04-01/06. Pars. 219-221.

coletivas que serão desenvolvidas em cada localidade, as quais serão apresentadas à Câmara para aprovação.”²³⁴ (Tradução livre)

Em análise última, a experiência do Tribunal Penal Internacional em termos de reparações coletivas veio a superar qualquer resistência teórica ao reconhecimento de vítimas coletivas, dada a própria natureza dos crimes de sua competência, o grande número de pessoas e comunidades diretamente atingidas e a enorme extensão dos danos causados pelo cometimento destes crimes.

2.4

A Insuficiência das Bases Doutrinárias Modernas dos Direitos Humanos para o Reconhecimento das Coletividades como Sujeitos de Direitos

Ao tratar da questão dos direitos humanos coletivos na teoria política, Michael Freeman observa a dificuldade enfrentada pelas teorias liberais (referindo-se, principalmente, a Locke e Rousseau), fundadoras das bases ocidentais da concepção moderna dos direitos humanos, em abranger as coletividades como sujeitos titulares de direitos humanos.²³⁵

De acordo com o citado autor:

“A doutrina dos direitos humanos afirma dois princípios fundamentais do liberalismo Ocidental. O primeiro é que o indivíduo é a mais fundamental unidade moral. A segunda é que todos os indivíduos são moralmente iguais. Esses dois princípios expressam um compromisso do liberalismo igualitarista. Ademais essa doutrina pertence a um discurso internacional o qual também afirma dois princípios coletivistas. O primeiro é que os Estados são os agentes primários das relações internacionais. O segundo é que os Estados representam nações. A teoria liberal e o direito internacional reconciliam as reivindicações de indivíduos e Estados ao afirmar que os Estados são obrigados a respeitar os direitos humanos dos indivíduos. O status das nações é menos claro”²³⁶. (Tradução livre)

Analisando a questão posta por Michael Freeman, quanto à reconciliação da teoria liberal dos direitos humanos individuais em face do Direito Internacional, destaquei na seção inicial deste capítulo, a quebra de um primeiro paradigma, isto é, a perda da primazia do Estado como único sujeito do direito internacional com o conseqüente resgate do ser humano como sujeito de direito público subjetivo,

²³⁴ *Idem*, par. 282.

²³⁵ FREEMAN, Michael. Are there collective human rights? In: JONES, Peter (ed.). *Group Rights*. Farnham, England; Burlington, VT: Ashgate, 2009. p. 27.

²³⁶ *Ibidem*.

não apenas no plano do direito interno, mas também do direito internacional, graças ao reconhecimento da personalidade jurídica e da capacidade processual dos indivíduos, mesmo em demandas contra o seu próprio Estado de nacionalidade.

Por sua vez, o reconhecimento de direitos humanos coletivos, é um fenômeno da atualidade, irreconciliável não só com os fundamentos da tradição do liberalismo individualista como também com a idéia homogeneizada de unidade nacional. A coletivização dos direitos humanos implica, necessariamente, na quebra de um segundo paradigma, qual seja, no resgate das coletividades humanas como sujeitos de direito subjetivo público interno e internacional. Nesse sentido, a terceira seção deste capítulo demonstrou que, no plano da experiência internacional, apesar das resistências teóricas, o peticionamento coletivo já é uma realidade prática vivenciada pelos sistemas universal e regionais de proteção dos direitos humanos.

Ante o quadro prático de peticionamento por coletividades humanas no plano do direito internacional, traçado na seção anterior, os objetivos almejados nesta última seção do presente capítulo são precipuamente dois: Primeiramente, demonstrar a viabilidade da transposição da teoria dos interesses transindividuais desenvolvida no campo do Direito Processual Civil comparado para o processo internacional de proteção das vítimas coletivas de graves violações de direitos humanos, a fim de provar que as ferramentas coletivistas atualmente já existentes são instrumentos que podem ser aplicados também no âmbito processual internacional, desde que se esteja disposto a abandonar o enfoque liberal individualista dos direitos humanos. Em segundo lugar, estabelecer, com suporte na citada teoria, uma tipologia de coletividades humanas vitimadas capazes de beneficiar-se da ampliação da via processual internacional de defesa dos direitos humanos lesionados, em perspectiva coletiva.

2.4.1

A Teoria dos Interesses Transindividuais Aplicada ao Processo Internacional dos Sistemas de Proteção de Direitos Humanos

Neste passo, saliento que, do ponto de vista teórico, a partir da década de 1970 emergiram discussões de uma nova teoria filosófica sobre justiça e democracia no contexto dos Estados liberais. Esse debate eclode em 1971, com a

publicação da obra “Uma Teoria da Justiça” de John Rawls e, posteriormente, com os trabalhos de Dworkin. Em contraposição, alinham-se várias correntes doutrinárias identificadas como comunitaristas (Charles Taylor e Michael Walzer) ou multiculturalistas (Will Kymlycka).

Porém, é necessário advertir, de antemão, que essas não serão as teorias de base das discussões desenvolvidas neste trabalho, por duas razões principais: Em primeiro lugar, as citadas teorias não possuem um enfoque propriamente internacionalista, visto que as suas discussões são travadas no interior de Estados liberais, aproximando-se mais de um enfoque constitucionalista da questão. Em segundo lugar, tais teorias ocupam-se, principalmente da solução de conflitos entre grupos ou entre grupos e indivíduo pelo reconhecimento de direitos, o que não é o enfoque do presente trabalho, pois, nesta pesquisa, não será examinada a relação do indivíduo com o grupo opressor ou dos conflitos inter-grupos, mas sim da proteção internacional dos sujeitos coletivos de direitos humanos, ou seja, de grupos ou coletividades humanas vitimizados. Todavia, como o presente trabalho tangencia questões sobre pluralismo jurídico, retornarei a elas como fontes subjacentes desta reflexão.

Outrossim, dentre as teorias contemporâneas, destaco, como fechamento da análise proposta neste capítulo, a teoria dos interesses transindividuais, que permite a abordagem dos direitos humanos a partir da noção dos interesses individuais e coletivos. Ressalvo que a perspectiva da análise desta teoria nestas considerações finais não será a mesma de Joseph Raz que a utiliza para encontrar uma via de solução para os conflitos entre o individual e o coletivo no quadro de uma teoria política²³⁷. Nem tampouco será a mesma utilizada por Carlos Weis que empreende a compatibilização entre a teoria dos interesses transindividuais com as categorias de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e globais²³⁸. A minha perspectiva, neste tópico, é eminentemente processual.

As raízes históricas da teoria dos interesses transindividuais podem ser encontradas no aparecimento da sociedade de massa, como desdobramento da Revolução Industrial do século XIX. Porém, é na década de 1970 que encontra sua maior expressão, no plano do direito material estatal, conforme notado no capítulo precedente, pois os direitos humanos passaram a abranger não apenas os

²³⁷ RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

²³⁸ WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 3. Ed. S. Paulo: Malheiros, 2014.

direitos subjetivos de uma pessoa ou grupo determinado, mas também alcançaram os interesses de coletividades de pessoas indeterminadas e mesmo do próprio gênero humano. Entretanto, para dar efetividade a tais demandas, o campo do Direito Processual Civil precisou superar suas bases tradicionais liberais e individualistas, consoante leciona Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Em virtude dessa radical transformação da sociedade tradicional numa sociedade de massas, de tecnologia crescente, os valores alteraram-se, interesses de outra ordem afloraram e passaram a clamar por proteção. Dentre esses interesses ‘novos’, os ditos ‘coletivos’ receberam guarida e possibilidade de expansão no seio das associações, sindicatos, bem como foram criados novos instrumentos jurídicos, como os ‘contratos de massa’ e mesmo uma tutela jurisdicional específica no caso de conflitos de base trabalhista, reconhecendo-se a força normativa das decisões nos dissídios coletivos (...).”²³⁹

E prossegue ainda o mencionado autor, citando os doutrinadores italianos Mauro Cappelletti, Vincenzo Vigoriti, Massimo Villone e Anna De Vita:

“Constatou-se, por outro lado, a necessidade de tutela, também, a *outros interesses emergentes* ao interno da coletividade: os interesses ‘difusos’, isto é, aqueles que deparam a órbita dos grupos institucionalizados, pelo fato de que a *indeterminação* dos sujeitos concernentes não permite sua ‘atribuição’, em termos de exclusividade, a um titular definido. Aliás, são justamente esses ‘interesses em busca do autor’ os quais mais necessitam de tutela, porque são os mais desprovidos dela. E isso se deve porque, se eles se encontram em estado ‘fluido’ no processo social; se, porventura, ainda remanescem como ‘um personaggio assolutamente misterioso’, isso é o maior motivo para um esforço exegético no sentido de melhor identificá-los, a fim de atribuir-lhes um *espaço* próprio no universo dos interesses metaindividuais. Caso contrário, será toda uma rica parcela dos anseios e ideais mais profundos da comunidade que restará na obscuridade, à falta de instrumentos hábeis que os possam fazer valer junto aos centros de poder e decisão.”²⁴⁰

Por sua vez, Hugo Nigro Mazzilli, citando os processualistas italianos Mauro Cappelletti e Massimo Villone define que:

“Situados numa posição intermediária entre o *interesse público* e o *interesse privado*, existem os *interesses transindividuais* (também denominados de interesses coletivos, em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.

²³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. Ed. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 96.

²⁴⁰ *Ibidem*.

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática. Mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado.”²⁴¹

Tal como assinalado no capítulo anterior, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos contemporâneo, há normas que já asseguram certas conquistas de natureza claramente coletiva. No entanto, a reivindicação de sua plena efetivação ainda encontra resistências teóricas e dificuldades de ordem prática. Isso se deve não apenas ao fato da novidade de certas demandas, mas, principalmente, pela forte influência da referida tradição liberal de viés marcadamente individualista presente no momento histórico da construção dos principais tratados de direitos humanos e seus mecanismos de implementação.

Por esses motivos, afigura-se útil transpor para o Direito Internacional dos Direitos Humanos os mecanismos de defesa dos interesses transindividuais já sistematizados pelo Direito Processual Civil interno de vários países. Afinal, já é possível identificar, nas experiências de demandas coletivas que vem sendo aperfeiçoadas, principalmente, no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e no sistema de reparações às vítimas de crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, examinadas na seção anterior, algumas das características próprias do uso dos mecanismos de tutela de interesses transindividuais. Dentre as principais características, cito as seguintes:

Primeiramente, é notório que muitos dos casos que têm chegado ao Sistema Interamericano e ao sistema de reparações do Tribunal Penal Internacional ultrapassam a esfera do interesse meramente individual de uma vítima, alcançando grupos mais ou menos determinados, como são por exemplo, os casos de reclamos territoriais de povos indígenas e comunidades tradicionais e até mesmo de vítimas indetermináveis, tais como são os casos de massacres e deslocamentos forçados.

Em segundo lugar, a conflituosidade entre os próprios grupos de vítimas, que defendem anseios de reparações muitas das vezes divergentes, ficou patente,

²⁴¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente – consumidor – patrimônio cultural – patrimônio público e outros interesses*. 24. ed. S. Paulo: Saraiva, 2011. ps. 50-51.

por exemplo no caso piloto do Tribunal Penal Internacional (*The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*), no qual se confrontavam os interesses das comunidades vitimadas e seus próprios algozes, que, por sua vez, também eram vítimas do crime de recrutamento de crianças soldados²⁴².

Outra característica importante que deve ser destacada, é a existência da previsão de uma *legitimidade ad causam extraordinária* em favor de terceiras pessoas ou organizações não governamentais, que não sejam as próprias vítimas de violações dos direitos humanos, para peticionarem perante certos Comitês de órgãos de tratados das Nações Unidas²⁴³, os sistemas regionais de proteção²⁴⁴ e no processo de reparações perante o Tribunal Penal Internacional²⁴⁵. Nessa mesma linha de raciocínio, verifica-se ainda, como tendência, a outorga de mandados à organismos internacionais cada vez mais voltados à tutela de interesses coletivos, como é o caso, por exemplo, da Comissão Interamericana que passou a atuar no procedimento perante a Corte Interamericana não mais como parte, mas em nome da ordem pública interamericana dos direitos humanos²⁴⁶.

Ademais, a formação de fundos para prover reparações não somente na esfera individual, mas, sobretudo, em escala coletiva, é uma característica inerente à tutela coletiva de vítimas de casos de violações massivas de direitos humanos, como ocorre, por exemplo, com a constituição do Fundo Fiduciário em Benefício das Vítimas pelo Estatuto de Roma, assim como pela criação de fundos de desenvolvimento econômico e social determinada nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos envolvendo a violação de direitos de povos indígenas e tribais.

Por fim, a tutela coletiva de casos de graves violações de direitos humanos pode gerar economia processual e, conseqüentemente, desobstrução do sistema judiciário pela repercussão de um precedente desta natureza em situações

²⁴² Cfr.: *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-02/06), parágrafos 58, 179, 219, 220 e 221.

²⁴³ Fiz referência, na subseção 2.3.1, ao Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, ao Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência, ao Comitê dos Direitos da Criança, ao Comitê contra a Tortura e ao Comitê contra Desaparecimentos Forçados.

²⁴⁴ Vide as discussões da subseção 2.3.2 acerca da evolução do conceito de vítima direta nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

²⁴⁵ Vide a discussão, na subseção 2.3.3, acerca da outorga de reparações coletivas mesmo em benefício de vítimas que não se habilitaram no procedimento de reparações perante o Tribunal.

²⁴⁶ Vide, nesse sentido, os artigos 35.1.f) e 52.3 do atual Quinto Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

semelhantes futuras. No sistema interamericano, por exemplo, quando a Comissão decide referir um caso à Corte, toma em conta, dentre outros elementos, “a necessidade de desenvolver ou esclarecer a jurisprudência do sistema” e “o efeito eventual da decisão nos ordenamentos jurídicos dos Estados membros”.²⁴⁷ A Corte, por sua vez, tem desenvolvido, em sua jurisprudência recente, os conceitos de “controle de convencionalidade” e “autoridade da coisa interpretada”, fazendo repercutir suas decisões não só no plano interno do Estado demandado, mas também dos demais Estados partes da Convenção Americana²⁴⁸. Do ponto de vista prático-processual, portanto, a defesa das coletividades vitimadas em casos de graves violações de direitos humanos, encontra alternativas na teoria dos interesses transindividuais.

Em análise última, não poderia deixar de fazer menção ao Tribunal Permanente dos Povos (TPP) como exemplo institucionalmente organizado da viabilidade processual de julgamentos internacionais sobre fatos que envolvam graves violações dos direitos dos povos, em que as vítimas coletivas são os seus protagonistas. O TPP foi criado na seção de encerramento do Tribunal Russel II sobre as ditaduras na América Latina (1976) e estabelecido em Bolonha em 1979. Fortemente inspirado na Declaração Universal sobre o Direito dos Povos (Argélia, 1976), embora seja um Tribunal de opinião, percebe-se como suas sentenças de cunho ético e moral bem poderiam ser ditadas por uma jurisdição internacional sem qualquer entrave procedimental.²⁴⁹

2.4.2

Uma Proposta de Tipologia de Coletividades-Sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Visto a aplicabilidade da teoria dos interesses transindividuais na prática processual internacional em matéria de graves violações de direitos humanos, esta

²⁴⁷ Vide artigo 45, c) e d) do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009.

²⁴⁸ Sobre os temas do controle de convencionalidade e da autoridade da coisa interpretada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vide o *voto razonado* do juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, in: CorteIDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México* Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010 Série C N. 220.

²⁴⁹ Conferir a respeito do Tribunal Permanente dos Povos: http://www.internazionaleleliobasso.it/?page_id=207, acessado em 27/04/2015.

mesma teoria também pode ser útil para o mapeamento e construção de uma tipologia aberta capaz de identificar, em circunstâncias concretas, as coletividades humanas como sujeitos no plano do Direito Internacional, a fim de aplicar, em favor destas, seus mecanismos de proteção e reparação.

Considerando a origem do liame entre os sujeitos da relação jurídica, os interesses transindividuais podem ser:

- (1) *interesses coletivos em sentido estrito*, “se o que une *interessados determináveis* é a circunstância de compartilharem *a mesma relação jurídica indivisível*”,
- (2) *interesses difusos*, “se o que une *interessados indetermináveis* é a *mesma situação de fato*, mas o dano é *individualmente indivisível*”;
- (3) *individuais homogêneos*, “se o que une *interessados determináveis*, que compartilham *interesses divisíveis*, é a *origem comum da lesão*”;²⁵⁰

À luz dessa classificação, para os fins a que nos neste trabalho, as coletividades humanas podem ser compreendidas como:

- (1) O grupo de pessoas determináveis unidas entre si por um vínculo jurídico²⁵¹,

²⁵⁰ Confira MAZZILLI, Hugo Nigro. ob. cit. p. 51. Tal como consta do artigo 81 da lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor brasileiro): “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

²⁵¹ Como por exemplo, as vítimas de violações do direito de reunião, associação *lato sensu* ou sindicalização.

- (2) O grupo de pessoas determináveis ou indeterminadas unidas por um vínculo fático de natureza nacional, cultural, étnica, racial, religiosa ou decorrente de qualquer outro tipo de padrão discriminatório²⁵²,
- (3) O grupo de pessoas indeterminadas unidas entre si por circunstâncias fáticas geradoras de uma violação em massa de direitos humanos²⁵³.

Em que pese todos os avanços práticos com exemplos elencados neste capítulo, porém, na perspectiva teórica, volto ao problema de base desta seção, pois os fundamentos das teorias tradicionais do direito internacional e dos direitos humanos não comportam as coletividades humanas como sujeitos de direitos.

²⁵² Como por exemplo, as vítimas de crime de genocídio ou de qualquer outra violação ao princípio de igualdade e não discriminação.

²⁵³ Como por exemplo, as vítimas de crimes contra a humanidade, de guerra e as vítimas de grandes desastres ambientais, as quais podem enquadrar-se, ou não, no conceito estatutário de *refugiados*.

Parte II

A Proteção Internacional dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas na América Latina

3 Os Povos Indígenas Latino-Americanos como sujeitos do Direito Internacional

3.1 Considerações Iniciais

Retomando os conceitos e a tipologia propostos na última seção do capítulo anterior, é possível notar que são inúmeras as coletividades humanas que poderiam ser consideradas como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. No entanto, faz-se necessário um recorte teórico, concentrando-se o presente estudo no resgate da subjetividade jurídica coletiva dos povos indígenas latino-americanos, para o aprofundamento teórico da defesa do reconhecimento de sua personalidade e capacidade jurídicas internacional em matéria de direitos humanos coletivos, pelas razões metodológicas que se passa a expor.

Para que não reste a impressão errônea de que o presente trabalho menospreza a importância do reconhecimento de outras coletividades humanas como sujeitos do Direito Internacional, o presente estudo buscou atender a três razões de natureza metodológica, que justificam a escolha dos povos indígenas

latino-americanos²⁵⁴ como protagonistas desta pesquisa, consoante se passa a explicar.²⁵⁵

Dentre as vítimas coletivas mapeadas na tipologia aberta proposta na quarta seção do capítulo anterior, elegi aquelas integrantes do grupo (2), a saber:

- (2) O grupo de pessoas determináveis ou indeterminadas unidas por um vínculo fático de natureza nacional, cultural, étnica, racial, religiosa ou decorrente de qualquer outro tipo de padrão discriminatório,

No entanto, mesmo que se trace um recorte étnico-cultural, para se delimitar o presente estudo na categoria de vítimas do grupo (2), o estudo de Will Kymlicka²⁵⁶ faz um alerta sobre a diversidade desses padrões existentes, os quais o autor logra dividir em “multinacional” e “poliétnico”. O primeiro (multinacional) se refere à coexistência de mais de uma nação no mesmo Estado, devido a uma ocupação territorial involuntária (invasão, cessão, anexação²⁵⁷ ou colonização²⁵⁸) ou voluntária (federalização), entendendo-se “nação” em um sentido mais relacionado aos conceitos de “povo” e “cultura”. Já o padrão

²⁵⁴ A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que, como veremos mais adiante neste capítulo, são as duas principais normas sobre o tema, utilizam genericamente o termo “povo”. Por sua vez, muitos dos casos levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizam o termo “comunidade” para designar a coletividade vitimada, como examinaremos no capítulo seguinte. Diante dessa diferença terminológica, é necessário precisar, desde já, que, para os fins da presente pesquisa, denominaremos “povo” como sendo a nação indígena a qual a “comunidade” (aldeia ou tribo) indígena pertence. Os “povos” (ou “nações”) indígenas distinguem-se entre si, em geral, pelo tronco lingüístico ao qual pertencem. Já as “comunidades” (“aldeias” ou “tribos”) indígenas que integram estes “povos” ou “nações” distinguem-se pelo espaço territorial a que estão intrinsecamente ligados todos os elementos sociais, políticos, econômicos e culturais formadores de sua cosmovisão. As normas de direito internacional e de direito interno utilizam como sinônimos ao termo índio, para designar os membros destes povos, os termos indígena, autóctone, nativo, aborígene, silvícola, dentre outros igualmente genéricos.

²⁵⁵ Outra razão que deve ser explicitada, ainda que em uma nota de rodapé, é de ordem pessoal. A pesquisadora tem sua visão de mundo construída a partir da realidade do Estado do Amazonas e compreende a importância deste estudo para os povos que habitam a região desde tempos imemoriais. Refira-se também que esta pesquisa é financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas, no Programa de Formação de Doutores em Áreas Estratégicas – PDAEST/AM/CNPq, e, por esta razão, pretende trazer uma contribuição científica relevante para a região amazônica.

²⁵⁶ KYMLICKA, Will. Federalismo, nacionalismo y multiculturalismo. *In: RIFP*. n. 7, ano 1996. ps. 21-22.

²⁵⁷ Nestes três termos, incluo também as questões relacionadas com as minorias nacionais européias surgidas a partir dos conflitos sobre a unidade nacional e o redimensionamento de fronteiras, notadamente ocorridas do final do século XIX até a Segunda Guerra Mundial.

²⁵⁸ Neste termo quero ressaltar principalmente a questão colonial ameríndia.

“poliétnico” está relacionado com a imigração²⁵⁹ ou a escravidão, nos quais os grupos humanos não são assimilados pela cultura predominante, por razões voluntárias ou involuntárias (tal como a segregação racial). De fato, o autor nota ainda que ambos os padrões podem estar justapostos nos Estados contemporâneos.

Em segundo lugar, ainda que esta pesquisa estivesse restrita ao estudo do padrão multinacional, dedicando-se às coletividades que se identificam como parte de povos indígenas, a multiplicidade de enfoques persistiria, pois os dados atualmente disponíveis demonstram que estes povos constituem cerca de seis por cento da população mundial, ou cerca de trezentos e setenta milhões de pessoas, organizados em mais de cinco mil grupos em setenta e dois países, distribuídos em todas as regiões habitadas do globo, representando oitenta por cento da diversidade cultural mundial²⁶⁰.

Na América Latina, estima-se que a população indígena seja de aproximadamente cinquenta e dois milhões de pessoas, o que corresponde a onze por cento da população total da região. Em conjunto, somam-se cerca de quatrocentos povos indígenas distintos, que sobreviveram desde a conquista e colonização do território latino-americano. No entanto, enquanto em países como Bolívia e Guatemala, os indígenas representam mais de cinquenta por cento da população, em outros, como na Costa Rica, Brasil e Uruguai, este percentual é de menos de um por cento.²⁶¹

Diante dessa diversidade étnica, cultural e geográfica, são grandes as dificuldades de se delimitar o que se pode compreender pelo termo *indígena*²⁶² no plano do direito internacional, o que se tornou evidente desde a discussão dos primeiros instrumentos internacionais sobre a matéria, optando-se,

²⁵⁹ Neste termo incluo também as questões relativas aos trabalhadores visitantes, aos imigrantes indocumentados e aos solicitantes de refúgio ou asilo na Europa ocidental e nos Estados Unidos da América.

²⁶⁰ Dados disponíveis em: <http://undesadspd.org/IndigenousPeoples.aspx>. Acessado em 07/06/2015.

²⁶¹ SIEDER, Rachel. Pueblos Indígenas y Derecho(s) em América Latina. in: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El Derecho en América Latina – un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*. Buenos Aires Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 304.

²⁶² Cfr.: BOWEN, John R. Should We Have a Universal Concept of ‘Indigenous Peoples’ Rights?: Ethnicity and Essentialism in the Twenty-First Century. In: *Anthropology Today*, v. 16, n. 04, 2000, ps. 12-16.

consequentemente, pela não adoção de um conceito preciso de “povos indígenas”.²⁶³

Embora se prescindia de um conceito para assegurar os direitos dos povos indígenas, hoje amplamente reconhecidos, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989)²⁶⁴ e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007)²⁶⁵ oferecem critérios que podem auxiliar na identificação de um determinado grupo humano como integrante de um “povo indígena”.²⁶⁶

De acordo com o estudo realizado pela Organização Internacional do Trabalho, visando a elaboração de um manual prático para a aplicação da Convenção n.º 169, e diante da diversidade de povos rotulados simplesmente como “indígenas”, buscou-se, antes de tudo, descrever as características gerais dos povos que se pretende proteger, as quais podem ser assim sistematizadas:²⁶⁷

São características objetivas: a) a continuidade histórica, ou seja, se são sociedades anteriores à conquista ou colonização; b) a conexão territorial, isto é,

²⁶³ Para a tentativa de conceituação de “povos indígenas” no plano do direito internacional e primeiros estudos sobre a delimitação de critérios de identificação, veja-se os documentos: Cobo (1986 e 1987). *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, prepared for the UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. UN Doc E/CN.4/Sub.2/1986/87. Disponível em: www.un.org/esa/socdev/unpfi; e Erica-Irene A. Daes (1996). *Working Paper on the Concept of “Indigenous People”*, prepared for the UN Commission on Human Rights, Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Working Group on Indigenous Populations. UN Doc E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2. Disponível em: <http://documents.un.org/simple.asp>.

²⁶⁴ Dispõe o artigo 1: “A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.” (destaque nosso) (International Labour Organization (1989). *The ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples*, 1989 (No. 169). Disponível em: <http://www.ilo.org>).

²⁶⁵ ONU, Assembléia Geral, (2007). *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, UN Doc A/RES 61/295. Disponível em: <http://www.ohchr.org> e <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi>.

²⁶⁶ OEA. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*: normas y jurisprudencia do Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Série Documentos Oficiais da OEA. 2010.

²⁶⁷ OIT, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales em la Práctica*: una guía sobre el Convenio n.º 169 de la OIT. PRO 169. Departamento de Normas Internacionais do Trabalho. 2009. p. 10.

se seus ancestrais habitavam o país ou a região antes da conquista ou colonização, e c) as instituições políticas, culturais, econômicas e sociais distintas daquelas presentes na sociedade em geral. Já a consciência da auto-identificação do grupo como pertencente a um “povo indígena” é uma característica subjetiva fundamental.

Outro elemento fundamental para essa identificação, que deve ser agregado às características anteriores, é a experiência de condições de sujeição, marginalização, desapossamento, exclusão ou discriminação, referido pelo estudo realizado no âmbito das Nações Unidas pelo Grupo de Trabalho sobre Povos Indígenas²⁶⁸, o que reflete nos altos índices de extrema pobreza desses povos²⁶⁹.

Os indígenas representam os setores mais pobres e excluídos da população latino-americana, pois, como afirma Rachel Sieder:

“Como consequência do despojo histórico de suas terras e a exploração escravista de sua mão-de-obra durante os passados coloniais e republicanos, sofrem uma aguda marginalização econômica, social política e cultural. Apesar de constituírem apenas 11% da população da América Latina, de 40% do total da população que vive em situação de pobreza na região, cerca de 20 a 25% são indígenas, que constituem um percentual ainda mais alto dentro dos 17% do total da população latino-americana que vive em extrema pobreza. (...)”²⁷⁰(Tradução livre)

E prossegue a citada autora:

“Quando desagregamos as estatísticas, os índices de exclusão são ainda mais altos para as mulheres e crianças indígenas. Os indígenas também são vítimas do racismo e da discriminação na vida cotidiana e dentro das instituições do Estado, por exemplo em escolas, hospitais ou tribunais. Estas dinâmicas afetam especialmente o número crescente de indígenas que vivem nas cidades latino-americanas (mais da metade dos onze milhões que habitam o continente vivem em zonas urbanas). Ademais, sofrem de múltiplas formas de violência e perseguição, as quais estão diretamente relacionadas com padrões dominantes de desenvolvimento econômico como a exploração acelerada dos recursos naturais (petróleo, minerais, madeira e recursos biogênicos), a construção de estradas e represas, a exploração agroindustrial e a colonização agrícola. Todas estas atividades têm um impacto muito danoso nas formas de vida dos povos e, por conseguinte, em suas possibilidades de sobrevivência, particularmente nas terras baixas”²⁷¹ (Tradução livre)

²⁶⁸ ONU. Conselho Econômico e Social. Comissão de Direitos Humanos. Subcomissão sobre a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias. Grupo de Trabalho sobre Povos Indígenas: *Working Papers by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of indigenous people*. Documento ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junho de 1996, ps. 69-70.

²⁶⁹ Cfr. dados disponíveis em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii>.

²⁷⁰ SIEDER, Rachel. ob. cit. p. 305.

²⁷¹ *Ibidem*.

Sob essas premissas, é importante deixar consignado que os *indígenas* a que se refere o presente trabalho são apenas os habitantes originários da América Latina, considerando-se como referencial de tempo o encontro entre os povos europeu e ameríndio, ocorrido na era moderna, pois, como esclarece Rodolfo Stavenhagen, ainda que consideremos as características objetivas da continuidade histórica e da conexão territorial, o fenômeno das migrações humanas dificultam a identificação dos limites temporais da ocupação ancestral do território:

Nessa linha de raciocínio, o referido autor descreve que:

“Ao longo da história das grandes migrações humanas desde sua origem na África meridional, os povos foram se separando mas também voltavam a fazer contatos e a encontrar-se. Assim, alguns grupos se caracterizam por uma ocupação contínua milenar do território, enquanto que a de outros é mais recente. Os bosquímanos do deserto do Kalahari, cuja composição genética se assemelha mais a dos primeiros homínidos, se identificam hoje com os primeiros ocupantes daquelas terras, enquanto que os grupos bantus e zulus, que hoje constituem a maioria demográfica da África do Sul, chegaram procedentes do norte faz apenas alguns séculos, pouco antes de que desembarcassem por ali os primeiros europeus. Os maori da Nova Zelândia chegaram a estas ilhas faz uns setecentos anos, procedentes da Polinésia, uns quatro séculos antes dos primeiros europeus. Quando estes chegaram às costas da América pela primeira vez, este continente já havia sido povoado há milhares de anos por diversas correntes migratórias procedentes da Ásia. A suposta ocupação originária e ininterrupta de um território é um dos critérios utilizados mais frequentemente para distinguir os povos indígenas hoje em dia.”²⁷²

E prossegue ainda Rodolfo Stavenhagen afirmando que:

“Na época moderna, o debate sobre os povos indígenas foi desencadeado à raiz do primeiro contato que teve a Europa do período dos ‘grandes descobrimentos’ com os habitantes de ultramar, começando pelo uso desafortunado do vocábulo ‘índios’ para descrever os ‘naturais’ destas terras. No século XVI se desatou na Espanha uma grande disputa acerca de como a Coroa devia tratá-los, controvérsias nas quais intervieram Sepúlveda, Las Casas e outros, e se atribui a Francisco de Vitória a paternidade do moderno direito internacional das gentes. Pouco se sabe, em contrapartida, das disputas que, sem dúvida, houve entre os indígenas acerca de como interpretar e como tratar os pálidos invasores que sem mais se apropriaram dos territórios, bens e riquezas dos naturais, sem mais argumento convincente que o cavalo, o arcabuz, e a cruz.”²⁷³

²⁷² STAVENHAGEN, Rodolfo. Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos. in: BERRAONDO, Mikel (ciird.). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. p. 21.

²⁷³ *Ibidem*.

A definição desse marco histórico e geográfico permite, por conseguinte, que se busquem as teorias de base do presente trabalho nos textos dos justicólogos espanhóis e portugueses da Escola Ibérica da Paz, nos séculos XVI e XVII, que davam tratamento aos povos indígenas como autênticos sujeitos do nascente Direito Internacional moderno e desenvolviam outros argumentos, que não eram “o cavalo, o arcabuz e a cruz”, para forçar as Coroas ibéricas a um exame de consciência sobre o processo colonial então em curso.

A terceira razão de ordem metodológica, enfim, relaciona-se com o fato de que muitos dos direitos dos povos indígenas são, claramente, direitos humanos coletivos cujo gozo e exercício não se restringem aos seus membros, individualmente. Pelo contrário, são direitos de titularidade do grupo em si mesmo e cuja prática deve ser coletiva, não fazendo sentido para estas sociedades tradicionais que o exercício de certos direitos, tais como aqueles referentes à posse e o uso do território ancestral e do patrimônio imaterial, seja feito isoladamente, por membros individuais do grupo. O respeito à identidade cultural coletiva dos povos indígenas já se revela em várias fontes normativas e jurisprudenciais contemporâneas, a saber:

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989) elencam inúmeros direitos de titularidade do próprio grupo, fazendo menção expressa aos seus direitos coletivos à autodeterminação, posse e uso do território e recursos naturais, preservação de seus costumes e tradições, bem como à consulta livre, prévia e informada em questões que envolvam seus interesses coletivos. De maneira mais objetiva, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) refere, logo em seu artigo 1º., que:

“Os indígenas têm direito, a título coletivo ou individual, ao pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o direito internacional dos direitos humanos.”

Por sua vez, o Comitê do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão de tratado responsável pela supervisão e implementação do respectivo Pacto Internacional das Nações Unidas (PIDESC), em sua função interpretativa, teve a oportunidade de emitir dois comentários gerais a respeito do artigo 15 deste instrumento que trata do direito à cultura em vários aspectos.

No Comentário Geral nº. 17 (2005), o citado Comitê interpretou que o direito de “beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor” (artigo 15, 1, c) também assiste aos povos indígenas, na qualidade de sujeitos coletivos²⁷⁴.

Em 2009, o *supra* citado Comitê emitiu sua Observação Geral nº. 21, a qual, em seu parágrafo 9, interpretou, particularmente, a expressão “toda pessoa” contida no artigo 15.1. a) do PIDESC, que garante o direito de participação na vida cultural, no sentido de que ela se refere tanto ao sujeito individual como ao sujeito coletivo o que, em outras palavras, significa dizer que uma pessoa pode exercer os direitos culturais individualmente, em associação com outras pessoas ou dentro de uma comunidade ou de um grupo, isto é, coletivamente, tal como ocorre nas sociedades indígenas.²⁷⁵

²⁷⁴ Nesse sentido, o parágrafo 32 afirma: “Con respecto al derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de los pueblos indígenas, los Estados deberían adoptar medidas para garantizar la protección efectiva de los intereses de los pueblos indígenas en relación con sus producciones, que a menudo son expresiones de su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales. Al adoptar medidas para proteger las producciones científicas, literarias y artísticas de los pueblos indígenas, los Estados Partes deberían tener en cuenta sus preferencias. Esa protección podría incluir la adopción de medidas para reconocer, registrar y proteger la autoría individual o colectiva de los pueblos indígenas en el marco de los regímenes nacionales de derechos de propiedad intelectual y debería impedir el uso no autorizado de las producciones científicas, literarias y artísticas de los pueblos indígenas por terceros. En la aplicación de esas medidas de protección, los Estados Partes deberían respetar, siempre que sea posible, el principio del consentimiento libre, previo y fundado de los autores indígenas en cuestión y las formas orales u otras formas consuetudinarias de transmisión de la producción científica, literaria o artística y, de proceder, deberían velar por que los pueblos indígenas administren de forma colectiva los beneficios derivados de sus producciones.” (ECOSOC, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº. 17, 35º. Período de Sessões, Genebra, de 07 a 25 de novembro de 2005, pars. 7, 8 e 32).

²⁷⁵ Dentre as pessoas e comunidades que requerem proteção especial, estão os povos indígenas. Nesse sentido, os parágrafos 36 e 37 afirmam: “36. Los Estados partes deben adoptar medidas para garantizar que el ejercicio del derecho a participar en la vida cultural tenga debidamente en cuenta los valores de la vida cultural, que pueden ser de carácter sólidamente comunitario o que solo pueden ser expresados y ejercidos como comunidad por los pueblos indígenas. La fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral, y comprende el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la pérdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural. Por lo tanto, los Estados partes deben tomar medidas para reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales y, en los casos en que se hubieren ocupado o utilizado de otro modo esas tierras o territorios sin su consentimiento libre e informado, adoptar medidas para que les sean devueltos. 37. Los pueblos indígenas tienen derecho a actuar colectivamente para que se respete su derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, la

Seguindo esta tendência transformadora, ocorrida no plano internacional em favor do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, nas últimas três décadas (1980-2010), as mudanças inseridas nos textos das Constituições da região, quanto ao tratamento das relações entre os povos indígenas e o Estado nacional, foram tão revolucionárias, como é o caso das experiências boliviana e equatoriana, que se mostraram capazes de promover uma autêntica ruptura com o paradigma de Estado Constitucional forjado durante a modernidade.

Sem dúvida, um dos temas mais candentes do Novo Constitucionalismo Latino-Americano é a questão da luta pelos direitos dos povos indígenas em uma perspectiva descolonizadora, assim entendida esta como sendo o reconhecimento da isonomia entre a cultura ocidental e a cultura dos povos ameríndios, com reformas que vão desde a inserção na Constituição de elementos inerentes à cosmovisão indígena, até o ponto do reconhecimento de Estados plurinacionais.

Assim, nas seções subsequentes deste capítulo, trataremos acerca desta onda transformadora da capacidade dos povos indígenas latino-americanos, de objetos a sujeitos do Direito Internacional, e com apoio no modelo teórico de *horizontes constitucionais* elaborado por Raquel Z. Yrigoyen Fajardo²⁷⁶, demonstraremos a inextrincável relação entre as reformas ocorridas no interior das constituições da América Latina e as conquistas do movimento indigenista no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Vale salientar que reservarei para o quarto capítulo, dando continuidade ao tratamento dessa tendência contemporânea de emancipação dos povos indígenas como sujeitos do direito internacional, o estudo da jurisprudência dos casos contenciosos da Corte Interamericana. Como o recorte deste trabalho é feito em relação aos povos indígenas da América latina, são estes mesmos povos os protagonistas destes casos. A Corte, apesar de certa oscilação, tem sido um tribunal extremamente inovador e garantista de direitos coletivos dos povos

literatura, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. Los Estados partes deben respetar también el principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todos los aspectos concernientes al ámbito de aplicación de sus derechos específicos.” (ECOSOC, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº. 21, 43º. Período de Sessões, Genebra, de 02 a 20 de novembro de 2009, pars. 9, 16,), 27, 36, 37, 49,d), 50, c), 53, 55, e) e 73).

²⁷⁶ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte Del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a La descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El Derecho en América Latina – un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*. Buenos Aires Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139.

indígenas, em si mesmos, em comparação com o Comitê de Direitos Humanos do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU (PIDCP), que interpreta os direitos humanos assegurados neste Pacto, em termos muito mais restritivos²⁷⁷.

O Comitê do PIDCP considera, por um lado, apenas os direitos individuais dos membros de comunidades indígenas, como direitos de minorias sob a proteção do artigo 27²⁷⁸. Por outro lado, por mais que admita, limitadamente, a aplicação para os indígenas do artigo 1º. do Pacto que trata da auto-determinação dos povos²⁷⁹, este direito não pode ser reclamado, autonomamente, mas somente como parâmetro de interpretação de outros artigos, como por exemplo, o 25 e o 27. Dessa forma, o direito à auto-determinação não pode ser reclamado por via do mecanismo de petições individuais, previsto no protocolo facultativo do Pacto, por ter natureza de direito coletivo.

Em análise última, sem este recorte teórico, nos moldes anteriormente assinalados, não seria possível, ainda que no bojo de um trabalho de tese, coletar as fontes primárias e secundárias de estudo, bem como eleger, coerentemente, as

²⁷⁷ SCHEININ, Martin. „Indigenous Peoples’ Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights“, in: CASTELINO, Joshua. WALSH, Niamh (ed.), *International Law and Indigenous Peoples* (Nijhoff, Leiden 2005), 3, 4-5.

²⁷⁸ Apesar do artigo 27 do PIDCP não empregar a expressão “povos indígenas”, os casos levados ao Comitê sob este artigo estão relacionados com reclamos destes grupos, classificados como minorias étnicas e com um modo de vida particular, com estreitos vínculos com a natureza. Nos termos do parágrafo 7 do Comentário Geral nº. 23: “Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley . El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.” (Comitê de Direitos Humanos, **50º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183, 1994, par. 7).**

²⁷⁹ Confira os parágrafos 3.1 3.2 do Comentário Geral nº. 23: “3.1. El Pacto hace una diferenciación entre el derecho a la libre determinación y el derecho amparado en virtud del artículo 27. En el primer caso, se trata de un derecho perteneciente a los pueblos, que se rige por disposiciones separadas del Pacto (parte I). La libre determinación no es un derecho reconocido con arreglo al Protocolo Facultativo. Por otra parte, el artículo 27 se relaciona con los derechos reconocidos a las personas en cuanto tales y, al igual que los artículos relacionados con los demás derechos personales reconocidos a todos, figura en la parte III del Pacto y está reconocido en virtud del Protocolo Facultativo.” E mais: “3.2. El disfrute de los derechos a los que se refiere el artículo 27 no menoscaba la soberanía y la integridad territorial de un Estado Parte. No obstante, en algunos de sus aspectos los derechos de las personas amparadas en virtud de ese artículo -por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura- pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos . Esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría.” (Comitê de Direitos Humanos, **50º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183, 1994, pars. 1, 3.1 e 3.2)**

teorias de base fundamentadoras deste trabalho, em face da multiplicidade de coletividades humanas concretas existentes.

3.2

A Trajetória dos Povos Indígenas de objetos à Sujeitos do Direito Internacional

Ao analisar a trajetória dos povos indígenas, particularmente os latino-americanos, no Direito Internacional, estou de acordo com Lillian Aponte Miranda, para quem:

“Mesmo a recente era dos direitos humanos pós-Segunda Guerra Mundial contornou os povos indígenas. O projeto de descolonização do pós-Segunda Guerra Mundial baseado em preceitos de direitos humanos, avançou o direito dos povos à auto-determinação. Entretanto, auto-determinação aplicável apenas para um território colonial ultramarino como um todo, independente de enclaves pré-coloniais existentes dentro dos territórios coloniais e dos Estados colonizadores. Consequentemente, o processo internacional de descolonização também fracassou no reconhecimento da soberania inerente aos povos indígenas.”²⁸⁰ (Tradução livre)

Sem dúvida, em que pese as experiências coloniais e pós-coloniais de quase extermínio, os povos indígenas tem construído uma vertente própria do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como sujeitos coletivos *sui generis*²⁸¹, a fim de acomodar suas reivindicações, peculiares ao seu particular modo de vida e ligação com seus territórios ancestrais e recursos naturais, pois, como prossegue Lillian Aponte Miranda:

“Apesar dessa exclusão histórica no quadro internacional, incluindo o recente quadro dos direitos humanos, os povos indígenas continuaram a advogar por um direito coletivo à auto-determinação. Especificamente, os povos indígenas começaram a usar o discurso dos direitos humanos da auto-determinação como um ponto de partida, e guarda-chuva, para a afirmação e esboço de direitos peculiares adicionais, incluindo: (1) o direito de possuir, usar, ocupar e controlar terras ancestrais e recursos; (2) o direito de reconhecimento de governo e estruturas políticas independentes e distintas; e (3) o direito de um processo de consulta significativo, onde a decisão do Estado implique nos seus interesses. A afirmação desses direitos começou a ressoar desde distintas comunidades de povos indígenas em todo o mundo, incluindo aquelas na América Latina.”²⁸² (Tradução livre)

²⁸⁰ MIRANDA, L. A. Uploading the Local: Assessing the Contemporary Relationship Between Indigenous Peoples' Land Tenure Systems and International Human Rights Law Regarding the Allocation of Traditional Lands and Resources in Latin America, 10 *Oregon Review of International Law* (2008) 2, 426.

²⁸¹ Cfr.: MERON, Theodor. International law in the age of human rights: general course on public international law. *Recueil des cours*, Volume 301 (2003), ps. 365-366.

²⁸² *Ibidem*.

Como resultado, a citada autora conclui:

“Tanto quanto como uma resposta, como quanto um uso estratégico, em relação aos processos de globalização, distintas comunidades indígenas transcenderam, estrategicamente, de suas categorias locais. Acadêmicos, ativistas e legisladores começaram a se referir à ‘emergência’ dos ‘povos indígenas’ como sujeitos do direito internacional. Distintas comunidades de povos originários começaram a referir a si mesmos como partes de um movimento dos ‘povos indígenas global. Hoje em dia, há uma inegável saliência da categoria dos ‘povos indígenas’ no direito internacional”²⁸³ (Tradução livre)

Assim, é possível dividir a trajetória dos povos indígenas, especialmente os latino-americanos, da condição de objetos de preocupação do Direito Internacional, até o seu reconhecimento como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos em duas etapas principais. A primeira parte de 1648, com a celebração da Paz de Westfália, e vai até 1948 com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a segunda parte dá até os dias de hoje, no marco da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007. É sobre o desenvolvimento destas etapas que tratarei a seguir.

3.2.1

De 1648 a 1948: “Sem Fé, sem Lei e nem Rei”²⁸⁴

Por cerca de três séculos, desde que ficou convencionado o ano de 1648 como marco fundacional do moderno Direito Internacional, coincidindo com a celebração dos Tratados de Paz de Westfália, difundiu-se uma idéia eurocêntrica e monosubjetiva sobre o fundamento desta disciplina jurídica. O *jus gentium* foi sendo gradativamente substituído pelo Direito dos Estados nacionais. A prevalência da lógica de Westfalia levou a um enfoque do Estado como sujeito

²⁸³ *Idem*, ps. 426-427.

²⁸⁴ Ao se referir à língua falada pelos índios da costa atlântica brasileira, Pero de Magalhães Gândavo afirma: “(...) carece de três letras, convém a saber, não se acha nela F, nem L, nem R, cousa digna de espanto porque assim não tem Fé, nem Lei, nem Rei, e desta maneira vivem desordenadamente sem terem além disto conta, nem peso, nem medida.” (GÂNDAVO, Pero de Magalhães. *Tratado da Terra do Brasil e História da Província Santa Cruz, aquela que vulgarmente chamamos Brasil*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2008. p. 134. V. 100..) Neste texto quinhentista de Pero de Magalhães Gândavo revela-se além do problema da compreensão do outro, considerado como bárbaro, por se tomar como referencial a língua do colonizador, evidencia-se uma postura de superioridade e assimetria, que foi a postura ideologicamente vencedora, após os debates iniciais do século XVI, dos quais participaram os autores da Escola Ibérica da Paz (Cfr. TODOROV, Tzvetan.: *A Conquista da América: a questão do outro*. 2. ed. Tradução de Beatriz Perrone Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 1999).

principal e ator privilegiado nas relações internacionais, em detrimento de outros coletivos que embora politicamente organizados, não possuíam qualificação suficiente para enquadrar-se como Estados soberanos, como por exemplo, os povos indígenas.

Conseqüentemente, os povos indígenas foram excluídos do quadro internacional da divisão de soberanias, derivado do modelo westfaliano de distribuição do poder político sobre bases territoriais bem definidas. Se, no início da colonização americana, alguns tratados foram celebrados entre autoridades indígenas e reis europeus, demonstrando-se um autêntico *treaty-making-power* destes grupos sociais politicamente organizados, depois do estabelecimento dos Estados nacionais, estes tratados não eram mais considerados como fontes de direito válidas²⁸⁵. Os povos indígenas foram absorvidos pelos Estados nacionais/territoriais americanos e os instrumentos deste processo assimilacionista e ao mesmo tempo segregacionista foram não apenas jurídicos, como pela aplicação da ficção da *terra nullius*, mas sobretudo políticos, por meio do deslocamento forçado, do desapossamento de suas terras ancestrais e do genocídio físico e cultural destes povos.²⁸⁶

3.2.1.1 Os Povos Indígenas e o Direito das Nações dos Séculos XVII e XVIII

No contexto dos primeiros dois séculos de formação do moderno Direito Internacional, James Anaya já vislumbra o início do processo de exclusão dos povos indígenas do cenário da divisão de soberanias:

“A emergência do moderno sistema de Estados na Europa impeliu a uma revisão do quadro do discurso legal ocidental para o tratamento dos povos indígenas. A era dos Estados territoriais independentes começou a sério com o Tratado de Westfália de 1648, o qual pôs fim a Guerra dos Trinta Anos e a hegemonia política afirmada pela Igreja Católica Romana.”²⁸⁷ (Tradução livre)

Nota James Anaya ainda que, juntamente com o surgimento do Estado moderno, ocorreu uma transformação marcante no pensamento jusnaturalista,

²⁸⁵ ANAYA, S. James. *Indigenous Peoples in International Law*. Nova York: Oxford University Press, 2004. ps. 30 e 31.

²⁸⁶ MACKLEM, P. Indigenous Recognition in International Law: theoretical observations. *In: Michigan Journal of International Law*, v. 30, outono de 2008. ps. 185-186.

²⁸⁷ ANAYA, S. James. ob. cit. p. 19.

protagonizada pelos teóricos europeus dos séculos XVII e XVIII, tais como Thomas Hobbes (1588-1679), Samuel Pufendorf (1632-1694), Christian Wolff (1679-1754) e Emmerich de Vattel (1714-1769), os quais transformaram o direito natural de “um código moral universal para a humanidade” em um “regime bifurcado composto pelos direitos naturais dos indivíduos e os direitos naturais dos Estados”²⁸⁸, compreendidos estes últimos como sendo a soberania, a independência e a igualdade no cenário das relações internacionais.

É interessante a observação feita por James Anaya, no sentido de que na obra de Vattel os termos “Nação” e “Estado” são utilizados indistintamente, dado ao fato de que naquela altura (séculos XVII-XVIII), eram conceitos ainda em construção e por isso tomados como sinônimos. Para James Anaya, “o conceito de nacionalidade emergiu na Europa para compreender, validar e designar grupos politicamente conscientes que foram consolidados por regras monárquicas e ligados por características culturais, sociológicas e étnicas comuns”. Ainda de acordo com o mesmo autor, a idéia de Estado, por sua vez, desenvolveu-se como uma referência para a comunidade política post-westifaliana e sua burocracia, tendo como principal forma de organização, a territorialidade. Nesse sentido, prossegue o referido autor afirmando que as categorias *Estado* e *nacionalidade* convergiram para a formação do termo Estado-Nação, reforçando mutuamente os conceitos e fenômenos políticos até então encerrados em cada uma destas duas categorias²⁸⁹.

Daí porque a questão do *status* dos povos indígenas no moderno Direito Internacional reside exatamente na dicotomização do direito natural em indivíduos/Estados e na formação do Estado-Nação. Se, por um lado o catálogo dos direitos individuais almejados pelos cidadãos europeus nos séculos XVII e XVIII não se coadunavam com a cultura coletiva das sociedades indígenas; por outro lado, os povos indígenas não se amoldavam aos conceitos nascentes de “Estado” ou “Nação”. Como esclarece James Anaya:

“Para desfrutar de quaisquer direitos como comunidades distintas, os povos indígenas teriam que ser vistos como nações ou Estados. Caso contrário, os povos indígenas seriam conceitualmente reduzidos a seus constituintes *individuais*, presumivelmente em estado de natureza, e seus direitos de autonomia de *grupo* não

²⁸⁸ ANAYA, S. James. ob. cit. p. 20.

²⁸⁹ ANAYA, S. James. Ob. cit. p. 21.

seriam contabilizados. Além disso, por uma questão de definição, os povos indígenas não poderiam disfrutar de direitos ou deveres sob o ‘Direito das Nações’ ao menos que eles se qualificassem como nações ou Estados, ou, talvez precisamente, Estados-nações.”²⁹⁰ (destaques no original – Tradução livre)

E a dificuldade é exatamente essa, visto que a própria idéia de Estado-Nação não comporta os povos aborígenes não-europeus, como enfatiza James Anaya:

“O conceito de Estado-Nação no sentido pós-westifaliano está baseado em modelos europeus de organização política e social cujas características dominantes definidoras são exclusividade de domínio territorial e autoridade centralizada, hierárquica. Em contraste, os povos indígenas do hemisfério ocidental e em outros lugares, pelo menos antes do contato europeu, foram tipicamente organizados principalmente por vínculos tribais ou de parentesco, tiveram estruturas políticas descentralizadas frequentemente ligadas em confederações e desfrutaram do controle de territórios compartilhados ou de esferas de territórios sobrepostos.”²⁹¹ (Tradução livre)

Em virtude dessas características distintivas, a dicotomia entre o Estado Civil europeu e o Estado de Natureza dos povos indígenas americanos acirrou-se ainda mais, abrindo-se o caminho para a exclusão definitiva do quadro dos sujeitos do direito internacional de qualquer coletivo humano que não se aproximasse do modelo de Estado-Nação europeu.

3.2.1.2

Os Povos Indígenas e o Positivismo Jusinternacionalista dos Séculos XIX e XX

De meados do século XIX a meados do século XX, as considerações de matiz jusnaturalista foram desprezadas pelos principais publicistas da época. Em seu lugar, prevalece uma opção teórica de viés marcadamente positivista e voluntarista, segundo a qual o direito internacional deixa de ser o antigo direito *sobre* os Estados para tornar-se o direito *entre* os Estados territoriais soberanos. Para tanto era necessário que estes fossem *reconhecidos* como tais por outros Estados soberanos europeus ou derivados do modelo europeu.

Como conseqüência lógica e imediata do recrudescimento do pensamento positivista, tem-se o banimento de qualquer conjectura acerca da posição dos

²⁹⁰ ANAYA, S. James. ob. cit. p. 22.

²⁹¹ *Ibidem*.

povos indígenas como sujeitos do direito internacional. Arelada a essa nova postura intelectual, estava o cientificismo racista do século XIX que sustentava a inferioridade cultural dos povos indígenas. Assim, era fácil defender a missão civilizatória auto-atribuída às potências imperiais europeias em benefício destes povos ditos atrasados.

Segundo a análise de James Anaya, as teorias positivistas do Direito Internacional em meados do século XIX e início do século XX foram a base para formar e legitimar os novos Estados territoriais americanos e fomentar o processo de colonização imperialista em marcha na África, Ásia e Ociania. Na medida em que a ficção jurídica da *terra nullius* passou a ser amplamente utilizada, foi dado como fora de questão os problemas jurídicos relacionados com os povos indígenas e tribais que ocupavam previamente aqueles territórios:

“Essas premissas [do positivismo] significavam que tribos de índios e outros povos indígenas, não se qualificando como Estados, não poderiam participar na formação do Direito Internacional, nem poderiam olhar para ele para afirmar os direitos que uma vez foram considerados inerentes a eles pelo direito natural ou divino. Os Estados, por outro lado, não só moldaram as regras do Direito Internacional, mas também usufruíram de direitos sob ele, amplamente independente de considerações de direito natural. Seguiu-se que os Estados puderam criar uma doutrina para afirmar e aperfeiçoar as suas reivindicações sobre territórios indígenas como se fosse uma questão de Direito Internacional e tratar os habitantes indígenas de acordo com as políticas domésticas, blindados do escrutínio externo não solicitado do próprio Direito Internacional. A soberania estatal, concebida originalmente para avançar os interesses humanos, seria um meio conceitual pelo qual o Direito Internacional poderia entrar em cumplicidade com forças desumanas.”²⁹² (Tradução livre)

Pode-se afirmar, segundo Patrick Macklem, que

“De acordo com a teoria da descoberta, a soberania poderia ser adquirida sobre territórios não ocupados através daquela. Se o território em questão estava ocupado, então a conquista ou cessão seriam necessárias para transferir a soberania de seus habitantes para um poder imperial. Entretanto, as reivindicações europeias de autoridade soberana sobre povos indígenas e território passaram a ser baseadas em uma ficção legal, segundo a qual o território indígena não estava ocupado, ou *terra nullius*, para os fins de aquisição da soberania. Em termos kelsenianos, o fato político dos povos indígenas não tinha consequências no Direito Internacional. A doutrina da *terra nullius* representou a conclusão legal de que os povos indígenas não possuíam existência legal. Portanto, o Direito Internacional considerava suas terras como vacantes, e nem a conquista e nem a cessão era necessárias para

²⁹² ANAYA, S. James. ob. cit. p. 27.

adquirir a soberania para governar os povos indígenas e seus territórios.”²⁹³
(Tradução livre)

E prossegue ainda o citado autor:

“O Direito Internacional julgava os territórios indígenas como *terra nullius* porque as potências europeias viam os povos indígenas como insuficientemente similares a si mesmas. Novamente em termos kelsenianos, Os povos indígenas não cumpriam os critérios pelos quais pode se dizer que um Estado existe, – critérios estes que naquele tempo enfatizavam a civilização e a religião. As potências europeias viam os povos indígenas como insuficientemente cristãos ou civilizados para merecer que fossem considerados como potências soberanas.”²⁹⁴ (Tradução livre)

Já que os povos indígenas não possuíam existência legal, estava fora de questão procurar qualquer meio legítimo para que as potências imperiais pudessem assenhorar-se de seus territórios. Com a ficção de se estar diante de um território vacante, era desnecessária a justificativa para a descoberta, e como ali não havia nações soberanas não era necessário recorrer à transferência do poder através de um pacto ou de qualquer outra forma de trasladação livre do poder político e nem mesmo formular teorias justificadoras da guerra de conquista.

Por sua vez, a já citada missão civilizatória dos Estados imperialistas europeus, que pode ser vista como aliada do modo de pensar do positivismo jusinternacionalista do século XIX, concretizou-se em duas experiências históricas. A primeira delas ocorrida na Conferência de Berlim concluída em 1885, na sequência de uma série de conferências e esforços relacionados com a regulamentação da expansão das potências europeias na África e Pacífico²⁹⁵. A segunda experiência foi a incorporação do sistema de mandatos ao Pacto da Sociedade das Nações, em 1919, ao final da Primeira Guerra Mundial²⁹⁶.

Paralelamente a este movimento imperialista, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, iniciou a regulamentação das condições de trabalho de populações aborígenes sob regime colonial, despontando o que,

²⁹³ MACKLEM, P. ob. cit. p. 184.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ ANAYA, S. James. ob. cit. p. 33.

²⁹⁶ *Ibidem*. É importante lembrar que o sistema de mandatos da Liga das Nações foi sucedido pelo Conselho de Tutela sob as Nações Unidas, mantendo-se o mesmo discurso salvacionista-civilizatório na doutrina, mesmo após a Segunda Guerra Mundial, como é exemplificativa da forma de pensar desta época a obra de LANGENHOVE, Fernand van. Le problème de la protection des populations aborigènes aux Nations Unies. *Recueil des cours*, Volume 89 (1956-I), ps. 321-435.

futuramente, viria a ser a mais importante fonte de convenções internacionais sobre direitos dos povos indígenas. Ainda que, inicialmente, em termos bastante restritos, no artigo 35, parágrafo 1, a Constituição da OIT previu a obrigação dos Estados metropolitanos de aplicar as convenções que tiverem ratificado aos trabalhadores em territórios sob tutela.²⁹⁷ Como as questões referentes às populações nativas eram consideradas como domésticas, isto é, fora do escrutínio do Direito Internacional, a supervisão das condições de trabalho nas colônias gerou ampla resistência por parte das potências metropolitanas.

Como subterfúgio, os Estados coloniais passaram a invocar a parte final do mesmo parágrafo 1 do artigo 35, acima referido²⁹⁸. Não obstante, a OIT respondeu a essas resistências, inicialmente, através de estudos realizados em 1921 e 1926, sobre as condições de trabalho dos povos indígenas. Em seguida, os parâmetros resultantes destes estudos foram inseridos em sete convenções sobre a temática, vigentes entre os anos de 1930 e 1955²⁹⁹. Mas mesmo assim, estas convenções obtiveram baixa adesão por parte das potências coloniais.

Nas Américas, os reflexos da doutrina civilizatória foram sentidos, porém, de forma diferente em relação à África, Ásia e Oceania, uma vez que as jovens repúblicas americanas, com territórios recém-independentes do jugo colonial, trataram de fragmentar os povos indígenas previamente existentes, absorvendo seus membros como cidadãos e nacionais seus, com a condição de que estes se adequassem ao estilo de vida europeu. Aqueles que resistissem ao processo assimilacionista, seriam classificados como selvagens e estariam sob a tutela da burocracia estatal especializada, até que atingissem o grau civilizatório³⁰⁰.

²⁹⁷ Veja-se disposição semelhante na *alínea b*) do artigo 23 do Pacto da Liga das Nações.

²⁹⁸ Segundo a parte final do artigo 35, parágrafo 1, as convenções da OIT não seriam aplicadas quando “as questões tratadas pela convenção não se enquadrem na competência própria das autoridades de território ou que a convenção não seja tornada aplicável pelas condições locais ou sob reserva das modificações que sejam necessárias para adaptar as convenções às condições locais”

²⁹⁹ Cfr.: Convenção n. 29 (“Forced or Compulsory Labour”), de 28 de junho de 1930; Convenção n. 50 (“The Regulation of Certain Special Systems of Recruiting Workers”), de 20 de junho de 1936; Convenção n. 64 (“The Regulation of Written Contracts of Employment of Indigenous Workers”), de 27 de junho de 1939; Convenção n. 65 (“Penal Sanctions for Breaches of Contracts of Employment by Indigenous Workers”), de 27 de junho de 1939; Convenção n. 86 (“The Maximum Length of Contracts of Employment of Indigenous Workers”), 11 de julho de 1947; Convenção n. 97 (“The Migration for Employment Convention (Revised)”, 1o. de julho de 1949; Convenção n 104 (“The Abolition of Penal Sanctions for Breaches of Contracts of Employment by Indigenous Workers”), de 21 de junho de 1955; Convenção n. 105 (“The Abolition of Forced Labour”), de 25 de junho de 1957.

³⁰⁰ ANAYA, S. James. ob. cit. ps. 32-33.

3.2.2

De 1948 aos Dias Atuais: A Recente Era dos Direitos Humanos e a Luta dos Povos Indígenas pelo Reconhecimento de Direitos Coletivos

O modelo westfaliano atingiu sua exaustão com a Segunda Guerra Mundial, a qual testemunhou inúmeras atrocidades perpetradas contra seres humanos, que, paradoxalmente, estavam sob a proteção constitucional de Estados de Direito, despertando a consciência jurídica universal para a necessidade de mudanças deste paradigma.

No entanto, quando a sociedade internacional despertou para o resgate dos valores do jusnaturalismo, prevaleceu a lógica do individualismo liberal, incorporada nos documentos clássicos dos movimentos constitucionalistas dos séculos XVIII e XIX, reproduzidos como fontes importantes para o processo de elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual influenciou, posteriormente a criação e implementação dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos dos sistemas onusiano e regionais. Como consequência dessa opção histórica, a clivagem indivíduo/Estado foi mantida, o que, por sua vez, resultou na prevalência das fontes liberais-individualistas da concepção dos direitos humanos.

3.2.2.1

Os Povos Indígenas entre o Direito das Minorias e a Auto-Determinação dos Povos

Logo após a Segunda Guerra Mundial, dois movimentos estavam em marcha no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), de índole presumivelmente coletivista: o primeiro diz respeito aos direitos das minorias, que enfrentou grandes resistências por envolverem o sentido coletivo dos direitos humanos e o segundo, era o movimento de descolonização e o correlato direito de auto-determinação dos povos. A nenhum dos dois se amoldaram, porém, as reivindicações dos povos indígenas, particularmente, os latino-americanos, como será examinado adiante.

O primeiro, que diz respeito à proteção das minorias, não se adequava aos moldes das reivindicações dos povos indígenas porque a proteção garantida pela ONU seria em termos de direitos humanos individuais, supostamente em razão do

medo da repetição do fracasso da proteção coletiva almejada pelo complexo sistema de tratados sob a Liga das Nações e pela crença correlata de que seria suficiente a garantia da proteção dos direitos individuais dos membros dos grupos de minorias em questão.

Pois bem, é evidente que esta lógica individualista não atendia à particularidades culturais dos povos ameríndios, mas foi a eles imposta através do processo de sujeição assimilacionista pós-colonial dos séculos XIX e XX, apoiadas tanto pelo direito constitucional dos Estados latino-americanos, como pelo Direito Internacional de viés westifaliano.

O segundo movimento, a princípio coincidiria com o movimento de descolonização africana e a reivindicação do direito de auto-determinação dos povos, porém, a legitimidade desta reivindicação somente seria reconhecida pelo Direito Internacional se fosse formulada em relação a territórios geograficamente separados do Estado colonizador, ou seja, dentro dos limites da denominada *Blue Water Doctrine*.

Conforme esclarece Patrick Macklem, em 1970, a Assembleia Geral da ONU eliminou qualquer dúvida sobre eventual ameaça da integridade territorial de um Estado pela descolonização, ao declarar que o território de uma colônia tem “um *status* separado e distinto do território do Estado que o administra”.³⁰¹ Esta teoria é conhecida como a *Blue Water Doctrine*, porque implica afirmar que o direito à independência é adquirido apenas por populações coloniais separadas de seus Estados metropolitanos pela água azul dos oceanos. Esta condição geográfica impediu os povos indígenas localizados em Estados soberanos de serem investidos de soberania. Portanto, Macklem adverte que o Direito Internacional não apenas excluiu os povos indígenas da distribuição internacional de soberania, mas também os incluiu sob a soberania de Estados que não foram criados por eles.³⁰²

³⁰¹ O autor se refere à Declaração sobre Princípios de Direito Internacional concernentes à Relações Amistosas e Cooperação entre Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas (Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations), G.A. Res. 2625 (XXV), de 24 de outubro de 1970.

³⁰² MACKLEM, P. ob. Cit. p. 186.

3.2.2.2 O Direito Internacional dos Povos Indígenas

Neste período, logo após o final da Segunda Guerra Mundial, foi a OIT que, mais uma vez, apresentou um esforço de normatização da proteção internacional dos povos indígenas, através da aprovação da Convenção nº. 107, de 1957, “concernente à proteção das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes”. Embora a Convenção nº. 107 continuasse a concentrar esforços na melhoria das condições de trabalho, este novo texto trouxe outros direitos relacionados com as condições de vida política, econômica e social dos povos indígenas, como por exemplo, o direito de propriedade de terras ancestrais.³⁰³

Em contrapartida, Patrick Macklem enumera quatro aspectos que restringiram os avanços trazidos pela Convenção nº. 107, a saber: (1) os direitos e obrigações consagrados na convenção permitiam exceções, limitações e qualificações, de tal modo que os Estados membros tinham flexibilidade no cumprimento dos seus termos; (2) a convenção lança os direitos dos povos indígenas, antes de tudo, em termos de não-discriminação, do que em termos de autonomia territorial e política; (3) os direitos protegidos pela convenção são expressos “com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países”³⁰⁴, e (4), em decorrência de seu caráter integracionista, a convenção concebe a proteção internacional dos povos indígenas em termos temporários e transitórios.³⁰⁵

É importante destacar, ademais, que, diferentemente das Convenções do período entre-Guerras, a Convenção nº. 107 da OIT não centrou a identificação dos indivíduos protegidos por suas normas na sua peculiar condição de trabalhadores sob a jurisdição de potências coloniais. Pelo contrário, a Convenção nº. 107 reconhece os enclaves de *populações* indígenas, tribais e semi-tribais existentes em países independentes.³⁰⁶ Ocorreu, portanto, uma mudança no

³⁰³ Além do artigo 11, veja-se também os artigos 7 a 9, 19 a 23 e 26 da Convenção nº. 107.

³⁰⁴ Cfr.: Artigo 2, 1) da Convenção nº. 107. Nesse passo, a convenção muda do enfoque assimilacionista para o integracionista, na medida em que o processo de integração não deve ocorrer por força ou coerção, ou ainda com a criação de “com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações”. (artigo 2,4 e 2, c).

³⁰⁵ MACKLEM, P. ob. cit. ps. 192-195.

³⁰⁶ Cfr: Artigo 1º.: “A presente Convenção se aplica: 1) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um

paradigma anteriormente estabelecido: as populações indígenas passaram de coletividades em territórios coloniais para coletividades em Estados independentes, enquanto que os povos habitantes de territórios coloniais passaram a gozar do direito a auto-determinação no Direito Internacional.³⁰⁷

Ao contrário do que ocorreu na OIT, a ONU iniciou os estudos específicos sobre a questão indígena apenas em 1971, no âmbito da antiga Sub-Comissão sobre a Prevenção contra a Discriminação e Proteção de Minorias, que através da Resolução 1589 (L) do ECOSOC, de 21 de maio de 1971, iniciou estudos sobre o problema da discriminação contra os povos indígenas. Porém, o tom desta resolução era marcadamente integracionista, ecoando as disposições da Convenção nº. 107 da OIT e, de resto, a convicção em voga na época, segundo a qual o meio de eliminar a discriminação e promover a melhoria das condições de vida dos povos indígenas, era a integração destes grupos na comunidade nacional. Doze anos depois, com a conclusão do *Relatório Martinez Cobo*, com os resultados do estudo encomendado pela Resolução 1589, o panorama da questão indígena mostrava-se de forma bastante distinta.

O *Relatório Martinez Cobo* propôs uma ampla revisão nas medidas de proteção que até então vinha sendo adotadas pelos Estados, além de formular extensas recomendações relacionadas com a saúde, moradia, educação, línguas, cultura, terras, religiões e direitos políticos e de não-discriminação dos povos indígenas, dentre as quais Patrick Macklem destaca os seguintes; (1) a introdução do critério da continuidade histórica com as sociedades pré-coloniais, como elemento diferenciador entre comunidades indígenas e não-indígenas; (2) o reconhecimento da *auto-determinação* como pré-condição para os povos indígenas gozarem de seus direitos fundamentais e determinarem seu próprio

estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares ou por uma legislação especial; 2) aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes que sejam consideradas indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, na época da conquista ou colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que as instituições peculiares à nação que pertencem. 3) Para fins da presente convenção, o termo "semitribal" abrange os grupos e as pessoas que, embora prestes a perderem suas características tribais não se achem ainda integrados na comunidade nacional. 4) As populações tribais ou semitribais mencionadas nos parágrafos 1º e 2º do presente artigo são designadas, nos artigos que se seguem, pela expressão "populações interessadas". Portanto, como resume Macklem, para a Convenção nº. 107, toda a população indígena é tribal, mas nem toda população tribal é indígena. (MACKLEM, P. ob. cit. p. 191).

³⁰⁷ MACKLEM, P. ob. cit. ps. 191-192.

futuro, em lugar da idéia integracionista como objetivo abrangente das normas de proteção internacional dos povos indígenas, e (3) a recomendação para a adoção de uma declaração pelas Nações Unidas, como passo intermediário para a elaboração de uma futura convenção sobre o tema³⁰⁸.

Nesse ínterim, com a luta emancipatória dos povos indígenas, marcadamente a partir do final do século XX, quando suas demandas por reconhecimento de direitos chegaram aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, e particularmente ao Sistema Interamericano³⁰⁹, a contradição entre a proteção internacional dos direitos humanos e a proteção internacional dos direitos dos povos indígenas restou evidente, já que todo o arcabouço normativo e os mecanismos de implementação centravam-se na proteção individual da pessoa³¹⁰, o que, certamente, não se adequava à identidade coletiva dos povos indígenas.

Graças às ações do movimento indigenista, no plano internacional, algumas questões relevantes para os povos indígenas como, por exemplo, sua própria sobrevivência física, integridade cultural e manutenção dos vínculos de territorialidade, foram sendo postas perante órgãos de supervisão de tratados, tanto em âmbito global como regional, ainda que no quadro de sistemas de normas de proteção individual dos direitos humanos³¹¹.

Apesar dos êxitos obtidos com esta estratégia, sentia-se a falta de um instrumento internacional adequado às especificidades dos povos indígenas, em dimensão propriamente coletiva, o que foi suprida, somente em 1989, com a ampla revisão da Convenção nº. 107 pela Convenção 169 da OIT em diversos aspectos, tanto que esta nova convenção se tornou um novo marco jurídico para a proteção internacional dos direitos indígenas.

³⁰⁸ MACKLEM, P. ob. cit. ps. 199-200.

³⁰⁹ Sobre as ações emancipatórias do movimento indigenista latino-americano a partir da década de 1960 e sobre os primeiros casos levados ao Sistema Interamericano, veja-se: ANAYA, S. J., WILLIAMS JR. R. A. The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System. in: *Harvard Human Rights Journal*, v. 14, primavera de 2001. p. 33.

³¹⁰ O artigo 1.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que “para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

³¹¹ Para conhecer alguns significativos exemplos destas ações bem-sucedidas, veja o texto da nota introdutória à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas por Siegfried Wiessner, disponível na Biblioteca Audiovisual de Direito Internacional, em: <http://www.un.org/law/avl/>, acessado em 22.12.2012.

A primeira grande mudança que deve ser apontada diz respeito à retirada do texto de qualquer menção aos objetivos integracionistas anteriormente previstos na Convenção nº. 107. De modo reflexo a esta tendência, a categoria de populações semi-tribais foi excluída da nova convenção, assim como a menção “a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional” em que supostamente viviam as populações tribais e semi-tribais. Em contrapartida, os povos tribais passaram a ser identificados por “condições sociais, culturais e econômicas” que os distinguem de outros setores da coletividade nacional, ou que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou ainda por legislação especial.

Além disso, deve ser ressaltado que a Convenção nº. 169 passou a endereçar suas disposições não mais aos *membros das populações* tribais, semi-tribais e indígenas, mas, sim, aos *povos* tribais e indígenas, reconhecidas como categorias de coletividades humanas que se distinguem entre si, tendo como principal elemento diferenciador entre ambas a conexão histórica dos povos indígenas com seus territórios ancestrais, remontando-se à época da conquista ou colonização ou a momento histórico anterior ao estabelecimento das atuais fronteiras estatais.

Note-se ainda nesse sentido, que a Convenção nº. 169 introduziu o critério do auto-reconhecimento como outro elemento fundamental para a determinação de um indivíduo como pertencente a um povo indígena ou tribal, evitando-se, assim, que o Estado estabelecesse limites ou restrições a aplicação das normas da convenção a um determinado indivíduo ou comunidade.

Entretanto, por mais que a Convenção nº. 169 mantivesse o critério do reconhecimento dos direitos indígenas em países independentes, inaugurado na Convenção nº. 107, a mudança do termo *populações* para *povos* implicou na ressalva expressa no item 3 do artigo 1º., o que significou a não atribuição do direito à auto-determinação a estes povos³¹². Mesmo assim, pode-se afirmar que os direitos assegurados aos povos indígenas na Convenção nº. 169, além de serem redigidos em termos mais firmes, visavam antes uma certa autonomia dos povos

³¹² Cfr.: “3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.”. Veja-se, nesse sentido, a análise de James Anaya *in*: ANAYA, S. J. *ob. cit.* ps. 59-61.

indígenas, que propriamente a não-discriminação, como pretendia a Convenção nº. 107.³¹³

Já nos anos de 1990, Russel Barch distinguia, como uma tendência importante decorrente dos desenvolvimentos sofridos pelo Direito Internacional até aquele período, o reconhecimento da personalidade jurídica dos povos indígenas, como sociedades distintas, titulares de direitos coletivos especiais e um papel distinto a nível nacional e internacional na tomada de decisões, exemplificado pela Convenção nº. 169 da OIT, pelas decisões da Cúpula do Rio de 1992 e pelas decisões que proclamaram o Ano e a Década dos povos indígenas no âmbito das Nações Unidas.³¹⁴

Assim, prosseguiu a luta dos povos indígenas pelo seu reconhecimento expresso como *povos*, nos termos da Carta das Nações Unidas, investidos, portanto, no direito de *auto-determinação*³¹⁵, o que somente veio a ocorrer na década seguinte, na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral em 13 de setembro de 2007, por meio da Resolução 61/295.³¹⁶

De fato, ao contrário das Convenções nº. 107 e 169 da OIT, que preferiram dar ênfase ao princípio da não-discriminação, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas consagrou, expressamente, em seu artigo 3º. que “os povos indígenas têm direito à autodeterminação” e que “em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.³¹⁷

Embora a Declaração tenha optado por não contemplar uma definição de *povos indígenas*, esta lacuna é vista por Patrick Macklem como uma decisão acertada, vez que o maior número de grupos e coletividades podem beneficiar-se do extenso catálogo de direitos, bastando seu auto-reconhecimento como

³¹³ Cfr.: Artigos 3 a 15 Ver também MACKLEM, P. ob. cit. p. 196.

³¹⁴ BARSH, R. L., *Indigenous Peoples in the 1990's: From object to subject of International Law?*, in: *Harvard Human Rights Journal*, v. 7, 1994. p. 33 e ss.

³¹⁵ Nesse sentido, veja-se a narrativa de Russel Barsh sobre a batalha do “s” travada na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em 1993, em Viena, in: BARSH, R. L. ob. cit. ps. 49-51.

³¹⁶ Os estudos acerca da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas iniciaram em 1985, no âmbito do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas, instalado para reunir-se anualmente sob os auspícios da Sub-Comissão de Prevenção contra a Discriminação e Proteção de Minorias, nos termos da Resolução nº. 1982/34 do ECOSOC, de 07 de maio de 1982, e na esteira das recomendações do *Relatório Martinez Cobo* de 1982.

³¹⁷ Cfr. também, por exemplo, os artigos 4, 5 e 20.

indígena, sem a eventual interferência do Estado sobre a determinação da existência jurídica internacional dos povos indígenas que estejam localizados em seu território, ou mesmo em outros Estados soberanos.³¹⁸

Tanto a Convenção nº. 169, quanto a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, todavia, padecem de graves problemas de efetivação. Por um lado, em que pese a meticulosa negociação quanto a temas como o princípio da autodeterminação dos povos indígenas e o direito de consulta para a exploração de recursos naturais em seus territórios ancestrais, a Convenção 169 da OIT foi ratificada por apenas 22 dos 185 Estados membros da Organização³¹⁹. Por outro lado, o instrumento geral das Nações Unidas foi celebrado sob a forma de uma declaração, o que suscita a discussão de seu efeito não vinculante em relação às obrigações assumidas pelos Estados que a aprovaram.

Ademais, as normas que asseguram direitos com uma evidente dimensão coletiva, ainda encontram graves obstáculos procedimentais para sua plena efetivação, como, por exemplo, a reivindicação do reconhecimento da propriedade de territórios ancestrais indígenas, uma vez que tais demandas são apresentadas perante mecanismos de implementação fortemente influenciados pela referida tradição liberal, como é o caso do sistema de petições, de viés marcadamente individualista.

3.3

Os Horizontes Constitucionais Latino-Americanos e o Projeto Descolonizador dos Povos Indígenas

Nesta última seção, analisarei, com apoio no modelo teórico de *horizontes constitucionais* elaborado por Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, as etapas pelas quais atravessaram as diversas Constituições latino-americanas rumo à concretização de

³¹⁸ MACKLEM, P. ob. cit. ps. 203-206. Veja-se também, nesse sentido, o item 1 do artigo 33 da Declaração: “1. Os povos indígenas têm o direito de determinar sua própria identidade ou composição conforme seus costumes e tradições. Isso não prejudica o direito dos indígenas de obterem a cidadania dos Estados onde vivem”.

³¹⁹ Cfr.: “Ratifications of C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)”, disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO (último acesso em 11 de junho de 2014) e “Alphabetical List of ILO Member Countries (185 countries)”, disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm> (último acesso em 11 de junho de 2014).

um projeto descolonizador. A autora concebe os horizontes constitucionais em três paradigmas distintos, a saber, o liberal monista do século XIX, o social integracionista do século XX e o pluralista, em desenvolvimento desde a década de 1980 até os dias atuais. O horizonte do constitucionalismo pluralista, por sua vez, desdobra-se, segundo o entendimento da mesma autora, em três ciclos progressivos, quais sejam, o multicultural (1982-1988), o pluricultural (1989-2005) e o plurinacional (2006-2009).³²⁰

Como precedente dos horizontes constitucionais, é necessário mencionar ainda o *fato colonial*, identificado pela referida autora como caracterizado por um *pluralismo jurídico colonial subordinado*, com limites de tolerância ao direito consuetudinário, à jurisdição e ao reconhecimento das autoridades indígenas, bem estabelecidos na legislação colonial, a depender do *status* de liberdade ou escravidão do povo indígena em questão.³²¹

Já no século XIX, com o processo de independência e formação dos Estados nacionais latino-americanos, o horizonte constitucional liberal emerge com características ligadas aos valores monoculturais de origem européia e pela busca da construção de uma unidade nacional, fincada em uma ordem jurídica monista. A idéia do monismo jurídico estava relacionada à existência de um único sistema jurídico dentro do Estado, sendo que a produção da lei (fonte por excelência do Direito) era reconhecida como de competência exclusiva do Poder Legislativo e sua aplicação era de monopólio do Poder Judiciário.³²²

Do ponto de vista das elites que conduziram o processo de independência das colônias ibéricas na América, este período pode representar o florescimento de um constitucionalismo genuinamente latino-americano³²³. Entretanto, se o mesmo fato for analisado pela ótica dos povos ameríndios, o constitucionalismo liberal do século XIX implementou um projeto neocolonizador ainda mais severo

³²⁰ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte Del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a La descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El Derecho en América Latina – un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*. Buenos Aires Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139.

³²¹ *Ibidem*. Dedicarei o Capítulo 5 deste trabalho para o tratamento deste período histórico, visando fugir da visão comumente encontrada nas obras especializadas em direito indígena que confrontam índios e colonizadores (incluindo nesta última categoria a Coroa e a Igreja) como dois blocos homogêneos e antagônicos, sem tratar das nuances ideológicas da época.

³²² *Ibidem*.

³²³ GARGARELLA, Roberto. Fragmento Del Borrador Del Libro “200 Años de Constitucionalismo em América Latina”. Caps. 5 e 6. (Seminário de Teoria Constitucional y Filosofia Política – Material de Lectura 2011). Disponível em <http://www.seminariogargarella.blogspot.com.br/>. Acesso em 05/07/2012.

de sujeição. Se no período colonial as nações indígenas eram toleradas dentro de um sistema de pluralismo jurídico subordinado, entendido este como coexistência de vários sistemas normativos dentro do mesmo espaço geopolítico, nesta etapa constituinte dos Estados liberais latino-americanos, o monismo jurídico e a idéia assimilacionista suplantaram qualquer manifestação desta diversidade cultural congênita à região³²⁴.

Como técnicas constitucionais utilizadas pelo projeto de sujeição indígena no horizonte do constitucionalismo liberal, Raquel Fajardo aponta as seguintes:

“a) assimilar ou converter os índios em cidadãos, titulares de direitos individuais mediante a dissolução de seus povos (com terras coletivas, autoridades e foros próprios) e desta forma evitar levantes indígenas; b) reduzir, civilizar e cristianizar os indígenas ainda não colonizados, a quem as constituições chamavam ‘selvagens’, para expandir as fronteiras agrícolas, e c) fazer a guerra ofensiva e defensiva contra as nações indígenas - com as quais as Coroas haviam firmado tratados e as quais as Constituições chamavam ‘bárbaros’ – para anexar seus territórios ao Estado.”³²⁵ (Tradução livre)

O horizonte constitucional social é inaugurado com a Constituição mexicana de 1917, como contra-ponto ao horizonte constitucional liberal assimilacionista e individualista predominante no século XIX. Nesse sentido, são reconhecidos sujeitos coletivos, direitos sociais e a ampliação das bases da cidadania, além de alguns direitos coletivos próprios dos povos indígenas como o direito coletivo à terra e sua especificidade cultural. Estes avanços, todavia, são conquistados dentro do marco de um indigenismo tutelar e integracionista, sem rompimento com a estrutura do Estado-nação e do monismo jurídico.³²⁶ Note-se, inclusive, que neste período a política integracionista era incentivada pelas disposições da Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho.

Por sua vez, o horizonte constitucional pluralista, em seus três ciclos, questiona, progressivamente, os elementos que configuram os horizontes constitucionais anteriores ao mesmo tempo em que lança as bases de um projeto de constitucionalismo descolonizador, marcado por antigas e novas demandas dos povos originários.³²⁷

³²⁴ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *op. cit.* p. 140.

³²⁵ *Idem*, p. 140.

³²⁶ *Idem*, p. 140.

³²⁷ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *op. cit.* P. 141.

O primeiro ciclo do horizonte do constitucionalismo pluralista³²⁸ é marcado, por um lado, pelas idéias trazidas pelo multiculturalismo³²⁹ e, por outro lado, por novas demandas de direitos indígenas, notadamente relacionadas com o reconhecimento da diversidade cultural como fator constitutivo da sociedade a refletir-se na Constituição. Porém, em que pese estes avanços, não há a recepção explícita nos textos constitucionais do direito consuetudinário ou da jurisdição indígena como formas de manifestação de um verdadeiro pluralismo jurídico.³³⁰

Assim, no ciclo do constitucionalismo multicultural, Raquel Fajardo observa que “as Constituições introduzem o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural e multilíngue da sociedade, o direito – individual e coletivo – à identidade cultural e alguns direitos indígenas específicos”, citando como exemplos destas manifestações constitucionais³³¹, as Constituições do Canadá (1982), Guatemala (1985)³³², Nicaragua (1987)³³³ e Brasil (1988)³³⁴.

³²⁸ Minha única divergência em relação ao modelo teórico proposto por Raquel Fajardo refere-se apenas ao posicionamento do ciclo multicultural do horizonte do constitucionalismo pluralista. Como neste ciclo não há ainda um sistema de pluralismo jurídico constitucionalmente aceito, acreditamos que seria mais compreensível remanejá-lo como um segundo ciclo do horizonte do constitucionalismo social. Assim, este horizonte constitucional estaria composto por um primeiro ciclo integracionista e um segundo ciclo multiculturalista, ambos ainda no marco de um Estado monista.

³²⁹ Neste sentido, cfr. KYMLICKA, Will. *Ciudadania Multicultural: uma teoria liberal de los derechos de las minorias*. Barcelona: Paidós, 1995. e TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y la Política Del Reconocimiento*. México: FCE, 1983.

³³⁰ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *op. cit.* p. 142.

³³¹ *Idem*, p. 141.

³³² Fixando a análise nos textos constitucionais latino-americanos deste primeiro ciclo, a Constituição guatemalteca, reformada por Acordo legislativo n.º. 18-93 de 17 de novembro de 1993, no capítulo destinado aos direitos sociais, pertencente ao Título II (Dos Direitos Humanos) reconhece, em seu artigo 58, o direito à identidade cultural das pessoas e comunidades, de acordo com seus valores, sua língua e seus costumes, reservando a terceira seção deste capítulo para tratar especificamente dos direitos das “comunidades indígenas”, nos artigos 66 a 70, dentre os quais destacamos: “Artigo 66. Proteção a grupos étnicos: Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre os quais figuram os grupos indígenas de ascendência maia. O Estado reconhece, respeita e promove suas formas de vida, costumes, tradições, formas de organização social, o uso do traje indígena em homens e mulheres, idiomas e dialetos. Artigo 67. Proteção às terras e às cooperativas agrícolas indígenas: As terras das cooperativas, comunidades indígenas ou quaisquer outras formas de propriedade comunal ou coletiva de propriedade agrícola, assim como o patrimônio familiar e moradia popular, gozarão de proteção especial do Estado, assistência creditícia e de técnica preferencial, que garantam sua posse e desenvolvimento, a fim de assegurar a todos os habitantes uma melhor qualidade de vida. As comunidades indígenas e outras que tenham terras que historicamente as pertençam e que tradicionalmente têm administrado de forma especial, manterão esse sistema.” (Tradução livre)

³³³ Já a Constituição nicaragüense estabelece, no artigo 5, como um de seus princípios o pluralismo político, social e étnico e especialmente em relação aos povos indígenas dispõe: “O Estado reconhece a existência dos povos indígenas, que gozam dos direitos, deveres e garantias consignados na constituição e em especial os de manter e desenvolver sua identidade e cultura, ter suas próprias formas de organização social e administrar seus assuntos locais; assim como manter

No segundo ciclo, são mantidos os direitos à identidade étnica e à diversidade cultural anteriormente conquistados, somando-se a estes a qualificação do próprio Estado (ou da Nação) como pluricultural. Como consequência, os textos constitucionais adotam fórmulas que pluralizam não só as fontes de produção do direito, incluindo as fontes de direito consuetudinário indígena, como também o monopólio de sua aplicação é quebrado pelo reconhecimento das autoridades indígenas. Outro aspecto relevante deste ciclo, refere-se à forte influência da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989) para a ampliação do catálogo de direitos constitucionais específicos dos povos indígenas, tais como a oficialização dos idiomas indígenas, a educação bilíngüe intercultural, o direito sobre os territórios ancestrais (e não mais simplesmente sobre as terras), o direito à consulta e novas formas de participação.

Nas palavras da própria autora, a novidade mais importante deste ciclo é que:

as formas comunais de propriedade de suas terras e o uso, gozo e desfrute das mesmas, tudo de conformidade com a lei. Para as comunidades da Costa Atlântica se estabelece o regime de autonomia na presente Constituição.” (Tradução livre) Ademais, os povos indígenas e as comunidades étnicas da Costa Atlântica têm previsto o direito de, em sua região, à educação intercultural na língua materna, de acordo com a lei (artigo 121).

³³⁴ Na Constituição brasileira de 1988, os artigos 231 e 232 dispõem: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

“(…) as Constituições introduzem fórmulas de pluralismo jurídico que logram romper com a identidade Estado-direito ou o monismo jurídico, isto é, a idéia de que só é ‘direito’ o sistema de normas produzido pelos órgãos soberanos do Estado (os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo). As Constituições deste ciclo reconhecem as autoridades indígenas, com suas próprias normas e procedimentos ou seu direito consuetudinário e funções jurisdicionais ou de justiça. A partir destes reconhecimentos se põe em questão a idéia clássica de soberania e o monopólio que as Constituições assinalavam aos ‘poderes ou órgãos soberanos’ do Estado para a produção do direito e a violência legítima. Pluralizam as fontes de produção legal do direito e da violência legítima tanto quanto as funções de produção de normas, administração da justiça e organização da ordem pública interna podem ser exercidas tanto pelos órgãos soberanos (clássicos) do Estado quanto pelas autoridades dos povos indígenas, sempre sob o controle constitucional. (...)”³³⁵

Como exemplos destas manifestações constitucionais, Raquel Fajardo cita as Constituições da Colômbia (1991)³³⁶, México (1992)³³⁷, Paraguai (1992)³³⁸, Perú (1993)³³⁹, Bolívia (1994), Argentina (1994)³⁴⁰, Equador (1996 e 1998),

³³⁵ *Idem*, ps. 142-143.

³³⁶ Na Constituição colombiana, a divisão do poder entre as instituições tradicionais e os povos indígenas se dá em diversos níveis, como por exemplo, na escolha de senadores indígenas, na configuração de uma jurisdição especial indígena, na criação de territórios indígenas como divisões administrativas do Estado e no reconhecimento das autoridades locais para administrá-los, contando ainda com previsão de repasses de tributos e planos de desenvolvimento peculiares ao modo de vida local. Confira-se, neste sentido, os artigos 58, 171, 176, 246, 286, 321, 329, 330, 339, 341, 356, 358, e o artigo transitório 58.

³³⁷ A Constituição mexicana possui um texto exemplar deste ciclo, ao precisar em seu artigo 2º. Que “a Nação tem uma composição pluricultural sustentada originalmente em seus povos indígenas que descendem de populações que habitavam no território atual do país ao iniciar-se a colonização e que conservam suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas”. E prossegue ainda afirmando que “a consciência de sua identidade indígena deverá ser critério fundamental para determinar a quem se aplica as disposições sobre povos indígenas”. Em seguida, o mesmo dispositivo elenca um rol bastante amplo de direitos destinados aos povos indígenas, inclusive com várias semelhanças em relação ao disposto no Convênio 169 da OIT. O artigo 27 refere ademais uma disposição expressa acerca da proteção das terras indígenas.

³³⁸ No Capítulo V do Título II, a Constituição do Paraguai dedica os artigos 62 a 67 aos povos indígenas, reconhecendo-lhes a existência como grupos de cultura anteriores à formação e organização do Estado paraguaio (artigo 62), além dos direitos à identidade étnica e livre organização institucional e sujeição voluntária às próprias normas consuetudinárias (artigo 63), o direito ao uso e gozo da propriedade comunitária (artigo 64), o direito à participação (artigo 65), o direito à educação e à assistência (artigo 66) e, por fim, a exoneração de encargos públicos (artigo 67). Adiante, ao tratar dos idiomas, no artigo 140, a Constituição declara que: “o Paraguai é um país pluricultural e bilíngüe”, pois adota o castelhano e o guarani como línguas oficiais, e que “as línguas indígenas, assim como a de outras minorias, formam parte do patrimônio cultural da Nação”.

³³⁹ O artigo 48º. da Constituição peruana refere-se aos idiomas oficiais do país: “São idiomas oficiais o castelhano e nas zonas onde predominem também o são o *quechua*, o *aimara* e as demais línguas aborígenes, segundo a lei.”

³⁴⁰ No artigo 75, item 17 da Constituição argentina, consta que corresponde ao Congresso reconhecer a pré-existência étnica e cultural dos povos indígenas, garantir o respeito a sua identidade e o direito a uma educação bilíngüe e intercultural, reconhecer a personalidade jurídica de suas comunidades e a posse e propriedade comunitária das terras que tradicionalmente ocupam, regular a entrega de outras aptas e e suficientes para o desenvolvimento humano, com

Venezuela (1999)³⁴¹ e acrescentamos, ainda que de forma menos representativa, Panamá (2004)³⁴².

Para Raquel Fajardo, alguns fatores foram decisivos para o reconhecimento do pluralismo jurídico nas constituições deste ciclo, a saber: a) as demandas indígenas por direitos próprios; b) o desenvolvimento do direito internacional dos povos indígenas; c) a expansão do discurso do multiculturalismo e d) as reformas da justiça com estímulo ao reconhecimento de mecanismos alternativos de solução de conflitos em comunidades indígenas³⁴³. Porém, na opinião da autora, muitos dos dispositivos inseridos nas constituições deste ciclo são “fórmulas não isentas de limitações que nem sempre se implementam de modo orgânico e sistemático”. Esta ineficácia pode ser atribuída a condições internas do próprio sistema jurídico pluralista que se almejava criar e a condições externas relacionadas ao cenário político latino-americano da década de 1990.

No plano jurídico, a incorporação de novos direitos indígenas nas constituições e a ratificação da Convenção 169 da OIT³⁴⁴, não foram acompanhadas de reformas infra-constitucionais na legislação ordinária dos Estados, necessárias para implementar os novos direitos dos povos indígenas e também compatibilizá-los com os direitos e poderes tradicionalmente existentes, principalmente no que tange aos conflitos entre a jurisdição ordinária com a jurisdição consuetudinária indígena e o direito de consulta em matérias de interesse dos povos indígenas.

proteção especial contra sua expropriação e assegurar a participação e consulta em temas de seu interesse como a exploração de seus recursos naturais.

³⁴¹ A Constituição venezuelana reconhece que, além do castelhano, os idiomas indígenas também são oficiais para os povos indígenas. Ademais, dedica o Capítulo VIII do Título III (artigos 119 a 126) para enumerar direitos específicos dos povos indígenas, tais como, o reconhecimento das formas de organização social, política, econômica, manifestações culturais, usos e costumes, religião e idiomas dos povos indígenas, o direito originário sobre as terras que ancestral e tradicionalmente ocupam, proteção de seu habitat e formas de vida, proteção da propriedade intelectual coletiva e o direito à participação política, inclusive com a eleição de deputados indígenas.

³⁴² Na Constituição panamenha, além do artigo 88 que garante a educação bilíngüe, merecem destaque o artigo 90 que em que o Estado reconhece e respeita a identidade étnica das comunidades indígenas nacionais e que realizará programas tendentes a desenvolver os valores materiais, sociais e espirituais próprios de cada uma de suas culturas e criará uma instituição para o estudo, conservação, divulgação das mesmas e de suas línguas, assim como o desenvolvimento integral destes grupos humanos, bem como o artigo 127 que trata da proteção das terras indígenas.

³⁴³ *Idem*, ps. 144-145.

³⁴⁴ Note-se que em muitos países latino-americanos reformadas ou promulgadas neste período, os tratados internacionais sobre direitos humanos, como é o caso da Convenção 169 da OIT, têm *status* de normas constitucionais e passam a integrar o chamado bloco de constitucionalidade.

No plano político, segundo analisa Raquel Fajardo, os efeitos práticos da introdução de normas sobre direitos indígenas nas constituições da América Central e do Sul foram neutralizados pelo movimento de reformas neoliberais, que contraíram a participação do Estado em sua dimensão social, estimularam a exploração em larga escala de recursos naturais pela iniciativa privada nacional e transnacional e, conseqüentemente, flexibilizaram as garantias constitucionais de proteção dos territórios indígenas, e por outros fatores, como a violência interna local, o narcotráfico e as forças paramilitares.³⁴⁵

Como uma resposta, o ciclo do constitucionalismo plurinacional é representado pelos processos constituintes emblemáticos na Bolívia (2006-2009) e no Equador (2008) e também é marcado pela aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007). Este ciclo radicaliza o projeto constitucional descolonizador, propondo o desafio de refundação do Estado a partir do reconhecimento dos povos indígenas não apenas como culturas diversas, mas, sobretudo, como *nações originárias ou nacionalidades com autodeterminação ou livre determinação*, como se refere Raquel Fajardo:

“As Constituições do Equador e Bolívia se propõem a uma refundação do Estado a partir do reconhecimento explícito das raízes milenares dos povos indígenas ignorados na primeira fundação republicana, e assim se lançam o desafio histórico de por fim ao colonialismo”.³⁴⁶ (Tradução livre)

E prossegue a mesma autora:

“Os povos indígenas são reconhecidos não somente como ‘culturas diversas’ mas sim como *nações originárias* ou *nacionalidades* com auto-determinação ou livre-determinação. Isto é, sujeitos políticos coletivos com direito a definir seu destino, governar-se com autonomias e participar nos novos pactos de Estado, que desse modo se configura como um ‘Estado plurinacional’. Ao definir-se como um Estado plurinacional, resultado de um pacto entre povos, não é um Estado alheio que ‘reconhece’ direitos aos indígenas, senão que os coletivos indígenas mesmos se erguem como sujeitos constituintes e, como tais e junto com outros povos, têm poder de definir o novo modelo de Estado e as relações entre os povos que o conformam. Isto é, estas Constituições buscam superar a ausência de poder constituinte indígena na formação republicana e pretendem combater o fato de que as tenham considerado como menores de idade sujeitos a tutela estatal ao longo da história”.³⁴⁷ (destaques no original – Tradução livre)

³⁴⁵ *Ibidem.* p. 143.

³⁴⁶ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *op. cit.* p. 149.

³⁴⁷ *Ibidem.*

Diferentemente das constituições exemplares dos ciclos anteriores, as Constituições da Bolívia e do Equador posicionam os valores indígenas de maneira transversal nos seus textos. Isso significa dizer que os textos não se limitam a contemplar certos dispositivos aos direitos próprios dos povos indígenas. Pelo contrário, estes valores são incorporados como princípios da refundação do Estado e informam toda a estrutura institucional.

Na Constituição da Bolívia, os artigos 1º. a 10, que trazem as bases fundamentais do Estado, são bastante ilustrativos desses objetivos, conforme se pode observar, textualmente nos seguintes dispositivos:

“Artigo 1. Bolívia se constitui em um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomias. Bolívia se funda na pluralidade e pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e lingüístico, dentro do processo integrador do país.

Artigo 2. Dada a existência pré-colonial das nações e povos indígenas originários camponeses e seu domínio ancestral sobre seus territórios, garante-se sua livre-determinação no marco da unidade do Estado, que consiste no seu direito à autonomia, ao auto-governo, a sua cultura, ao reconhecimento de suas instituições e à consolidação de suas entidades territoriais, conforme esta Constituição e a lei.

Artigo 3. A nação boliviana está conformada pela totalidade das bolivianas e bolivianos, as nações e povos indígenas originários camponeses, e as comunidades interculturais e afro-bolivianas que em conjunto constituem o povo boliviano.

Artigo 4. O Estado respeita e garante a liberdade de religião e de crenças espirituais, de acordo com suas cosmovisões. O Estado é independente da religião. (...)

Artigo 8.I. O Estado assume e promove como princípios ético-morais da sociedade plural: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (não sejas preguiçoso, não sejas mentiroso, nem sejas ladrão), *suma qamaña* (viver bem), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida boa), *ivi maraei* (terra sem mal) e *qhapaj ñan* (caminho ou vida nobre).” (Tradução livre)

Já a Constituição equatoriana, reconhece princípios fundamentais semelhantes aos da Constituição boliviana, ao destacar em seu artigo 1º. que:

“Art. 1.- O Equador é um Estado constitucional de direitos e justiça, social, democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico. Organiza-se na forma de república e se governa de maneira descentralizada.”

Entretanto, no artigo 10 a Constituição equatoriana vai mais além, reconhecendo explicitamente direitos fundamentais para coletividades humanas³⁴⁸, bem como a própria Natureza (Pacha Mama) como sujeito titular dos

³⁴⁸ Ver especialmente artigos 56 a 60.

direitos enumerados na Constituição³⁴⁹, subvertendo a ordem antropocêntrica dos Direitos Naturais tradicionalmente reconhecidos no constitucionalismo ocidental:

“Art. 10.- As pessoas, comunidades, povos, nacionalidades e coletivos são titulares e gozarão dos direitos garantidos na Constituição e nos instrumentos internacionais. A natureza será sujeito daqueles direitos que a Constituição lhe reconheça.”

Embora os princípios constitucionais do pluralismo jurídico, da igual dignidade dos povos e culturas, da interculturalidade e do bem viver estejam presentes em ambas as experiências constitucionais³⁵⁰, é a Constituição boliviana que logra a sua melhor tradução institucional, seja na autonomia da jurisdição indígena originária campesina, conferida pelos artigos 190 a 192, seja na composição do Tribunal Constitucional Plurinacional por critérios de gênero e etnicidade, conforme determina o artigo 197.³⁵¹

Após a exposição sistemática dos horizontes constitucionais propostos por Raquel Fajardo, pode-se inferir que este é um modelo teórico muito eficiente para demonstração, em abstrato, das fases pelas quais passaram as Constituições latino-americanas sem, no entanto, significar que todas as experiências constitucionais da região se desenvolveram neste sentido progressivo.

Pelo contrário, observa-se, em primeiro lugar, que a própria autora adverte que os horizontes constitucionais são constantemente desafiados, na prática, ou por resistências de setores conservadores da sociedade, ou por problemas estruturais de efetividade, evidenciando que as transições de uma etapa para outra não são pacíficas e nem tampouco amistosas.³⁵²

Em segundo lugar, verifica-se que as Constituições citadas como paradigmas de um determinado horizonte constitucional ora avançam para o horizonte seguinte, ora permanecem estagnadas em seu horizonte de origem. Na primeira hipótese, tem-se, por um lado, que, embora a Constituição da Guatemala, reformada em 1993, não contemple expressamente o pluralismo jurídico, a interpretação extensiva e sistemática de seu artigo 66, permite o reconhecimento

³⁴⁹ Ver especialmente artigos 71 e 74.

³⁵⁰ *Ibidem.* ps. 149-150.

³⁵¹ Cfr. neste sentido: CLAVERO, Bartolomé. Tribunal Constitucional entre Estado Plurinacional y Pueblos Indígenas: un recto inédito em las Américas. *in*: Revista Española de Derecho Constitucional. n. 94. Jan.-abr. 2012. ps. 29-60. Disponível em <http://clavero.derechosindigenas.org>. Acesso em 05/07/2012.

³⁵² FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *op. cit. passim.*

do direito consuetudinário indígena e de suas formas tradicionais de organização social³⁵³ e, por outro lado, as Constituições da Bolívia e Equador, reformadas no início deste século, transitaram para o ciclo do pluralismo plurinacional. Na segunda hipótese, refira-se, por exemplo, a Constituição do Brasil de 1988, que apesar da incorporação da Convenção 169³⁵⁴, permanece no umbral do segundo ciclo pluralista.

³⁵³ Neste sentido, o relato do Caso Chiyaxé um importante exemplo de experiência bem sucedida de aplicação do direito indígena maia, no marco de uma Constituição do ciclo multiculturalista. Cfr. PADILLA, Guillermo. Pluralismo Jurídico y Paz em Guatemala. *In*: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Revista do IIDH*. n.41, 2005. ps. 208 *et seq.*

³⁵⁴ Cfr. Decreto Legislativo nº. 149, de 26 de junho de 2002.

4

O Reconhecimento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos dos Povos Indígenas como Sujeitos de Direito Internacional em Dimensão Coletiva

4.1

Considerações Iniciais

O presente capítulo tem como objetivo estudar o processo de transformação da experiência jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao reconhecimento de sujeitos coletivos, como vítimas de violações de direitos humanos, dentro de um quadro normativo convencional, que ainda é aquele traçado após o final da Segunda Guerra Mundial³⁵⁵, selecionando, para tanto, as sentenças proferidas em casos de reclamos de povos indígenas por suas terras ancestrais e recursos naturais ou em casos de massacres de povos indígenas.

Apesar de certa vacilação jurisprudencial, a casuística indigenista da Corte Interamericana deixa evidente na fundamentação de suas sentenças, a identidade étnica-cultural que une os membros dos grupos indígenas vitimizados. Ao lesionar-se a identidade cultural da comunidade, composta por vários aspectos relacionados ao seu patrimônio comum de natureza étnica, cultural, histórica, religiosa, lingüística, política e econômica, também é lesionada a identidade pessoal de cada *um* dos membros que a integram e vice-versa³⁵⁶. Por conseguinte, nesses casos, a Corte foi desafiada a interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em face de um sujeito coletivo amplamente reconhecido no campo do Direito Internacional, conforme os parâmetros estabelecidos na

³⁵⁵ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH carrega em seu texto a tradição liberal da concepção dos direitos humanos e é nesse sentido que a definição de pessoa, como sendo todo o ser humano, constante no seu artigo 1.2 possui um forte viés individualista.

³⁵⁶ CANÇADO TRINDADE, A. A. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: memórias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 97.

Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989) e na Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (2007).³⁵⁷

A escolha dos casos a serem estudados no presente capítulo funda-se em duas razões metodológicas: A primeira razão relaciona-se com o fato de que são casos protagonizados por povos indígenas³⁵⁸, nos quais a identidade étnica e cultural do grupo é evidente e, por conseguinte, a Corte foi desafiada a interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em face de um sujeito coletivo perfeitamente identificável no campo do Direito Internacional, conforme os parâmetros estabelecidos na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989) e na Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (2007). A segunda razão metodológica que deve ser, desde logo, explicitada é que, para atender ao escopo do presente estudo, nos casos a seguir examinados serão destacados apenas os aspectos relacionados a resposta a seguinte pergunta: a quem a Corte Interamericana reconhece a condição de sujeito vítima das violações de direitos humanos determinadas em suas sentenças: o povo indígena ou seus membros?

Assim sendo, no atual estágio de sua jurisprudência, relativa ao exercício de sua competência para o julgamento de casos contenciosos, no sistema de petições individuais, a Corte Interamericana já se pronunciou nos seguintes casos indígenas: comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicarágua (2001); Massacre de Plan de Sánchez (2004) e Massacres de Rio Negro (2012) ambos contra Guatemala; comunidades indígenas Yakye Axa (2005), Sawhoyamaya (2006) e Xâkmok Kásek (2010), todos contra o Paraguai, Povo Kichwa de Sarayaku contra o Equador (2012) e Povos Indígenas Kuna de Madugandí e Emberá de Bayano e seus membros contra o Panamá (2014).³⁵⁹

³⁵⁷ Acerca destes instrumentos internacionais vide Capítulo 3.

³⁵⁸ Observe-se que a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, que são as duas principais normas sobre o tema, utilizam genericamente o termo “povo” e os casos levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizaram, até o advento do caso do Povo Kichwa de Sarayaku (2012), o termo “comunidade” para designar a coletividade vitimada. Diante dessa diferença terminológica, é necessário precisar que, para os fins das análises deste capítulo, denominarei “povo” como sendo a nação indígena a qual a “comunidade” (aldeia ou tribo) indígena pertence. Os “povos” (ou “nações”) indígenas distinguem-se entre si, em geral, pelo tronco linguístico ao qual pertencem. Já as “comunidades” (“aldeias” ou “tribos”) indígenas que integram estes “povos” ou “nações” distinguem-se pelo espaço territorial a que estão relacionados todos os elementos sociais, políticos, econômicos, culturais e espirituais formadores de sua cosmovisão.

³⁵⁹ A casuística em estudo está atualizada até 30 de abril de 2015, conforme a lista de casos contenciosos disponibilizada na página da Internet da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Note-se que, embora o caso Yatama contra Nicarágua (2005) não se refira, diretamente, a massacres ou reclamos territoriais de povos indígenas sobre suas terras ancestrais e recursos naturais, conforme o parâmetro de seleção de estudo de casos acima indicado, trata-se de um importante precedente na jurisprudência indigenista interamericana, razão pela qual este caso será oportunamente analisado no presente capítulo.

Não se pode deixar de referir também aos casos da comunidade Moiwana (2005) e do povo Saramaka (2007), ambos contra o Suriname. Apesar de serem, tecnicamente, casos relativos a povos tribais, não originários do território americano, a eles se aplicam os mesmos parâmetros normativos de proteção internacional dos povos indígenas, por sua estreita ligação com a terra tradicionalmente ocupada e por serem considerados como grupos especialmente vulneráveis. Assim sendo, nestes casos de povos tribais foram construídos importantes avanços interpretativos da Convenção Americana, de grande interesse ao tema do presente trabalho, os quais foram aplicados, posteriormente, à casuística indígena *supra* citada.

É certo que as peculiaridades de práticas culturais de coletividades étnicas já haviam sido consideradas nos casos Aloeboetoe³⁶⁰ e Bámaca Velásquez³⁶¹, entretanto, foi a partir do caso da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni que a Corte Interamericana, pela primeira vez, aprofundou a análise da matéria em uma aproximação da interpretação integral da cosmovisão indígena como ponto central daquela sentença, a qual passou a servir como paradigma para os casos de povos indígenas e tribais julgados posteriormente.³⁶²

http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es

³⁶⁰ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Reparaciones e Custas. Sentença de 10 de setembro de 1993. Serie C No. 15. Neste caso a Corte tomou em conta na determinação do montante das reparações aos familiares das vítimas o direito consuetudinário do povo Saramaka, no qual prevalecia a poligamia. A quantia das reparações por danos foi estendida a quarenta e seis parentes (dentre viúvas e seus filhos) das sete vítimas falecidas. Apesar de suscitado pela Comissão, a Corte não considerou o clã como vítima. No entanto, como medida de satisfação com efeito coletivo, a Corte determinou que o Estado tomasse medidas nas áreas de educação e saúde em favor dos moradores do vilarejo (parágrafo 96).

³⁶¹ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C No. 70. Neste caso a Corte levou em consideração o direito dos familiares da pessoa forçadamente desaparecida a dar sepultura digna aos seus restos mortais e a repercussão desta questão na cultura do povo indígena maia.

³⁶² Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. *Voto Razonado Conjunto* dos juízes Cançado Trindade, Pacheco Gómez e Abreu Burelli *par. 12 e 13*.

Com efeito, o ponto de maior destaque do caso da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni versa sobre o direito à propriedade coletiva das comunidades indígenas sobre seus territórios ancestrais e recursos naturais, à luz do parâmetro interpretativo, até então inédito, fixado pela Corte para o artigo 21 da Convenção Americana.

Nesse caso paradigmático, a Corte teve a oportunidade de proceder a uma interpretação evolutiva do artigo 21 da Convenção Americana, embasada em elementos do direito consuetudinário indígena, ampliando a dimensão individual do direito à propriedade privada, originalmente constante neste dispositivo, para nele incluir a concepção coletiva da propriedade territorial indígena, que abarca mais do que um sistema de produção econômica a partir da posse da terra, pois esta significa uma forma particular de organização social e espiritual vital para sua subsistência como povo.

Ocorre que, desde esse precedente, embora a Corte Interamericana tenha passado a reconhecer o estreito vínculo comunitário que une os membros das comunidades indígenas entre si e liga estes à terra ancestral que o grupo tradicionalmente ocupa, outorgando, inclusive, reparações de natureza coletiva em benefício da comunidade como um todo, a Corte estabeleceu para os casos análogos subsequentes a aplicação da regra de individualização da parte lesionada, mesmo em casos de massacres de povos indígenas, nos quais esta individualização era de extrema dificuldade fática.

Dito de outra maneira, não obstante ao reconhecimento do liame comunitário indígena, que distinguia o exercício coletivo de certos direitos previstos na Convenção Americana, este era paradoxalmente colocado em xeque em função da regra de individualização da parte lesionada, e mais, ao final, a Corte declarava nos pontos resolutivos da sentença, como vítimas, os membros das comunidades e não a comunidade como um sujeito vitimado autônomo.

Assim sendo, a questão central de estudo neste capítulo é o gradual alcance do *status de* sujeitos coletivos de direitos pelos povos indígenas, no marco de uma hermenêutica evolutiva fixada pela Corte Interamericana, a partir da interpretação do artigo 21 da Convenção Americana, deslocada, posteriormente para outros dispositivos convencionais. Sendo assim, deve ser enfatizado que, nos casos indígenas, objeto deste trabalho, inúmeras outras questões, relacionadas por exemplo com os direitos à vida, identidade cultural, consulta e acesso à justiça,

são discutidas. Porém, percebe-se que é na análise da violação do artigo 21 da Convenção que a Corte entendeu, inicialmente, que a dimensão coletiva é um aspecto indissociável da proteção dos direitos humanos dos povos indígenas e tribais. Gradualmente, caso a caso, esta dimensão coletiva foi sendo introduzida na análise da violação de outros direitos protegidos até que, finalmente, logra-se o reconhecimento da subjetividade coletiva dos povos indígenas no caso do povo Kichwa de Sarayaku em 2012.

Isso posto, o plano de exposição desse desenvolvimento jurisprudencial será dividido em seis seções: A primeira seção centra-se no estudo do caso paradigmático da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, enfatizando-se os fundamentos que a Corte utilizou para construção do raciocínio lógico-interpretativo do artigo 21 da CADH em prol da sua aplicação ao caso de propriedades territoriais indígenas. Na segunda e terceira seções, analisarei os efeitos deste precedente no caso do Massacre de Plan de Sánchez e na trilogia de casos indígenas paraguaios, notando a evolução gradual da jurisprudência da Corte quanto à aplicação da regra de individualização das vítimas. Na quarta seção, dedicada ao estudo do caso do povo Kichwa de Sarayaku, será verificado que a Corte abandona o critério rígido da individualização das vítimas e passa a considerar os povos indígenas como verdadeiros sujeitos titulares dos direitos humanos declarados violados em sentença. Em seguida, na quinta seção, o caso dos Massacres de Rio Negro será avaliado em perspectiva crítica, como sendo um grave retrocesso jurisprudencial em matéria de subjetividade coletiva dos povos indígenas. Por fim, na sexta seção, será examinado o caso dos povos Indígenas Kuna de Madugandi e Emberá de Bayano e seus membros contra o Panamá (2014) no qual se denota o retorno ao parâmetro de subjetividade coletiva estabelecido no caso do povo Kichwa de Sarayaku.

4.2

Análise do Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni (2001)

O caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni origina-se com à outorga pelas autoridades estatais da Nicarágua, em 13 de março de 1996, de uma concessão de 30 anos, para a exploração de madeira, nas terras tradicionalmente ocupadas pela Comunidade a empresa Sol del Caribe S.A. (SOLCARSA), sem

consulta prévia ao povo Awas Tingni. Outro fato que está na raiz deste caso é a não demarcação de suas terras comunais pelo Estado da Nicarágua. Embora a Constituição e a legislação interna reconheçam expressamente este direito à propriedade ancestral³⁶³, o Estado não adotou medidas administrativas efetivas para implementá-lo e nem mesmo um recurso judicial adequado para responder às demandas da citada Comunidade sobre seus direitos territoriais.

A fundamentação jurídica utilizada pela Corte, na sentença de mérito, reparações e custas, ditada em 31 de agosto de 2001, para a proteção da propriedade territorial indígena no âmbito da Convenção Americana parte, curiosamente, do mesmo artigo 21 que reconhece a toda pessoa o direito à propriedade privada. Interessante é notar, todavia, que o texto do referido artigo 21 não menciona expressamente o direito à propriedade privada, mas o direito que toda pessoa tem ao uso e gozo de seus bens. Assim, em um primeiro passo, a Corte define que o conceito de bens compreende todos os móveis e imóveis, os elementos corpóreos e incorpóreos e qualquer outro objeto imaterial suscetível de ter um valor.

Em um segundo passo, a Corte volta-se aos trabalhos preparatórios da Convenção Americana e revela que, na elaboração do texto do artigo 21, a substituição dos termos “propriedade privada” por “bens” foi intencional. Dito isso, em um terceiro passo, a Corte agregou que os termos de um tratado internacional de direitos humanos têm sentido autônomo e, por conseguinte, não podem ser equiparados ao significado que lhes atribui o direito interno. Ademais, em um quarto e definitivo passo, a Corte expressa que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos cuja interpretação tem que se adequar à evolução dos tempos e, em particular, às condições atuais de vida.

Sob esta base, a Corte invoca, em um quinto passo, o artigo 29, *b*) da Convenção Americana, segundo o qual nenhum dispositivo deste tratado pode ser interpretado no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade, que porventura possa estar reconhecido nas leis de qualquer dos Estados partes da Convenção Americana, ou de qualquer outra convenção de que seja parte um de ditos Estados.

³⁶³ Cfr. Artigos 5º., 89 e 180 da Constituição; Lei n.º. 28, de 30/10/1987; Decreto n.º. 16, de 23/08/1996.

Neste ponto do seu raciocínio, a Corte então reúne os argumentos levantados nos cinco passos anteriores e sintetiza como principal fundamento da proteção do direito dos membros das comunidades indígenas à propriedade comunal, ainda que sob a égide do artigo 21, a interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, considerando as normas de interpretação aplicáveis e de conformidade com o citado artigo 29, *b*) da Convenção que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos humanos nela consagrados.

A Corte esclarece, em trecho lapidar que servirá de parâmetro para os casos subsequentes, que na cultura indígena existe uma tradição comunitária sob a forma comunal de propriedade da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua Comunidade e agrega ainda que:

“Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve 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 senão um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.”³⁶⁴ (Tradução livre)

Como se pode extrair da fundamentação acima examinada, a Corte reconhece, expressamente, que o território indígena não pertence a um membro da Comunidade, mas ao grupo, coletivamente, e do qual depende para sua própria existência material e espiritual e, por tomar especialmente as bases consuetudinárias do direito indígena, a Corte consignou que basta a posse da terra para que as comunidades indígenas que carecem de um título real sobre a propriedade, obtenham o reconhecimento oficial de dita propriedade e o consequente registro.

Além da interpretação do artigo 21 da Convenção, a Corte acrescenta ainda em sua fundamentação que a ordem jurídica interna do Estado da Nicarágua reconhece a propriedade comunal indígena e, por conseguinte, entende que o Estado não ofereceu objeção ao reconhecimento da Comunidade Mayagna como

³⁶⁴ Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. par. 149.

proprietária de suas terras ancestrais. Entretanto, o que está em litígio é apenas os limites de sua extensão.

Assim, a Corte considerou que a Nicarágua não regulamentou o processo específico para materializar dito reconhecimento e, por conseguinte, o território reclamado pelos mayagna não foi efetivamente delimitado, demarcado e titulado, o que ocasionava uma situação de incerteza e insegurança jurídica para a Comunidade com relação ao uso e gozo de seu território e recursos naturais.

Em razão dessa situação, a Corte outorgou, como medida reparatória, a título de danos imateriais, uma indenização pecuniária fixada por equidade no valor de cinquenta mil dólares, a serem investidos pelo Estado nicaraguense em obras ou serviços de interesse coletivo em benefício da Comunidade Awas Tigni, de comum acordo com esta e sob a supervisão da Comissão Interamericana.³⁶⁵

Enfim, ao declarar a violação do artigo 21 da Convenção Americana pelo Estado da Nicarágua, a Corte considerou como vítimas os membros da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni, e não a comunidade indígena, autonomamente, determinando ao Estado que delimite, demarque e titule as terras que correspondem aos membros da comunidade indígena em questão.

Essa postura da Corte, no entendimento do juiz Sergio Garcia Ramírez, não seria paradoxal, pois, conforme expõe em seu *voto razonado concurrente*, a análise do direito de uso e gozo sobre suas terras ancestrais no marco interpretativo do artigo 21 da CADH, foi realizada desde a perspectiva dos membros das comunidades indígenas (e não da própria comunidade como sujeito), o que não implicaria, ao ver do magistrado, desconhecer ou negar direitos de outra natureza ou alcance, vinculados com aqueles, como são os direitos de caráter coletivo, constantes inclusive, na normativa nacional e internacional de proteção de direitos humanos dos povos indígenas.³⁶⁶

Na mesma linha de argumentação, o juiz Sérgio Garcia Ramírez aduz que os direitos comunitários, intrínsecos à cultura jurídica de muitos povos indígenas, e por conseguinte, de seus integrantes, constituem a fonte e o amparo dos direitos subjetivos individuais, o que conduziria, em suma, ao reconhecimento de uma íntima e indissolúvel vinculação entre os direitos de ambas as ordens – individuais

³⁶⁵ *Idem.* par. 167.

³⁶⁶ Corte IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. *Voto Razonado Concurrente* do juiz Sergio Garcia Ramírez. Par. 14.

e coletivos – que precisam ser igualmente tutelados em favor das pessoas que fazem parte de grupos étnicos indígenas.³⁶⁷

4.3

Análise do caso do massacre de Plan de Sánchez (2004)

Este é um caso cujos fatos caracterizam a prática de genocídio contra a comunidade de Plan de Sánchez, integrante do povo maia Achí, inseridos no contexto de violações em massa de direitos humanos, perpetradas contra o povo indígena maia, durante o conflito armado na Guatemala, principalmente, entre 1978 e 1984. Este massacre, ocorrido em 18/07/1982, afetou duramente a comunidade em sua identidade cultural e valores espirituais. Embora os membros da comunidade tenham sido deslocados para fora de seu território, decorridos alguns anos do massacre, os sobreviventes retornaram as suas casas. Porém o trauma da violência sofrida, a militarização da aldeia, a morte de mulheres e anciãos, responsáveis pela realização dos rituais fúnebres e transmissão dos seus usos e costumes, além da falta de condições de vida digna deixaram marcas indeléveis naquela comunidade indígena.

No curso do processo, o Estado guatemalteco reconheceu sua responsabilidade internacional pelas múltiplas violações da Convenção Americana³⁶⁸, sem no entanto, ter sido aprofundada a questão da prática do genocídio por razões de incompetência material da Corte Interamericana³⁶⁹, abrindo-se, posteriormente, a fase de reparações.

É válido destacar que, ao deliberar sobre quem seriam os beneficiários das reparações, tanto a Comissão Interamericana quanto os representantes das vítimas propuseram que o Estado deveria instalar uma comissão para a identificação de

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ A Corte decidiu, por unanimidade “[d]eclarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, que éste violó los derechos consagrados en los artículos 5.1 y 5.2 (Derecho a la Integridad Personal); 8.1 (Garantías Judiciales); 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad); 12.2 y 12.3 (Libertad de Conciencia y de Religión); 13.2 literal a y 13.5 (Libertad de Pensamiento y de Expresión), 16.1 (Libertad de Asociación), 21.1 y 21.2 (Derecho a la Propiedad Privada), 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y que incumplió la obligación de respetar los derechos consagrada en el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 47 y 48 de la presente Sentencia.” (Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 29 de abril de 2004. Série C No. 105. Ponto resolutivo n. 3.)

³⁶⁹ Em posição crítica a este respeito, veja-se o *Voto Razonado* do juiz A. A. Cançado Trindade *in*: Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 29 de abril de 2004. Série C No. 105.

outras vítimas, ademais daquelas listadas em seus escritos, pois, dada a magnitude do massacre, era evidente a dificuldade de uma identificação completa, apesar dos esforços empreendidos.³⁷⁰

Em que pese a grande dificuldade de identificação das vítimas, devido a fatores como a necessidade de exumação dos restos mortais das pessoas queimadas e enterradas em valas comuns, sem qualquer documentação oficial, o decurso do tempo, assim como a extensa relação de vítimas do massacre, a Corte aplicou ao caso a regra de individualização das vítimas e declarou como parte lesionada as mais de duzentas vítimas identificadas no parágrafo 49.10 da sentença de reparações³⁷¹, assinalando que:

“É preciso recordar que quando se está em presença de um caso contencioso perante a Corte, é preciso que a parte lesionada comunique quem é ou quem são os beneficiários. A respeito, no parágrafo 48 da Sentença ditada no dia 29 de abril de 2004, esta Corte considerou como vítimas as pessoas assinaladas no parágrafo 42.48 da citada Sentença, e indicou que também poderiam sê-lo aquelas que fossem identificadas com posterioridade. Se bem que os representantes e a Comissão tenham assinalado que têm tido dificuldades para identificar as vítimas, e o Estado indicou a necessidade de identificá-las de conformidade com o direito interno, sem que tenha oferecido outros elementos de prova para tal fim, esta Corte, seguindo o critério estabelecido em outra ocasião³⁷², considera que não está em condições de fixar indenização alguma a respeito de vítimas que não tenham sido individualizadas até a presente data. Sem prejuízo do anterior, esta Corte se reserva a possibilidade de determinar, no capítulo correspondente, outras formas de reparação a favor de todos os membros das comunidades afetadas pelos fatos do caso.”³⁷³ (Tradução livre)

A seguir, a Corte outorgou aos sobreviventes e aos familiares dos mortos uma das maiores indenizações por danos morais e materiais já fixadas pela Corte, no valor de US\$ 7.925.000,00, sem prejuízo de outras modalidades de reparações outorgadas em benefício da comunidade de Plan de Sánchez e demais comunidades vizinhas afetadas pelo massacre, tais como, a obrigação do Estado

³⁷⁰ Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C No. 116. Pars. 57 e 58.

³⁷¹ *Idem*, pars. 60 e seguintes.

³⁷² A Corte se refere ao caso do Instituto de Reeducação do Menor, sentença de 02 de setembro de 2004, que, no seu parágrafo 273, dispôs: “Este Tribunal recuerda que cuando se está en presencia de un caso contencioso ante la Corte es preciso que la parte interesada determine quién o quiénes son los beneficiarios. Por esta circunstancia, la Corte no está en condiciones de decidir indemnización alguna respecto de posibles familiares de los internos víctimas de violaciones de derechos humanos que no hayan sido identificados.”

³⁷³ *Idem*, par. 62.

de investir em políticas de habitação, saúde, educação e infraestrutura de saneamento básico.

Neste caso, à semelhança do assentado na sentença da comunidade Mayagna, a Corte enfatizou a estreita relação que havia entre os membros da comunidade de Plan de Sánchez e a especial ligação destes com seu território ancestral, pontificando que as vítimas neste caso são parte do povo maia e por tal razão a reparação individual tem como um componente importante as reparações que esta Corte outorga mais adiante aos membros das comunidades em conjunto.³⁷⁴

Esta referência ensejou a retomada e aprofundamento da discussão sobre a titularidade de direitos humanos por indivíduos e coletividades em novo *voto razonado* proferido pelo juiz Sergio Garcia Ramírez.³⁷⁵

Nesta oportunidade, o referido magistrado reiterou seu entendimento, firmado no caso Mayagna, segundo o qual a vida dos membros de comunidades indígenas está intimamente ligada à vida da própria comunidade, tanto em aspectos materiais como espirituais, porém, os direitos individuais dos integrantes destas comunidades não se resumem a estes e nem são absorvidos pelos direitos coletivos que emergem da vida comunitária.³⁷⁶

Não obstante a este reconhecimento, Garcia Ramírez registra que, ao analisar os fatos e pretensões em casos de coletividades humanas, considerou os estritos termos do artigo 1.2 da Convenção Americana, de acordo com o qual, pessoa deve ser entendida como todo ser humano e, nesse sentido, refere a evidência do caráter individual de vários outros dispositivos da CADH, embora ressalvando em alguma medida a dimensão coletiva do exercício de certos direitos sociais.³⁷⁷

³⁷⁴ Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C No. 116. pars. 85 e 86.

³⁷⁵ Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C No. 116. *Voto Razonado* do juiz Sergio Garcia Ramírez. Pars. 1-14.

³⁷⁶ *Idem.* pars. 1-5 e 10.

³⁷⁷ *Idem.* par. 6.

4.4

Análise da Trilogia de Casos das Comunidades Indígenas do Chaco Paraguuaio (2005, 2006 E 2010)

A trilogia de casos das comunidades indígenas paraguaias, que guardam entre si uma grande semelhança fática, caracterizam-se pela continuidade nos marcos interpretativos sobre propriedade territorial indígena, fundados no caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni³⁷⁸, mas o estudo em conjunto destes casos permite também uma melhor análise dos passos dados no rumo de uma importante mudança jurisprudencial da Corte Interamericana em matéria de subjetividade coletiva das vítimas de violações de direitos humanos.

As vítimas que figuram como partes nesta trilogia são membros de comunidades indígenas da região chaquenha do Paraguai, as quais se diferenciam da população em geral por sua forma de organização social, meios de subsistência física e hábitos culturais, intimamente relacionados com o meio onde vivem.

Estas comunidades foram deslocadas de suas terras ancestrais para serem assentadas em outras terras que não ofereciam as mesmas condições de subsistência. Ao tentarem retornar às terras ancestrais, seus membros foram impedidos de entrar nestes territórios mesmo que para caçar, colher alimentos na floresta, pescar ou buscar água, rompendo-se a especial relação que mantinham com suas origens étnico-culturais e com sua própria subsistência física. Nesse novo cenário, as comunidades passaram a viver na beira da estrada em estado de absoluta miséria, sem a devida assistência do Poder Público.

Para tentar reaver suas terras ancestrais, os líderes das três comunidades indígenas paraguaias iniciaram processos administrativos de acordo com o que determinam a Constituição e a legislação interna, as quais preveem o reconhecimento da titularidade das respectivas terras ancestrais indígenas como anteriores ao próprio Estado paraguaio e, por conseguinte, sua prevalência sobre a propriedade individual privada.

É importante destacar que o ordenamento jurídico paraguaio prevê ainda que seja reconhecida personalidade jurídica às comunidades indígenas, e que seja

³⁷⁸ Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Serie C No. 125, par. 124 e ss.; Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C No. 146, par. 117 e ss.; Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. par. 85 e ss.

formalizada a escolha de seus representantes a fim de se obter a titularidade das terras ancestrais, em conformidade com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.³⁷⁹

Entretanto, por falta de operatividade destes processos administrativos internos, principalmente nos casos em que há resistência dos proprietários privados da terra, ocorreu um prolongamento indefinido nas suas tramitações, sem que houvesse a previsão de um recurso interno eficiente para se obter uma resolução definitiva destas questões.

Nesse contexto, a Corte Interamericana asseverou que estas comunidades encontravam-se em uma situação de especial vulnerabilidade, visto que privados de suas terras, não lhes era garantido o exercício de suas atividades tradicionais, essenciais para a sua subsistência física e cultural, resultando na declaração da violação, dentre outros dispositivos, do artigo 21 da Convenção Americana.

Visto que os membros da comunidade estavam facultados, inclusive pelo direito interno, a apresentar solicitações de reivindicação de terras tradicionais, a Corte ordenou que o Estado identificasse essas terras e as entregasse de forma gratuita aos membros da comunidade, mediante indenização aos terceiros de boa fé que as ocupem atualmente ou que o Estado entregasse, gratuitamente, terras alternativas, de igual extensão e qualidade.

4.4.1 Caso Yakye Axa (2005)

Neste caso, a Corte considerou os membros da Comunidade Yakye Axa como vítimas da violação ao direito de propriedade sobre suas terras ancestrais, utilizando, para tanto, uma fundamentação análoga àquela já referida no caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni ao interpretar o sentido e alcance da disposição contida no artigo 21 da Convenção Americana.

Porém, o reconhecimento da violação do artigo 4.1 da Convenção, dadas as condições de extrema miséria em que vivia a Comunidade Yakye Axa, ensejou novos desdobramentos da discussão em tela.

Neste primeiro caso paraguaio, a Comissão e os representantes das vítimas alegaram a responsabilidade estatal, por omissão, em relação ao óbito de dezesseis

³⁷⁹ Cfr.: Artigo 64 da Constituição do Paraguai de 1992.

membros da Comunidade Yakye Axa, dentre crianças e idosos, que faleceram no assentamento, na beira da estrada, por falta de assistência médico-sanitária. Embora essas condições de vida precária tenham sido objeto de ampla comprovação, a Corte, por maioria, entendeu não haver prova suficiente para demonstração do nexo de causalidade. Mas, de modo contraditório, a Corte considerou que o Estado paraguaio violou o artigo 4.1 da Convenção Americana em prejuízo dos membros da Comunidade Yakye Axa, por não adotar medidas frente às condições que afetaram suas possibilidades de ter uma vida digna.³⁸⁰

Em Voto Dissidente Conjunto, os Juízes A. A. Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles expuseram as razões de sua discordância ante ao não reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado paraguaio por dez dos dezesseis óbitos ocorridos na Comunidade Yakye Axa, e ressaltaram a questão da identidade étnico-cultural deste povo, como um ponto a ser aprofundado no marco do direito à vida:

“18. A identidade cultural tem raízes históricas, e, nas circunstâncias do presente caso da Comunidade Indígena Yakye Axa, encontra-se vinculada à terra ancestral. Mas o que merece uma ênfase ainda maior é o fato de que a identidade cultural é um componente ou agregado do próprio direito à vida *lato sensu*; assim, se se afeta a identidade cultural se afeta inevitavelmente o próprio direito à vida dos membros da referida comunidade indígena. A evidência pericial produzida perante a Corte durante a audiência pública do dia 04.03.2005 indicou que os únicos que ‘humanizaram’ a região de *El Chaco* foram os próprios indígenas, com sua cultura, seu *modus vivendi*, sua forma de auto-organização.

19. Com seu deslocamento, em anos recentes, de suas ‘terras ancestrais’, uma comunidade indígena como a de Yakye Axa tem sua identidade cultural seriamente afetada, ademais do próprio direito à vida de seus membros. Como assinalou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos na audiência pública de 05.03.2005 perante esta Corte, - sem ter sido contestada pelo Estado, - como consequência da situação supracitada, os meninos e meninas na comunidade Yakye Axa, nascem predestinados às enfermidades, à falta de acesso à educação, e à servidão. Isto, em nosso entender, constitui claramente *per se* uma violação ao direito fundamental à vida.

20. A nosso juízo, a Corte deveria ter pensado mais a fundo sobre o direito fundamental à vida, como o fez em relação ao direito de propriedade (de terras ancestrais). Ao fim e ao cabo, o direito à vida é um direito inderrogável sob a Convenção Americana, enquanto que o direito à propriedade não o é. No presente caso este último adquire especial relevância precisamente por estar relacionado diretamente com o pleno gozo do direito à vida abarcando as condições de uma vida digna.”³⁸¹ (tradução livre)

³⁸⁰ Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Serie C No. 125, par. 176.

³⁸¹ Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Serie C No. 125, Voto Dissidente Conjunto dos Juízes A. A. Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles. pars. 18 a 20.

É interessante notar, ademais, que ao estabelecer o conceito de “beneficiários”, ou seja, a quem seriam outorgadas as medidas de reparação no presente caso, a Corte prosseguiu utilizando o critério estabelecido na sentença anterior de Plan de Sánchez, fazendo expressa menção a este caso:

“188.No presente caso, a Corte compartilha do critério da Comissão e dos representantes no sentido de que as reparações adquirem um especial significado coletivo. A este respeito, este Tribunal considerou em um caso que envolvia povos indígenas que a reparação individual têm como um componente importante as reparações que a Corte outorga mais adiante aos membros das comunidades em seu conjunto.

189. Sem prejuízo disso, a Corte considera que os beneficiários das reparações que se ordenam na presente Sentença são os membros da Comunidade indígena Yakye Axa, detalhados na lista constante no anexo A desta Sentença”. (Tradução livre)

A lista de vítimas a que se refere o parágrafo 189 da sentença, *supra* transcrito, foi elaborada com base nas informações do censo de 2.002. Este censo organizou os membros da Comunidade Yakye Axa em noventa residências/grupos familiares, referindo o nome e sobrenome de cada um dos trezentos e dezenove indivíduos membros da comunidade. Porém, deixou-se consignado na sentença que devido ao fato de ser uma população deslocada de seu território ancestral, que vive na beira de uma estrada, certamente, o número de pessoas constante desta lista poderia variar. Em relação às reparações de caráter coletivo anunciadas pela Corte, tem-se, por um lado, a criação de um fundo destinado exclusivamente à aquisição das terras a serem entregues aos membros da Comunidade Yakye Axa, e, por outro lado, a implementação de um programa e um fundo de desenvolvimento comunitário.³⁸²

Neste mesmo período ordinário de sessões, transcorrido de 13 a 30/06/2005, a Corte Interamericana deliberou ainda sobre outros três casos envolvendo coletividades étnicas como vítimas, a saber: as sentenças de mérito nos casos Moiwana contra Suriname e Yatama contra Nicarágua, que serão estudadas a continuação, bem como a resolução das medidas provisórias no caso do povo Sarayaku contra Equador do qual tratarei na próxima seção deste capítulo.

³⁸² Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Serie C No. 125, pars. 205, 206 e 218.

No caso Moiwana, o fato subjacente de toda a demanda da Comissão consistiu no ataque por integrantes das forças armadas do Suriname aos membros N'djuka daquela comunidade Maroon, no dia 29/11/1986. O ataque resultou no massacre de mais de quarenta pessoas, arrasando o vilarejo. Os sobreviventes fugiram para a floresta e, posteriormente, foram exilados ou deslocados internamente, sem jamais poder retornar ao seu território tradicional.

Nesta sentença, que precedeu em apenas dois dias àquela proferida no caso Yakyé Axa, a violação do artigo 21 da CADH foi formulada pelos representantes das vítimas com base no rompimento da estreita relação que os habitantes de Moiwana mantinham com seus territórios tradicionais, o que foi acatado pela Corte, mesmo considerando que eles fossem membros de uma comunidade tribal N'djuka, aplicando-se a este caso a jurisprudência sobre territorialidade indígena anteriormente firmada.³⁸³

Em continuidade ao parâmetro utilizado no caso Plan de Sánchez, a Corte considerou, como parte lesionada, beneficiárias de reparações, as pessoas individualizadas nos parágrafos 71 e 86.17 da sentença, inobstante a outorga de medidas de satisfação de caráter coletivo em favor da comunidade moiuana³⁸⁴, dada a gravidade dos fatos e a extensão do dano causado.

Para além da linha de argumentação hermenêutica e normativista desenvolvida pela Corte até então, o juiz Cançado Trindade destacou em seu voto no caso Moiwana, ao tratar da subjetividade jurídica dos povos no Direito Internacional, que dois séculos antes do Suriname ter alcançado sua condição de Estado independente, os povos tribais Maroon, que se assemelham aos povos quilombolas brasileiros, celebraram tratados de paz com as autoridades coloniais para obter sua liberdade, os quais foram subsequentemente renovados e reconhecidos pelo Estado do Suriname, o que significa dizer que estes povos exerceram seus atributos de pessoas jurídicas no Direito Internacional, reforçando a tese que o Juiz Cançado Trindade sempre sustentou, qual seja, “que os Estados

³⁸³ Corte IDH. Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124. pars. 130-135.

³⁸⁴ *Idem.* pars. 201 e 214.

não são, e nunca foram, os únicos e exclusivos sujeitos do direito internacional”³⁸⁵, e prossegue argumentando o magistrado:

“Essa perspectiva puramente inter-estatal foi forjada pelo positivismo, como do reducionismo vateliano de meados do século XVIII, e tornou-se em voga no final do século XIX e início do século XX, com as bem conhecidas conseqüências desastrosas – as sucessivas atrocidades perpetradas em distintas regiões do mundo contra os seres humanos individual e coletivamente – que marcaram a trágica e horrorosa história do século XX. Todavia, desde suas origens históricas no século XVI, o direito das gentes³⁸⁶ (*droit des gens, derecho de gentes, direito das gentes*) englobava não apenas Estados, mas também povos, e a pessoa humana, individualmente e em grupos), e a humanidade como um todo”³⁸⁷ (Tradução livre)

Em seguida, ainda no mesmo voto, para ampliar o rol de sujeitos admitidos pelo Direito Internacional, tornando-o mais universalista, com a inclusão dos seres humanos, individual e coletivamente, o Juiz Cançado Trindade invoca os ensinamentos dos chamados *pais fundadores* do Direito Internacional, dentre os quais destaca Francisco de Vitória, encerrando este capítulo de seu voto com uma instigante proposição: se até aquele momento a Corte já havia definido que os membros de comunidades indígenas eram sujeitos titulares de direitos no Direito Internacional dos Direitos Humanos, permanecia em aberto a questão da evolução da condição dos próprios povos como sujeitos do Direito Internacional.³⁸⁸

Dias depois, em 23 de junho de 2005, a Corte ditou a sentença emblemática do caso do partido indígena Yatama, na qual estabeleceu, pela primeira vez, os parâmetros interpretativos do artigo 23 da CADH, e, particularmente, fixou sua importância em relação ao princípio da igualdade e não discriminação quando se trata da participação política de grupos étnicos minoritários em uma sociedade democrática.

Nesta oportunidade, fazendo um balanço dos casos de comunidades étnicas julgados neste período de sessões, que vieram a somar-se à jurisprudência anteriormente firmada pela Corte, o juiz Sergio Garcia Ramírez profere um *voto concurrente* no qual explicita, mais uma vez, sua posição acerca da barreira

³⁸⁵ Corte IDH. Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124. Voto Separado do juiz A. A. Cançado Trindade. Par. 6.

³⁸⁶ O juiz Cançado Trindade utiliza a expressão *law of nations* no texto do voto original em inglês.

³⁸⁷ *Idem*, par. 7.

³⁸⁸ *Idem*, pars. 8-12.

normativa convencional para o reconhecimento da titularidade coletiva de direitos humanos:

“Ao examinar esses casos, a Corte tem presente, em todo momento, o alcance subjetivo de sua competência à luz do artigo 1.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que aclara a conotação que esse instrumento internacional maneja sobre o conceito de ‘pessoa’: o ser humano, o indivíduo, como titular de direitos e liberdades. O Tribunal não pode exceder esta fronteira estabelecida pela Convenção que fixa sua competência. Nem tampouco deve prescindir do exame profundo das questões que se propõem, a fim de precisar suas verdadeiras características, raízes, implicações, consequências, etc, para entender a entidade das violações cometidas, em cada caso, e resolver adequadamente sobre as reparações que possam corresponder a elas.”³⁸⁹ (Tradução livre)

Por tais razões, entende o magistrado que, nas diversas decisões relacionadas com integrantes de grupos indígenas ou étnicos, a Corte considera o direito dos membros dessas comunidades ou grupos, sem ultrapassar os limites da apreciação de casos individuais, ao mesmo tempo em que procede à análise do seu contexto, dentro do marco necessário, característico, substancial do caso, qual seja, os direitos coletivos das comunidades as quais pertencem estes indivíduos³⁹⁰.

4.4.2 Caso Sawhoyamaxa (2006)

A sentença deste segundo caso paraguaio guarda um lapso temporal de apenas nove meses em relação à sentença do caso *Yakye Axa* e, apesar de serem casos congêneres, a Corte corrigiu alguns desvios e trouxe outras fundamentações inovadoras. Em seu Voto *Razonado*, o Juiz A. A. Cançado Trindade assim se manifestou a respeito:

“22. Esta Corte incorreu, pois, em sua maioria, em um grave erro em sua anterior Sentença no caso da *Comunidade Indígena Yakye Axa versus Paraguai* (de 17.06.2005), quanto ao seu ponto resolutivo n. 4, não só quanto ao direito material aplicável (atinentes ao direito à vida em sua ampla dimensão e o direito à identidade cultural, *supra*) senão também em matéria de direito procesual. Sem embargo, retificou dito erro na Sentença que acaba de emitir a Corte no presente caso da *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, e retornou assim a linha de sua mais lúcida jurisprudência a respeito. (...)

³⁸⁹ Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C No. 127. *Voto Concurrente* do juiz Sergio Garcia Ramírez. par. 6.

³⁹⁰ *Idem*. par. 7.

28. O direito à vida é, no presente caso da Comunidade Sawhoyamaxa, abordado em sua vinculação estreita e inseparável da identidade cultural. Dita identidade se forma com o passar do tempo, com a trajetória histórica da vida em comunidade. A identidade cultural é um componente ou agregado do direito fundamental à vida em sua ampla dimensão. No que concerne aos membros da comunidade indígena, a identidade cultural se encontra estreitamente vinculada a suas terras ancestrais. Se eles são privados destas últimas, mediante seu deslocamento forçado, afeta-se seriamente sua identidade cultural e, em última instância, seu próprio direito à vida *lato sensu*, ou seja, o direito à vida de cada um e de todos os membros de cada comunidade³⁹¹. (Tradução livre)

Sendo assim, a Corte considerou que o Estado paraguaio violou o artigo 4.1 da Convenção tanto em prejuízo dos membros da Comunidade Sawhoyamaxa, por falta de cumprimento de obrigações positivas para melhoria de suas condições de vida, quanto, particularmente, em prejuízo de um idoso e dezoito crianças, o que neste último caso conduziu à vinculação da violação do artigo 19 da Convenção.

Em suas reflexões finais no citado *voto razonado*, o juiz Cançado Trindade sinalizando, mais uma vez, com a possibilidade do *jus standi* destes povos perante organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, relembra o papel central da discussão sobre os direitos dos povos indígenas nas raízes da formação do Direito Internacional:

“60 As violações dos direitos dos povos indígenas, e as reparações devidas a estes últimos, se encontram, com efeito, nas raízes do proceso histórico de formação do direito de gentes, do *jus gentium*. Demonstram-no com veemência, no século XVI, as célebres Relecciones Teológicas de Francisco de Vitoria, em particular sua célebre *De Indis – Relectio Prior* (1538-1539), assim como os Tratados Doutriniais (1552-1553) de Bartolomé de las Casas. Ambos autores se fundamentam no jusnaturalismo para desenvolver seus sólidos argumentos em defesa dos direitos dos povos indígenas.”³⁹² (Tradução livre)

Por fim, assinala o Juiz A. A. Cançado Trindade, em seu *Voto Razonado*, que de modo inovador em relação ao Caso Yaky Axa, a Corte declarou violado também o artigo 3 da Convenção em prejuízo das dezoito crianças falecidas que não possuíam certidões de nascimento, óbito ou qualquer outro documento de identificação, ressaltando ainda que outros membros da comunidade poderiam estar em situação análoga.

³⁹¹ Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C No. 146. *Voto Razonado* do Juiz A. A. Cançado Trindade. pars. 22-28.

³⁹² *Idem*. par. 60.

Ainda em continuidade do parâmetro utilizado no caso Yakye Axa, os membros da Comunidade Sawhoyamaxa também foram individualizados através de um censo realizado em 2.006, no qual as quatrocentas e sete pessoas foram distribuídas em oitenta e três famílias, com a devida ressalva de que, devido às condições inerentes ao grupo, este número poderia sofrer variações ao longo do tempo.

Entretanto, com exceção das indenizações outorgadas aos familiares das dezenove vítimas falecidas, as reparações às violações declaradas pela Corte, tal como no caso Yakye Axa, tiveram um caráter coletivo, beneficiando a comunidade como um todo, através da entrega de indenizações aos líderes da comunidade e da outorga de fundos de desenvolvimento e políticas públicas de saúde, saneamento, alimentação e combate ao sub-registro.

4.4.3 Caso Xâkmok Kásek (2010)

Antes de se adentrar no estudo deste terceiro caso, é necessário notar alguns avanços jurisprudenciais alcançados no caso Saramaka, que é outro precedente da Corte em matéria de reivindicação, por um povo afrodescendente, do reconhecimento estatal de seu território comunal, bem como pelo direito de uso e gozo de seus recursos naturais, com fatos muito similares aos narrados nos casos indígenas e tribais anteriormente julgados³⁹³,

No caso do Povo Saramaka, a questão da violação do artigo 3 da Convenção Americana foi posta perante a Corte no bojo da intrincada relação entre a violação do direito de acesso à Justiça e os reclamos territoriais, nos termos seguintes:

“165. Uma vez que se enfatizou que o povo Saramaka é um grupo tribal distinto, cujos membros gozam e exercem certos direitos de maneira coletiva, a Corte tratará agora do segundo argumento do Estado a respeito da possibilidade de reconhecer a personalidade jurídica de um grupo, mais do que a personalidade de seus membros individuais.”³⁹⁴ (tradução livre)

A questão sobre o direito à personalidade jurídica que a Corte examina, no presente caso, está relacionada com o não reconhecimento pelo Estado do

³⁹³ Corte IDH. Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C No. 172. pars. 77 e ss.

³⁹⁴ *Idem*, par. 165.

Suriname do povo Saramaka como entidade jurídica capaz de usar e gozar do direito à propriedade comunal como um grupo tribal e, nesta mesma qualidade, ser capaz de obter acesso igualitário à proteção judicial diante de qualquer violação de seus direitos de propriedade comunal.³⁹⁵

Sendo assim, essa questão vai além do direito à personalidade jurídica dos membros de comunidades indígenas, individualmente considerados, para o gozo de certos direitos como à vida e integridade pessoal, como discutido no caso da Comunidade Sawhoyamaxa. Trata-se, então, de levar-se em consideração o modo como os membros das comunidades indígenas e tribais em geral, e em particular o povo Saramaka, gozam e exercem, coletivamente, o direito à propriedade comunal, de acordo com suas tradições ancestrais.³⁹⁶ Ainda de acordo com a Corte, o reconhecimento da personalidade jurídica do grupo é um modo (ainda que não seja o único) de assegurar que a comunidade ou povo, em seu conjunto, possa gozar e exercer plenamente o direito e a garantia de proteção judicial da propriedade comunal de suas terras.³⁹⁷

Adiante, nessa mesma linha de fundamentação, a Corte admite que a atribuição de personalidade jurídica coletiva aos grupos indígenas e tribais é a consequência natural do reconhecimento do direito que têm seus membros de gozar de certos direitos de forma comunitária³⁹⁸, e arremata:

“174. Em conclusão, o povo Saramaka é uma entidade tribal distinta que se encontra em uma situação de vulnerabilidade, tanto a respeito do Estado como de terceiros particulares, em tanto que carecem de personalidade jurídica para gozar, coletivamente, do direito à propriedade e para reclamar da suposta violação de dito direito perante os tribunais internos. A Corte considera que o Estado deve reconhecer aos integrantes do povo Saramaka dita capacidade para exercer plenamente estes direitos de maneira coletiva. Isso pode ser conseguido mediante a adoção de medidas legislativas ou de outra índole que reconheçam e tomem em conta o modo particular no qual o povo Saramaka se percebe como coletivamente capaz de exercer e gozar do direito à propriedade. Portanto, o Estado deve estabelecer as condições judiciais e administrativas necessárias para garantir a possibilidade de reconhecimento de sua personalidade jurídica, através da realização de consultas com o povo Saramaka, com pleno respeito a seus costumes e tradições, e com o objetivo de assegurar-lhe o uso e o gozo de seu território de conformidade com seu sistema de propriedade comunal, assim como do direito de acesso à justiça e igualdade perante a lei.”³⁹⁹ (Tradução livre)

³⁹⁵ *Idem*, par. 167. Vide artigo 41 da Constituição do Suriname.

³⁹⁶ *Idem*, par. 168.

³⁹⁷ *Idem*, par. 171.

³⁹⁸ *Idem*, par. 172.

³⁹⁹ *Idem*, par. 174.

É importante destacar que, neste precedente, a Corte rompeu com a prática de individualização dos membros deste povo, inexigindo a identificação nominal de cada parte lesionada, devido ao tamanho e diversidade geográfica do povo Saramaka e, particularmente, devido à natureza coletiva das reparações que seriam outorgadas.⁴⁰⁰

Não obstante, a Corte ressaltou que consideraria os membros do povo Saramaka identificado segundo o direito consuetudinário, visto que cada um de seus membros pertence a umas das doze linhagens maternas saramakas e prossegue:

“Portanto, conforme a jurisprudência da Corte a respeito dos povos indígenas e tribais, a Corte considera como ‘parte lesionada’ no presente caso os membros do povo Saramaka que em seu caráter de vítimas das violações estabelecidas na presente Sentença (...), são os beneficiários das formas coletivas de reparações que fixa o Tribunal”.⁴⁰¹ (Tradução livre)

Sob esta fundamentação, o ponto resolutivo 5 da sentença proferida pela Corte no Caso Saramaka declarou a violação pelo Estado, em prejuízo dos membros deste povo, do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, disposta no artigo 3 da Convenção Americana, relacionando esta violação com aquelas já mencionadas aos direitos de propriedade comunal e proteção judicial.

Entretanto, é necessário admitir-se que este avanço foi tímido e contraditório. A violação do artigo 3 da Convenção reconhecida pelo ponto resolutivo n. 5 decorre do descumprimento das normas internas que garantem o exercício dos direitos de propriedade e de proteção judicial à comunidade tribal como pessoa jurídica coletiva. Assim, é como se houvesse, no entender da Corte, uma divisão dos sujeitos que, no plano do direito interno são coletividades e, no plano do direito internacional dos direitos humanos são individualmente considerados. Portanto, seguindo os passos dos casos anteriores, as vítimas do caso continuam sendo os membros do povo Saramaka, apesar da violação ter sido cometida, explicitamente, contra o povo como um todo.

Já no caso Xâkmok Kásek, cerca de três anos mais tarde, a Corte prosseguiu na sua linha de jurisprudência, firmada nos casos anteriores, declarando a violação

⁴⁰⁰ *Idem.* par. 188.

⁴⁰¹ *Idem.* pars. 188 e 189.

dos artigos 4.1, 21, 8 e 25 em prejuízo dos membros da comunidade e dos artigos 3 e 4.1 em prejuízo das crianças falecidas no assentamento à beira da estrada.

Outrossim, alguns avanços e retrocessos podem ser apontados, sucintamente. Por um lado, como aspectos positivos, tem-se, por exemplo, o reconhecimento pela Corte da violação ao artigo 5, que havia sido rechaçado na sentença do caso Sawhoyamaxa, em prejuízo dos membros do grupo; a declaração da violação autônoma do artigo 19 da Convenção em prejuízo das crianças da comunidade, e o importante reconhecimento de uma violação autônoma do dever estatal de não discriminação previsto no artigo 1.1 da Convenção. Por outro lado, entendo como um grave recuo jurisprudencial a desvinculação da análise da identidade cultural indígena do direito à vida (artigo 4 da CADH), para vinculá-la à questão territorial debatida no âmbito do artigo 21 da Convenção⁴⁰².

No que tange, particularmente, ao tema da subjetividade coletiva, a Corte consignou no parágrafo 255 desta sentença, *infra* transcrito, que, por entender como insuficientes os argumentos e provas, desconsideraria a violação do artigo 3, alegado com vistas ao reconhecimento da violação ao direito de personalidade jurídica da comunidade em si mesma. Se comparado com o caso Saramaka, em que foi alegada com êxito a violação do artigo 3 da Convenção Americana, pode-se afirmar até mesmo que este ponto do caso Xâkmok Kásek representou outro grave retrocesso nesta matéria:

“255. Os representantes assinalaram, adicionalmente, que ‘o Estado se encontra violando o direito à personalidade jurídica da Comunidade ao negar a composição étnica da [mesma]’. A respeito, o Tribunal já analisou o alegado pelos representantes nos Capítulos V.2 e VI. Ademais, se bem que ditos fatos constituem obstáculos para a titulação das terras, assim como afetações à autodeterminação da Comunidade Xâkmok Kásek, não se apresentou prova e e argumentação suficiente que permita a Corte declarar a violação autônoma do artigo 3 da Convenção em prejuízo da Comunidade”⁴⁰³. (tradução livre)

É certo que no caso Xâkmok Kásek a Corte Interamericana não se ateuve tanto ao estabelecimento de listas de individualização de vítimas, que procuravam a muito custo relacionar os nomes de todos os membros das comunidades, conforme observado nos dois casos paraguaios anteriores. Porém, a “parte

⁴⁰² Apesar dos avanços conquistados no caso do povo Kichwa de Sarayaku (2012), em matéria de subjetividade coletiva dos povos indígenas e tribais, consoante será analisado a seguir, esta desvinculação do direito à identidade cultural em relação ao direito a vida foi mantida.

⁴⁰³ Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Xâkmok Kásek. vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. par. 255.

lesionada” seguiu sendo considerada pela Corte como sendo os membros da comunidade indígena Xâkmok Kásek.⁴⁰⁴ Ademais, a prática jurisdicional constante, no sentido de determinar reparações aos efeitos coletivos das violações apontadas pela Corte, foi integralmente mantida.

Em *voto concurrente* à sentença deste caso, o juiz Eduardo Vio Grossi frisou que a Corte Interamericana ao determinar as violações de direitos humanos em prejuízo dos membros de comunidades indígenas, o faz com fundamento na interpretação literal do artigo 1.2 da Convenção Americana que define a “pessoa” titular de todos os direitos previstos neste instrumento como “ser humano”.

Porém, nesse mesmo voto, defende um aprofundamento do que denomina de um “desenvolvimento progressivo” em matéria de povos indígenas. Após referir os textos internacionais relacionados a este tema, como principalmente, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, o juiz Eduardo Vio Grossi propõe uma nova interpretação, cujas bases acredita já terem sido lançadas pela Corte em seus precedentes. Sendo assim, conclui que:

“26. Todo o anterior, permitiría, portanto, chegar a uma compreensão mais ampla do disposto no artigo 1 da Convenção, para que a obrigação de respeitar e garantir a toda pessoa o exercício dos direitos nela consagrados incluísse também as coletividades ou comunidades, como os povos indígenas, na medida em que tais entidades se lhes reconhece ao menos alguns desses direitos, os quais, por fim, seus membros poderiam disfrutar e exercer, unicamente, por seu intermédio e em razão de que formam parte da mesma, o que, em definitivo implicaría que não seriam únicamente de carácter individual.

27. Em outras palavras, tendo em conta o precedentemente exposto e aplicando o previsto no artigo 29.b e 29.d da Convenção, se poderia concluir que, de acordo com o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, seria procedente, por uma parte, incluir no termo “pessoa” contido em diversos artigos daquela e e como vítimas de violações a direitos consagrados pela mesma, não só os membros, individualmente considerados, dos povos indígenas, senão também a estes últimos enquanto tais e por outra parte, conseqüentemente considerar entre estes direitos concernentes a ditos povos, com o que não só se faria justiça, mas também a jurisprudencia se posicionaría assim, mais nítidamente e sem margen para equívocos, na moderna tendencia em que se estaría perfilando com cada vez maior nitidez o Direito Internacional que regula esta matéria.”⁴⁰⁵ (tradução livre)

⁴⁰⁴ Idem. par. 278.

⁴⁰⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. *Voto Concurrente* do juiz Eduardo Vio Grossi. pars. 26-27.

Assim, nos casos acima selecionados verifica-se com clareza uma grave inconformidade, pois, apesar da Corte reconhecer o estreito vínculo comunal entre os membros da comunidade indígena vitimada e destes com suas terras ancestrais, neles são declaradas como vítimas os membros da comunidade indígena e não a comunidade indígena em si mesma, independentemente da pessoa de seus membros.

4.5

Análise do caso do povo Kichwa de Sarayaku (2012)

Os fatos que fundamentam a apresentação deste caso perante a Corte relacionam-se com a outorga pelo Estado equatoriano, em meados da década de 1990, de uma permissão a uma empresa petroleira privada, para a realização de atividades de exploração deste recurso, mediante o uso de explosivos, no território do povo indígena Kichwa de Sarayaku, sem consultá-lo previamente e, por conseguinte, sem a obtenção de seu consentimento.

Em 21/04/2012, por ocasião da inédita diligência realizada por uma delegação de juízes da Corte Interamericana, no local onde ocorreram os fatos do presente caso, o Estado equatoriano efetuou um reconhecimento amplo e genérico de sua responsabilidade internacional, fazendo cessar a controvérsia fática deste caso. Sem embargo, a Corte prosseguiu no julgamento com o intuito de precisar os fatos ocorridos, as violações perpetradas, bem como determinar as reparações devidas. Assim, em virtude do interesse público interamericano inerente ao contexto do caso, que reproduz, em certa medida, situações vivenciadas em outros Estados da Região, esta sentença propiciou o desenvolvimento de importantes questões jurídicas pela Corte.

Nesse sentido, a Corte fez constar nesta sentença que, a diferença dos casos sobre territorialidade indígena e tribal anteriores, não se discutia, neste caso, o direito do povo Sarayaku às suas terras ancestrais, pois o Estado já havia reconhecido este direito internamente⁴⁰⁶, razão pela qual a Corte teceu considerações apenas acerca da obrigação de garantia do direito à consulta,

⁴⁰⁶ É válido reiterar que a Constituição do Equador de 2008 é uma das mais avançadas no tratamento dos direitos dos povos indígenas nas Américas. Nesse sentido, merecem consulta os artigos 57 e 83-85.

relacionando-o com os direitos à propriedade comunal e à identidade cultural do povo Sarayaku.⁴⁰⁷

Sendo assim, após reiterar sua vasta jurisprudência acerca da interpretação do artigo 21 da CADH, ressaltando o profundo laço cultural que une o povo Sarayaku a seu território ancestral⁴⁰⁸, a Corte considerou que a identidade cultural é um direito fundamental e de natureza coletiva das comunidades indígenas, devendo ser respeitado em uma sociedade multicultural, pluralista e democrática, o que implica na obrigação dos Estados de garantir aos povos indígenas o direito à consulta acerca de assuntos que incidam ou possam incidir em sua vida cultural e social, de acordo com seus valores, usos, costumes e formas de organização.⁴⁰⁹

A forte dimensão coletiva do direito à identidade cultural é evidenciada, em seguida, pela Corte ao assinalar a importância dos lugares de valor simbólico para a cultura do povo Sarayaku, como autêntico sujeito coletivo⁴¹⁰, concluindo que:

“Em anteriores oportunidades, em casos relativos a comunidades ou povos indígenas e tribais o Tribunal declarou violações em prejuízo dos integrantes ou membros das comunidades e povos indígenas ou tribais. Sem embargo a normativa internacional relativa a povos e comunidades indígenas ou tribais reconhece direitos aos povos como sujeitos coletivos do Direito Internacional e não unicamente a seus membros. Posto que os povos e comunidades indígenas ou tribais, coesos por suas particulares formas de vida e identidade, exercem alguns direitos reconhecidos pela Convenção desde uma dimensão coletiva, a Corte assinala que as considerações de direito expressas ou vertidas na presente sentença devem entender-se desde dita perspectiva coletiva.”⁴¹¹ (Tradução livre)

Sob esta nova perspectiva, a Corte definiu, como “parte lesionada”, o próprio povo indígena Kichwa de Sarayaku, que sofreu violações ao direito à consulta em relação com o direito à propriedade comunal e identidade cultural; vida e integridade pessoal em relação com o direito à propriedade comunal⁴¹², e o direito às garantias judiciais e proteção judicial⁴¹³, determinando, a seguir,

⁴⁰⁷ Corte IDH. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Mérito e Reparaciones. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245. par. 124.

⁴⁰⁸ *Idem.* pars. 145 e ss.

⁴⁰⁹ *Idem.* par. 217.

⁴¹⁰ *Idem.* par. 219.

⁴¹¹ *Idem.* par. 231.

⁴¹² Apesar da sentença considerar, neste ponto, o povo Sarayaku como parte lesionada em relação ao direito à vida e à integridade pessoal, os parágrafos 244 a 249, 265 a 271 e o ponto resolutivo 3 fazem referência aos membros deste povo como vítimas.

⁴¹³ Corte IDH. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e Reparaciones. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245. par. 284.

reparações de natureza e alcance coletivos, tal como desenvolvido em sua jurisprudência constante.

Em suma, no caso do povo Kichwa de Sarayaku a dimensão coletiva dos direitos humanos violados é considerada pela Corte Interamericana não apenas para efeito de outorga de reparações coletivas, mas também fundamenta o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos titulares do exercício e gozo destes direitos, conciliando-se, enfim, com a normativa internacional.

4.6 Análise do Caso dos Massacres de Rio Negro (2012)

Pouco mais de dois meses depois, em 04 de setembro de 2012, a Corte ditou a sentença sobre o caso dos Massacres de Rio Negro. Tratava-se de um caso cujos fatos estavam inseridos no mesmo contexto histórico e sociológico do caso da Comunidade Plan de Sánchez, anteriormente julgado. O cerne da questão fática do presente caso encontra-se, a partir de meados da década de 1970, na resistência oferecida pela comunidade maia Achí de Rio Negro à construção da represa hidroelétrica de “Pueblo Viejo-Quixal”, na bacia do Rio Chixoy (ou Rio Negro), a qual inundaria mais de cinquenta quilômetros ao longo do rio e alguns afluentes, afetando cerca de 3.445 pessoas que seriam deslocadas e reassentadas em outros lugares. Em 1983, a maior parte do território que a comunidade de Rio Negro ocupava foi inundado pela represa, inclusive o lugar denominado “Los Encuentros” que era um sítio arqueológico e lugar sagrado para os maias da região.⁴¹⁴

As populações de Rio Negro foram reassentadas em Pacux, o que foi, de início, recusado pela comunidade, já que aquele lugar não guardava as mesmas características geográficas necessárias a preservação de seu esquema cultural de vida, o que foi qualificado pelo exército da Guatemala como influência subversiva⁴¹⁵, desencadeando-se, a partir de então, uma estigmatização dos habitantes de Rio Negro e uma política de extermínio da população e de seus

⁴¹⁴ Corte IDH. Caso *Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012 Serie C No. 250. par. 65.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

líderes, através de uma série de cinco massacres, que foram objeto de apreciação pela Corte neste caso.⁴¹⁶

No trâmite do processo perante a Corte, o Estado da Guatemala fez um reconhecimento parcial de sua responsabilidade internacional quanto à violação de alguns dos artigos alegados pela Comissão Interamericana e pelos representantes das vítimas.⁴¹⁷ Entretanto, a alegação de uma exceção preliminar de incompetência temporal da Corte para analisar fatos ocorridos antes de 09 de março de 1987, isto é, antes da aceitação da jurisdição obrigatória da Corte pelo Estado guatemalteco⁴¹⁸, esvaziou a demanda sob vários aspectos cruciais, tais como o exame da violação ao direito de propriedade e, por conseguinte, o direito à vida e identidade cultural do povo maia Achí da comunidade de Rio Negro. Sem dúvida, foi uma decisão incoerente e desastrosa da Corte, que desconsiderou, completamente, toda a construção jurisprudencial até aqui estudada, que considerava a violação do artigo 21 na casuística indígena e tribal como uma violação de caráter continuado e efeitos permanentes.⁴¹⁹

Com este raciocínio, a Corte excusou-se de analisar os efeitos da construção da hidroelétrica Chixoy sobre as terras ancestrais indígenas da comunidade maia Achí de Rio Negro, registrando apenas, no parágrafo 181 da sentença, a impossibilidade física de retorno dos habitantes da colônia Pacux a uma parte dessas terras inundadas permanentemente, sobretudo, ao sítio sagrado “Los Encuentros”, assim como a negativa de outorgar como medida de reparação a restituição da finca Canchún Chitucán por esta medida estar conexas à violação do artigo 21 da CADH, acerca do qual a Corte declarou sua incompetência para julgar neste caso (parágrafo 295).

Sob a mesma fundamentação acerca de sua incompetência temporal, a Corte também se declarou incompetente para examinar o enquadramento dos fatos do presente caso como crimes de genocídio ou de lesa humanidade:

⁴¹⁶ Massacre de 04 de março de 1980 na capela da comunidade de Rio Negro e execuções extrajudiciais de 08 de julho de 1980; massacre de 13 de fevereiro de 1982 na Aldeia de Xococ; massacre de 13 de março de 1982 na Colina Pacoxom; massacre de 14 de maio de 1982 em “Los Encuentros” e massacre de 14 de setembro de 1982 em “Água Fria”.

⁴¹⁷ *Idem*, pars. 16 e seguintes.

⁴¹⁸ *Idem*, pars. 29 e SS.

⁴¹⁹ Vide principalmente: Corte IDH. Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124. pars. 43 e 44.

“No presente caso, nesta Sentença já se estabeleceu que a Corte não tem competência para pronunciar-se sobre uma grande parte dos fatos e as violações de direitos humanos alegadas pela Comissão e pelos representantes (*supra* Capítulos IV e V). Portanto o Tribunal não conta com os elementos pertinentes de fato e de direito para realizar uma qualificação como a solicitada pela Comissão e os representantes, caso isso fosse procedente.”⁴²⁰ (tradução livre).

Ademais, as construções jurisprudenciais que vinham sendo feitas acerca do direito à vida em sentido amplo e ao direito à identidade cultural foram suprimidas da fundamentação da Corte, dando lugar à análise da violação do direito à integridade pessoal, em relação com a liberdade de consciência e religião e o direito à cultura bem como do direito de circulação e residência, todos com referências a destruição do “tecido social” da comunidade de Rio Negro, desagregação familiar, perda das práticas tradicionais e do uso da língua maia achí, impactos na vida coletiva espiritual e cultural, conforme consta nos capítulos X e XI da sentença.⁴²¹

Em que pese o retorno ao enfoque voltado aos direitos violados dos membros da comunidade de Rio Negro, a todo momento, na fundamentação da sentença, a dimensão coletiva do gozo e exercício dos direitos humanos da coletividade é inevitavelmente referido, como por exemplo, no seguinte parágrafo:

“Portanto, por um lado, a Corte observa que atualmente os membros da comunidade de Rio Negro não podem realizar seus rituais fúnebres pelo fato de que o Estado não localizou nem identificou a maior parte dos restos de pessoas supostamente executadas durante os massacres, e que 17 pessoas se encontram desaparecidas forçadamente. Mas, por outro lado, tampouco podem realizar qualquer outro tipo de rituais pois os lugares sagrados aos quais costumavam acudir se encontram inundados à raiz da construção da hidroelétrica de Chixoy. Esta Corte já assinalou que a relação especial dos povos indígenas com seus territórios ancestrais não estriba somente em que constituem seu principal meio de subsistência, senão um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, por fim, de sua identidade ou integridade cultural, a qual é um direito fundamental e de natureza coletiva das comunidades indígenas, que deve ser respeitado em uma sociedade multicultural, pluralista e democrática como a da Guatemala.”⁴²² (Tradução livre)

⁴²⁰ *Idem*, par. 234.

⁴²¹ No parágrafo 38 da sentença, a Corte considera que: “Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte tiene competencia para conocer los hechos y las presuntas violaciones de derechos humanos relativas a las desapariciones forzadas (*infra* Capítulo IX); la falta de investigación imparcial y efectiva de los hechos (*infra* Capítulo XII); la afectación a la integridad personal de los familiares y sobrevivientes en relación con la investigación de los hechos (*infra* Capítulo XIII); la falta de identificación de las personas ejecutadas y desaparecidas (*infra* Capítulo XII); la “destrucción del tejido social de la comunidad” (*infra* Capítulos X y XI), y el desplazamiento forzado (*infra* Capítulo XI).” (*Idem*, par. 38).

⁴²² *Idem*, par. 160.

No mesmo capítulo sobre a análise da violação da integridade pessoal dos sobreviventes dos massacres de Rio Negro, a Corte denota as más condições e o estado geral de abandono em que se encontram atualmente os indígenas que vivem na colônia de Pacux.⁴²³ A Corte retoma essas mesmas observações fáticas ao tratar do direito de circulação e residência no capítulo XI, agregando que:

“Ademais, conforme sua jurisprudência constante em matéria indígena, mediante a qual reconheceu que a relação dos indígenas com o território é essencial para manter suas estruturas culturais e sua sobrevivência étnica e material, o Tribunal considera que o deslocamento forçado dos povos indígenas fora de sua comunidade ou bem de seus integrantes, pode colocá-los em uma situação de especial vulnerabilidade, que [p]or suas seqüelas destrutivas sobre o tecido étnico e cultural [...] gera um claro risco de extinção, cultural ou física, dos povos indígenas, pelo qual é indispensável que os Estados adotem medidas específicas de proteção considerando as particularidades próprias dos povos indígenas, assim como seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes para prevenir e reverter os efeitos de dita situação.”⁴²⁴ (Tradução livre)

No que tange à determinação da parte lesionada a ser beneficiária das medidas de reparação outorgadas pela Corte, não houve o reconhecimento da comunidade maia Achí de Rio Negro como sujeito vitimado⁴²⁵, mas apenas a identificação de seus membros, através de listas anexas à sentença e com a ressalva acerca da aplicação do artigo 35.2 do Regulamento da Corte⁴²⁶ o qual permite que a Comissão, ao apresentar o relatório a que se refere o artigo 50 da Convenção, justifique a impossibilidade de identificar alguma ou algumas supostas vítimas dos fatos do caso, por se tratar de violações massivas ou coletivas, ficando ao encargo da Corte decidir se as considerará vítimas.

Nesse sentido, a Corte ressaltou que a Comissão Interamericana tanto em audiência pública como em suas observações finais escritas, fez referência a impossibilidade de identificar todas as supostas vítimas, já que este caso tem uma natureza excepcional devido a sua gravidade e dimensão de violações massivas de

⁴²³ *Idem*, par. 164.

⁴²⁴ *Idem*, par. 177.

⁴²⁵ No parágrafo 168 da sentença, a Corte rechaça a alegada violação ao artigo 16 da Convenção Americana sob o fundamento de que a comunidade de Rio Negro, que possui um caráter indígena, não pode assimilar-se implicitamente a uma “associação” e também por falta de argumentação suficiente nesse sentido por parte da Comissão e dos representantes das vítimas.

⁴²⁶ Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009.

direitos humanos, assim como suas características específicas e por ser um caso envolvendo um povo indígena.⁴²⁷

Por essas circunstâncias, a Comissão ressaltou que as dificuldades de obtenção de provas quanto à existência e identificação das supostas vítimas estão relacionadas aos fatos do caso se darem em meio a um conflito armado; a famílias inteiras terem desaparecido e não haver ninguém que possa falar por elas; a ocorrência da migração e deslocamento forçado de testemunhas; a conformação da comunidade de Rio Negro em cinco clãs familiares cujos membros compartilhavam os mesmos nomes e sobrenomes; ao isolamento geográfico da comunidade, dificultando o acesso ao registro de nascimentos e óbitos; e, por fim, a falta de garantias judiciais para que as vítimas e testemunhas dos massacres pudessem declarar em juízo sobre os fatos, os quais ficaram preservados graças à tradição oral e memória coletiva da comunidade.

Considerando essas circunstâncias, a Corte observou que:

“(…) pelas características particulares do caso, e pelas razões que já foram assinaladas nesta Sentença (*supra* pars. 44 a 51), não foi possível identificar e individualizar a totalidade das vítimas. Pelo anterior, a Corte considera que, no presente caso, se justifica razoavelmente a aplicação da exceção prevista no artigo 35.2 do Regulamento do Tribunal para o efeito de incluir a outras pessoas como vítimas mesmo quando não tenham sido previamente identificadas e individualizadas pela Comissão Interamericana. Para tal efeito, a Corte considera pertinente que em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da Sentença, através das instâncias competentes o Estado estabeleça um mecanismo adequado para que outros membros da comunidade de Rio Negro posteriormente possam ser considerados vítimas de alguma violação de direitos humanos declarada nesta Decisão e recebam reparações individuais e coletivas como as que se ordenarão a continuação. Uma vez estabelecido este mecanismo, ditas pessoas deverão apresentar-se no prazo máximo de um ano perante a instância pertinente do estado a fim de solicitar e receber as reparações que correspondam, com a prévia apuração das provas que sejam pertinentes para sua identificação.”⁴²⁸ (Tradução livre).

Em sede de reparações, a Corte manteve a sua jurisprudência, outorgando ao Estado o dever de implementar medidas de caráter coletivo, tais como, a realização de obras de infra-estrutura e serviços básicos em favor dos membros da comunidade de Rio Negro que residem na colônia Pacux (parágrafo 284) e desenho e implementação de um projeto para o resgate da cultura maia Achí (parágrafo 285), além do estabelecimento de um mecanismo adequado para que

⁴²⁷ *Idem*, par. 47.

⁴²⁸ *Idem*, par. 251.

outros membros da comunidade de Rio Negro possam, posteriormente, ser considerados vítimas de alguma violação de direitos humanos declarados pela Corte e recebam reparações individuais e coletivas à semelhança daquelas outorgadas na sentença interamericana (parágrafos 251 a 223).

4.7

Análise do caso dos Povos Indígenas Kuna de Madugandí e Emberá de Bayano e seus membros (2014)

O mais recente caso contencioso acerca da temática indígena comunitária é o dos povos Kuna de Madugandí e Emberá de Bayano e seus membros⁴²⁹ cujos fatos, tal como no caso dos Massacres de Rio Negro, estão relacionados com o desapossamento e inundação de suas terras ancestrais em decorrência da *Represa Hidroeléctrica del Bayano* entre os anos de 1972 e 1976. Desde então estes povos indígenas, que foram assentados em terras alternativas, enfrentaram dificuldades no âmbito interno do Estado panamenho em relação aos processos de reconhecimento, titulação e demarcação destas novas terras, além da falta de pagamento de indenizações. Os fatos do caso relatam ainda as constantes ameaças e destruição dos recursos naturais das áreas atualmente ocupadas pelas comunidades indígenas devido às incursões de terceiros particulares sobre elas, inclusive com a outorga de um título de propriedade pelo Estado a uma pessoa particular.

De igual modo que no caso dos Massacres de Rio Negro, a Corte Interamericana houve por bem restringir sua competência *ratione temporis*, acatando uma das exceções preliminares argüidas pelo Estado em razão dos fatos do caso relacionados com o pagamento de indenizações terem ocorrido antes de 09/05/1990, data de submissão do Panamá à jurisdição obrigatória da Corte.

Afastando-se mais uma vez do caso-paradigma Moiwana, no que se refere à aplicação da jurisprudência construída a partir de então pela própria Corte sobre a responsabilidade internacional do Estado pela violação continuada ao direito de propriedade em casos de reclamos territoriais indígenas, o Tribunal Interamericano decidiu excluir da sua apreciação os fatos relacionados com a

⁴²⁹ Corte IDH. Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madugandí e Emberá de Bayano e seus Membros Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C No. 284.

alegada falta de pagamento das indenizações, abstendo-se de analisar, por conseguinte, os seguintes fatos: a) o conteúdo do Decreto 156 de 1971 e o suposto descumprimento de suas disposições; b) a inundação dos territórios indígenas e o deslocamento das comunidades, ocorridos entre 1972 e 1975; c) o suposto descumprimento dos acordos celebrados entre as autoridades indígenas e estatais em 1976, 1977 e 1980, referentes às indenizações dos territórios inundados e deslocamento das comunidades, e nem tampouco examinou os pedidos de reparações decorrentes destes fatos.⁴³⁰

Esvaziado o caso, restou a Corte a apreciação das violações aos artigos 21, 8 e 25, ocorridas após 1990, deixando passar a oportunidade de entrar no mérito da questão das indenizações, como uma obrigação intrinsecamente relacionada com a desapropriação, inundação e perda definitiva da universalidade de direitos inerentes à propriedade comunal de territórios ancestrais indígenas, muito embora a Corte reproduza nesta sentença, quase que mecanicamente, sua jurisprudência sobre a especial relação entre os povos indígenas e seus territórios ancestrais, sem se dar conta da amputação causada com a retirada do evidente caráter continuado das violações que vem sendo cometidas contra os povos Kuna e Emberá desde 1971 pelo estado panamenho.⁴³¹

Outrossim, numa verdadeira gangorra jurisprudencial, no que se refere a definição da parte lesionada, a Corte retoma, pouco mais de dois anos depois, o parâmetro inovador do caso do povo Kichwa de Sarayaku, determinando que:

“O Tribunal reitera que se considera parte lesionada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção Americana, a quem tenha sido declarada vítima da violação de algum direito reconhecido na mesma. Portanto, esta Corte considera como parte lesionada os povos indígenas Kuna de Madugandí e as comunidades Emberá Piriati e Ipetí de Bayano, e seus membros, que em seu caráter de vítimas das violações declaradas nesta Sentença, serão considerados beneficiários das reparações que a Corte ordene”⁴³² (Tradução livre)

Nesse particular, a Corte logrou estabelecer, enfim, uma correlação lógica entre as figuras das supostas vítimas, vítimas e partes lesionadas beneficiárias das reparações. Ao contrário do caso dos Massacres de Rio Negro e reaproximando-se

⁴³⁰ *Idem*, par. 40.

⁴³¹ Confira, em sentido contrário ao da maioria da Corte, evidenciando a natureza contínua da violação ao artigo 21.2 da Convenção, o Voto Parcialmente Dissidente do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

⁴³² *Idem*, par. 209.

do caso do povo Kichwa de Sarayaku, o Tribunal Interamericano não exigiu listas de individualização das vítimas, considerando como parte lesionada os povos Kuna e Emberá, como autênticos sujeitos coletivos. Ademais, não deve passar despercebida a menção aos membros destes povos indígenas, também considerados como partes lesionadas, como demonstração da preocupação da Corte em equilibrar os interesses individuais e coletivos porventura em conflito neste caso.

Em termos de reparações a títulos de danos materiais e imateriais, a Corte limitou-se, no entanto, a fixar por equidade as quantias indenizatórias respectivas e a determinar que o Estado procedesse ao pagamento destas quantias às autoridades indígenas dos povos e comunidades beneficiados, sem ordenar qualquer outra providência no sentido da constituição de fundos ou obras de interesse coletivo, tal como em casos indígenas anteriores.⁴³³

4.8

A Insuficiência das Respostas Jurisprudenciais para a Construção de uma Nova Base Jurídica para o Reconhecimento dos Povos Indígenas como Sujeitos Coletivos de Direitos Humanos no Plano Internacional

Embora tenha desenvolvido uma jurisprudência profundamente inovadora em termos de outorga de reparações coletivas em benefício de povos indígenas, a partir da sentença do caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni (2001), a Corte conservou, por cerca de uma década, o entendimento segundo o qual sua competência *ratione personae* estava restrita à literalidade do artigo 1.2 da CADH, o qual define pessoa, para os fins desta Convenção, como sendo apenas o “ser humano”.

⁴³³ Nos pontos resolutivos da sentença do presente caso, a Corte declarou violados apenas os seguintes artigos: “1. El Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con 1.1 de la misma, en perjuicio de las comunidades Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, por la falta de delimitar, demarcar y titular sus territorios, en los términos de los párrafos 111 a 146 de la presente Sentencia. 2. El Estado violó el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con 21, 8 y 25 de la misma, en perjuicio de las comunidades Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, por la ausencia de normativa interna antes de 2008 respecto de la delimitación, demarcación y titulación de territorios indígenas, en los términos de los párrafos 150 a 157 de la presente Sentencia. 3. El Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con 1.1 de la misma, en perjuicio de las comunidades Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, por el incumplimiento del principio del plazo razonable respecto de ciertos procesos internos, en los términos de los párrafos 165 a 187 de la presente Sentencia.”

Nesse sentido, antes de adentrar no exame das reparações a serem determinadas pela sentença, a Corte aplicava a regra da individualização das vítimas, a fim de identificar com precisão a “parte lesionada” beneficiária destas medidas reparatórias. Esta regra, consoante exposto no presente estudo de jurisprudência, passou a ser aplicada com maior rigor a partir da sentença de reparações do caso do massacre de Plan de Sánchez, em que pese as inúmeras dificuldades de identificação das vítimas em casos de violações em massa de direitos humanos, conforme constatado no próprio caso do massacre de Plan de Sánchez (2004) e no posterior caso Moiwana (2005), assim como nos casos das comunidades indígenas paraguaias Yakye Axa e Sawhoyamaya, deslocadas de seus territórios ancestrais (2005-2006). Somente nos casos do povo Saramaka (2007) e comunidade indígena Xâkmok Kásek (2010), as listas de vítimas foram dispensadas, porém, a Corte seguia declarando os membros da comunidade indígena ou do povo tribal como vítimas das violações (e não a comunidade ou tribo em si mesma).

Finalmente, na sentença do caso do povo Kichwa de Sarayaku (2012), houve uma mudança qualitativa nesse posicionamento, já que a Corte foi além da inexigibilidade de individualização da “parte lesionada”, ao considerar, de maneira expressa, as comunidades e povos indígenas ou tribais como autênticos sujeitos coletivos de direitos humanos, independentemente da pessoa de seus integrantes ou membros.

Todavia, no caso subsequente dos Massacres de Rio Negro (2012), a Corte volta ao estabelecimento da necessidade de individualização da parte lesionada, através da formulação de listas de vítimas. Neste caso, surpreendentemente, a Corte não considera a comunidade maia Achí de Rio Negro como vítima, muito embora, ao longo de sua fundamentação, sublinhe aspectos relacionados com a destruição do tecido social, das práticas tradicionais e dos valores espirituais da comunidade como um todo. Atenuando, entretanto, o rigor formal do estabelecimento das citadas listas, como critério de identificação da parte lesionada, a Corte aplicou o artigo 35.2 de seu regulamento e, como medida reparatória, determinou a instituição de um mecanismo interno para o reconhecimento de outras possíveis vítimas porventura ainda existentes, a fim de conceder-lhes também as indenizações de caráter individual ou coletivo outorgadas na sentença interamericana.

Sem dúvida, após o avanço experimentado no caso do povo Kichwa de Sarayaku (2012), no qual este povo indígena foi reconhecido como um autêntico sujeito de direitos no plano do direito internacional foi, no mínimo, uma incoerência o regresso aos padrões anteriores no caso dos Massacres de Rio Negro (2012) em relação ao povo Maia Achí, sendo que este desvio jurisprudencial só veio a ser corrigido pouco mais de dois anos depois no caso dos povos Kuna de Madugandí e Emberá de Bayano e seus membros.

Como pode a Corte Interamericana exigir o respeito à “autoridade da coisa interpretada”, pelos demais Estados da região, se o próprio Tribunal oscila quanto à aplicação de sua própria jurisprudência? Como a Corte pode propugnar a observância do efeito expansivo de sua jurisprudência para fins de controle de convencionalidade pelos órgãos jurídicos dos Estados Partes, se o mesmo Tribunal não mantém fidelidade aos avanços conquistados em precedentes paradigmáticos?

Karine Rinaldi também levanta esses questionamentos afirmando que:

“(…) é curioso observar que enquanto este Tribunal pede aos Estados que tomem em conta, para efeitos de controle de convencionalidade, tanto o *texto* da Convenção como as *interpretações* deste texto feitas pelo Tribunal, a Corte não aplica sempre esta lógica em suas próprias sentenças. Se os Estados devem integrar, em seu controle de convencionalidade, as interpretações das disposições da Convenção realizadas pela Corte, a própria Corte deveria dar a correspondente importância - autoridade – às interpretações das normas convencionais que tenha realizado (Tradução livre)⁴³⁴

E prossegue, criticamente, a mesma autora:

“Sem embargo, a jurisprudência que dita a Corte deve ser entendida – começando pela própria Corte, independentemente de seus integrantes ou equipes de trabalho em um dado momento – como vinculante não apenas para os Estados responsáveis, senão para todos os membros da OEA que ratificaram a Convenção e aceitaram a competência da Corte.” (Tradução livre)⁴³⁵

Nesse sentido, compartilho da mesma convicção de Luis Fernando Sgarbosa e Geziela Jensen, segundo os quais:

⁴³⁴ RINALDI, Karine. Casos Pueblo Saramaka y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku: ¿un paso atrás em cuanto al fundamento de los derechos de las sociedades tradicionales? *in: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 12. n. 12, 2012. p. 247.

⁴³⁵ *Idem*, p. 248.

“(...) uma decisão judicial ou mesmo jurisprudência dominante ou sumulada não constitui, jamais, *ciência do direito*.

A decisão judicial, ainda que emanada reiteradamente e por diferentes órgãos, é sempre um *ato de vontade*, de tal modo impulsionado por inúmeros fatores psicológicos, e mesmo sociais, políticos e ideológicos que impedem que se lhe reconheça, com seriedade, um caráter mínimo de *cientificidade*.

Assim, a jurisprudência constitui, em nosso juízo, *objeto* do estudo da ciência do Direito ou, no caso específico da pesquisa juscomparativa, auxiliar interpretativo do direito em sua atuação efetiva, mas jamais *fundamento* das conclusões obtidas por esta ciência, do conhecimento jurídico-científico (i.e., as conclusões do cientista do direito *não podem* ser reduzidas às conclusões da jurisprudência, podendo com estas convergir ou divergir, conforme critérios científicos, e não os de *política judiciária*, que informam as decisões judiciais.”⁴³⁶

Por conseguinte, o presente trabalho considera este estudo de caso como um ponto de partida para as reflexões a seguir desenvolvidas, por não aceitar que as soluções meramente normativas prevalecentes nas sentenças da Corte Interamericana sejam suficientes ou definitivas, para o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos do direito internacional contemporâneo.

Diante dessas considerações prévias, retomo a questão central desta segunda parte do presente trabalho: Por que a Corte Interamericana vacila em reconhecer os povos indígenas como sujeitos de direito, no plano do direito internacional dos direitos humanos, se a este favor já existe um amplo arcabouço normativo, tanto originário do direito interno latino-americano quanto do direito internacional, reconhecendo-lhes direitos humanos em nítida dimensão coletiva, além de uma prática jurisprudencial pioneira, construída pela própria Corte, em outorgar reparações em benefício da comunidade vitimada como um todo?

A essa pergunta apresento três possíveis respostas preliminares:

A primeira razão, de natureza normativista, já foi claramente mencionada ao longo do estudo de casos realizado neste capítulo. Trata-se da interpretação literal do artigo 1.2 da CADH. Ao definir pessoa como sendo todo o ser humano, para efeitos da aplicação da Convenção, o juiz Sergio Garcia Ramírez sustentava, como visto em seus votos, que a Corte não poderia extrapolar sua competência *ratione personae*. Não obstante, a Corte, ainda que sob este entendimento, consolidou uma notável prática de reparação dos efeitos coletivos dos danos por violações causadas aos membros das comunidades vitimadas.

⁴³⁶ SGARBOSSA, Luis Fernando. JENSEN, Geziela. *Elementos de Direito Comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 88.

Essa primeira objeção ao reconhecimento da subjetividade coletiva dos povos indígenas pode ser superada com elementos constantes no próprio plano normativo, através de uma interpretação extensivo-criativa dos artigos 1.2 (definição de pessoa), 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica) ou ainda 16 (liberdade de associação) da Convenção Americana, utilizando-se para tanto as ferramentas hermenêuticas oferecidas pelas alíneas a) a d) do artigo 29 da mesma Convenção cujo teor vale a pena transcrever em sua integralidade:

“Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

Consoante consignado neste trabalho, os povos indígenas e tribais são titulares de direitos emanados de um vasto acervo de tratados e declarações internacionais, razão pela qual existem fundamentos suficientes para que a Corte possa proceder a uma interpretação evolutiva do artigo 1.2 da CADH, tal como o juiz Vio Grossi sustentou em seu voto no caso *Xâkmok Kásek* (2010). Outrossim, a Corte pode declarar a violação do direito à personalidade jurídica prevista no artigo 3 da CADH em prejuízo da comunidade ou povo, tal como ensaiado no caso *Saramaka* (2007), mesmo porque as constituições protagonistas do novo constitucionalismo latino-americano, já reconhecem os povos indígenas e tribais como sujeitos coletivos, o que conduziria a uma desejável harmonia entre os planos do direito interno dos Estados da Região e o direito internacional dos direitos humanos.

Ainda nesse sentido, a própria jurisprudência da Corte Interamericana, no caso da Comunidade *Mayagna (Sumo) Awás Tingni* trouxe subsídios ao reconhecimento da subjetividade coletiva dos povos indígenas ao introduzir, por meio de um raciocínio pluralista, o direito consuetudinário indígena como fundamento da propriedade comunal, de acordo com seus usos e costumes

tradicionais, o qual é um direito inerente aos povos indígenas e anterior à própria construção da idéia de Estado.

Nesse sentido, coincido com a opinião de Karine Rinaldi, para quem “as sociedades tradicionais são uma realidade anterior à formação dos Estados e, por conseguinte, ao direito nacional e internacional e em assim sendo, “os direitos indígenas não são concedidos pelos Estados, pelos tratados internacionais ou pelos órgãos de proteção dos direitos humanos”. Pelo contrário, “os direitos indígenas preexistem e, hoje em dia, são simplesmente *reconhecidos* no direito nacional ou internacional”.⁴³⁷

Quanto à segunda razão, que será desenvolvida no capítulo seguinte e está subjacente nas decisões da Corte, decorre das bases filosóficas fundadoras da teoria política moderna ocidental, que fundamentou a criação dos textos jurídicos sobre a proteção de direitos humanos, tanto no plano constitucional dos Estados, quanto no plano do direito internacional, desvelando-se a forte tradição individualista que forjou os termos do artigo 1.2 da Convenção Americana.

Esses postulados, que revelam uma lógica individualista, não atendem às particularidades culturais dos povos ameríndios, mas foi a eles imposta através do processo de sujeição colonial e, posteriormente, pelas políticas assimilacionistas e integracionistas pós-coloniais dos séculos XIX e XX, apoiadas, naquela época, tanto pelo direito interno dos Estados latino-americanos, como pelo direito internacional.

No entanto, com a luta emancipatória dos povos indígenas, marcadamente a partir do final do século XX⁴³⁸, quando estes se apoderaram dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos e suas demandas por reconhecimento de direitos chegaram ao Sistema Interamericano⁴³⁹, essa contradição ficou explícita, já que todo o arcabouço normativo e os mecanismos de implementação centram-se na proteção individual da pessoa⁴⁴⁰, o que, certamente, não se adéqua, em sua literalidade, à identidade coletiva dos povos indígenas.

⁴³⁷ RINALDI, Karine. Casos Pueblo Saramaka y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku: ¿um paso atrás em cuanto al fundamento de los derechos de las sociedades tradicionales? *in*: ob. cit. p. 249.

⁴³⁸ Para um panorama mais detalhado deste processo emancipatório tanto no âmbito das Nações Unidas quanto regionais, veja-se o Capítulo 3.

⁴³⁹ Sobre as ações emancipatórias do movimento indigenista latino-americano a partir da década de 1960 e sobre os primeiros casos levados ao Sistema Interamericano, veja-se o Capítulo 3.

⁴⁴⁰ Acerca da tradição liberal individualista que influenciou os primeiros textos normativos do movimento de internacionalização da proteção dos Direitos Humanos veja-se o Capítulo 1.

Quanto à terceira razão, intrinsecamente relacionada com a anterior, esta mostra-se de natureza histórica. Dada a profunda diferença de circunstâncias, não nos parece coerente utilizar a experiência europeia do totalitarismo e do holocausto na Segunda Guerra Mundial, para justificar a repulsa à perspectiva coletiva dos direitos humanos em matéria de comunidades indígenas. Aliás, esta é uma objeção paradoxal, já que as vítimas das perseguições do regime nazi-fascista eram grupos de minorias religiosas, nacionais, raciais e políticas, ou seja, seres humanos vitimados por integrarem um dado grupo estigmatizado pelo regime autoritário. Portanto, esta justificativa histórica é totalmente infundada, já que, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o sujeito que se pretende proteger, coletivamente, é a própria vítima de violações em massa de direitos humanos, como foi exposto no capítulo terceiro deste trabalho, o que, obviamente, não se confunde com um possível sujeito coletivo opressor.

Ademais, em matéria de proteção internacional dos direitos humanos dos povos indígenas, a perspectiva deve ser anterior. O marco histórico deve referir-se ao holocausto das *guerras justas* e à colonização, que provocaram não só o extermínio físico, mas também o extermínio da identidade cultural dos povos indígenas ameríndios. Deve-se buscar, portanto, uma fundamentação para além da norma que justifique o reconhecimento das comunidades indígenas como sujeitos de direito internacional dos direitos humanos.

Consoante consignado inicialmente nesta segunda parte do presente trabalho, os povos indígenas e tribais são titulares de direitos emanados de um vasto acervo de tratados e declarações internacionais, razão pela qual existem fundamentos suficientes para que a Corte possa proceder a uma interpretação evolutiva do artigo 1.2 da CADH, tal como o juiz Vio Grossi sustentou em seu voto no caso *Xâkmok Kásek* (2010). Outrossim, a Corte pode declarar a violação do direito à personalidade jurídica prevista no artigo 3 da CADH em prejuízo da comunidade ou povo, tal como ensaiado no caso *Saramaka* (2007), mesmo porque as constituições protagonistas do novo constitucionalismo latino-americano, já reconhecem os povos indígenas e tribais como sujeitos coletivos, o que conduziria a uma desejável harmonia entre os planos do direito interno dos Estados da Região e o direito internacional dos direitos humanos.

Ainda nesse sentido, a própria jurisprudência da Corte Interamericana, no caso da Comunidade *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* trouxe subsídios ao

reconhecimento da subjetividade coletiva dos povos indígenas ao introduzir, por meio de um raciocínio pluralista, o direito consuetudinário indígena como fundamento da propriedade comunal, de acordo com seus usos e costumes tradicionais, o qual é um direito inerente aos povos indígenas e anterior à própria construção da idéia de Estado.

Nessa mesma linha de argumentação, coincido com a opinião de Karine Rinaldi, para quem “as sociedades tradicionais são uma realidade anterior à formação dos Estados e, por conseguinte, ao direito nacional e internacional e em assim sendo, “os direitos indígenas não são concedidos pelos Estados, pelos tratados internacionais ou pelos órgãos de proteção dos direitos humanos”. Pelo contrário, “os direitos indígenas preexistem e, hoje em dia, são simplesmente *reconhecidos* no direito nacional ou internacional”.⁴⁴¹

A final, de acordo com Cançado Trindade, afirmar a personalidade jurídica dos seres humanos e sua plena capacidade jurídica a nível internacional para as violações de seus direitos, é ser fiel às origens históricas do próprio direito internacional – o direito das gentes⁴⁴², fazendo-se necessário, portanto, remover os velhos obstáculos reafirmados ao longo do século XX para, enfim, construir-se a subjetividade e capacidade de agir das vítimas coletivas de violações de direitos humanos.

⁴⁴¹ RINALDI, Karine. Casos Pueblo Saramaka y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku: ¿um paso atrás em cuanto al fundamento de los derechos de las sociedades tradicionales? *in: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 12. n. 12, 2012. p. 249.

⁴⁴² CANÇADO TRINDADE, A. A. *Lê nouveau règlement de la Cour Intéraméricaine des Droits de l'Homme*: quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du Droit International. *In: A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 143.

Parte III

A Doutrina Democrática Da Escola Ibérica Da Paz Em Prol De Uma Nova Fundamentação Do Direito Internacional Dos Povos Indígenas

5

A Doutrina Ibérica da paz face aos Desafios do Encontro com os Povos do Novo Mundo

5.1

Considerações Iniciais

No coração da Cristandade, um punhado de homens, quase todos clérigos e professores das Universidades de Salamanca, Valladolid, Alcalá de Henares, Évora e Coimbra, ou delas egressos, levantaram a incômoda questão da inexistência de fundamentação teológica ou jurídica para o que aconteceu e estava acontecendo após o encontro⁴⁴³ dos reinos ibéricos com as civilizações ameríndias. Os relatos do uso abusivo da força que chegavam às cátedras do núcleo intelectual dos Impérios luso-espanhóis, ou a quotidiana violência presenciada em suas vidas missionárias na América, fez com que estes mestres catedráticos e missionários denunciassem, corajosamente, a ilegitimidade da conquista e colonização do Novo Mundo⁴⁴⁴. Logo foram postos em dúvida, pelos teólogos, missionários e juristas, que estão reunidos neste trabalho sob a

⁴⁴³ O termo *encontro entre dois mundos* é utilizado por Joseph Höffner e me parece mais adequado por escapar da ideologia colonial impregnada nos termos *descobrimento*, *ocupação* ou *conquista*. Cfr.: HÖFFNER, Joseph. *La Ética Colonial Española Del Siglo de Oro, cristianismo y dignidad humana*. Rivadeneira, Madrid, 1957. ps. 97 e ss.

⁴⁴⁴ CALAFATE, Pedro, LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. A Escola Peninsular da Paz: a contribuição da vertente portuguesa em prol da construção de um novo direito das gentes para o século XXI. in: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. v. 13. n. 13, 2013. ps. 262-263.

denominação de Escola Ibérica da Paz⁴⁴⁵, os pressupostos teológicos, éticos, jurídicos e políticos da ocupação do Novo Mundo.

Trata-se de um momento histórico privilegiado para a investigação proposta neste trabalho acerca da subjetividade internacional dos povos indígenas, por dois motivos fundamentais: Sob o prisma da doutrina jusinternacionalista, por um lado, o Direito Internacional ainda era o direito das gentes, logo, não estava impregnado do estatocentrismo voluntarista fortalecido a partir do século XVII, particularmente, após a celebração dos Tratados de Paz de Westfália de 1648. Em matéria de direitos humanos, por outro lado, naquele momento histórico, nem sequer existiam as concepções liberais individualistas, surgidas após o século XVII, que fundamentaram, a partir de 1948, as normas contemporaneamente vigentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Portanto, neste capítulo, é necessário retroagir ao debate jus-filosófico desencadeado, no século XVI, acerca da justiça da conquista do Novo Mundo.

Por conseguinte, reitero que o embasamento teórico necessário à consolidação da nova e original vertente do Direito Internacional dos Povos Indígenas não será buscado no bojo do processo de descolonização africana, sob a bandeira do princípio da autodeterminação dos povos⁴⁴⁶. De acordo com as razões históricas que indiquei no capítulo 3 deste trabalho, a luta pela autodeterminação dos povos indígenas não coincidiu necessariamente com a reivindicação de independência territorial, mas foi mais além, ao exigir o seu reconhecimento como

⁴⁴⁵ Inicialmente, “Escola Peninsular da Paz” era o termo cunhado pelo Professor Dr. Pedro Calafate, no âmbito do projeto de pesquisa “*Corpus Lusitanorum de Pace: a contribuição de Portugal para a Escola Peninsular da Paz (séculos XVI e XVII)*”, desenvolvido na Universidade de Lisboa, Faculdade de Letras, no Centro de Filosofia, com o financiamento da Fundação para a Ciência e a Tecnologia do Ministério da Educação e Ciência de Portugal (PTDC/FIL-ETI/119182/2010). No Seminário realizado em Santander (Espanha), de 23 a 27 de junho de 2014, intitulado “La Lucha por la Justicia en la Construcción del Império. La Escuela Ibérica de la Paz”, que reuniu autoridades acadêmicas referenciais, tais como, Jesús Cordero Pando, Bartomeu Meliá Lliteres, Ramón E. Mandado, Pedro Calafate, Antônio Augusto Cañado Trindade e Enrique Pérez Luño para discutir e aprofundar os textos tratados neste trabalho doutoral, ficou academicamente convencionada a denominação de “Escola Ibérica da Paz”. Neste Seminário foi lançado, ademais, o catálogo livro bilingue *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América / Escuela Ibérica de la Paz: la consciencia critica de la conquista y colonización de América: 1511 – 1694*, sob a direção de Pedro Calafate e Ramón Emilio Mandado Gutiérrez e com Prefácio de Antônio Augusto Cañado Trindade, pela Editora da Universidade da Cantábria (Santander, 2014. 427 págs.). Esta obra reuniu uma antologia dos textos fundamentais da Escola, muitos dos quais ainda se encontravam manuscritos e em latim, os quais servirão de base para as reflexões desta Terceira Parte da tese.

⁴⁴⁶ Para uma discussão centrada no princípio da auto-determinação confira: ANAYA, S. James. *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford University Press: Nova Iorque, 2004. ps.97 e ss.

nação. Assim, como demonstrarei neste e no próximo capítulo, o pensamento jusfilosófico do século XVI oferece um vasto campo de análise, uma vez que pelo menos no bojo da corrente ibérica renascentista, os povos indígenas “recém-descobertos” eram consideradas autênticas Nações soberanas, política e juridicamente iguais aos demais reinos cristãos europeus.

Assim sendo, defenderei, nesta etapa da pesquisa, uma concepção pré-westfaliana do Direito Internacional e sustentarei a necessidade do retorno as suas origens históricas, na condição de *Jus Gentium*, no panorama do renascimento peninsular cristão, no limiar da consolidação do Estado-Nação moderno, para compreender como os jus-teólogos ibéricos enfrentavam as dúvidas de consciência geradas a partir do encontro entre os reinos luso-espanhóis, de um lado, e as soberanias indígenas, de outro, no cenário do Novo Mundo.

Antes de se adentrar na análise dos textos propriamente ditos da Escola Ibérica da Paz, todavia, três esclarecimentos preliminares se fazem necessários, para que o leitor não avance na leitura destes textos munido dos (pré-)conceitos de seu tempo, isto é, de um acervo oriundo do direito e da filosofia política moderna, que foram sendo formulados ao longo dos quinhentos anos posteriores ao momento histórico que serve de pano de fundo para as reflexões desenvolvidas pelos justeólogos ibéricos dos séculos XVI e XVII.⁴⁴⁷

Essas advertências se referem ao fato de que o projeto colonial dos reinos Ibéricos não foi levado a cabo com a cruel simplicidade das guerras de conquista que o senso comum costuma sublinhar. Pelo contrário, nos séculos XVI e XVII, o uso da doutrina da guerra justa⁴⁴⁸ contra os povos ameríndios desencadeou um

⁴⁴⁷ Aqui se faz referência às doutrinas triunfantes que, após o século XVI, pautaram a ciência do direito e a filosofia política e que são reproduzidos até os dias de hoje, sob vários enfoques, como por exemplo, podem ser citadas como de interesse para comparação neste trabalho, as obras de Jean Bodin (1530-1596) sobre a soberania absoluta dos Estados; de Hugo Grotius (1583-1645) sobre o Direito Internacional moderno; de Thomas Hobbes (1588-1679) sobre o antagonismo estado de natureza/estado civil e a consagração da idéia que “o homem é lobo do homem”; de John Locke (1632-1704) sobre o Estado liberal, o contrato social e a propriedade privada; de Samuel Pufendorf (1632-1694), Christian Wolff (1679-1754) e Emmerich de Vattel (1714-1769) sobre a posição do Estado Nação no plano internacional e, finalmente, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) também sobre o contrato social e o mito do bom selvagem.

⁴⁴⁸ A guerra justa é uma expressão recorrente nas reflexões dos teólogos do século XVI e sobre ela tratarei, com mais vagar, na seção 6.4 do capítulo seguinte. Entretanto, convém antecipar sua compreensão, pelo menos em termos gerais. São Tomás de Aquino sistematiza as três condições necessárias para se configurar a licitude de uma guerra, no Artigo 1 da Questão 40, na Segunda Seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*: “para uma guerra ser justa, são necessárias três condições, a saber: a autoridade do príncipe, sob cuja ordem deve se fazer a guerra; uma causa justa e uma reta intenção naqueles que fazem a guerra.” (Cfr. a íntegra da Questão 40 sobre a guerra in: AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2011. ps. 516-524. t. 5.)

profundo debate sobre a legitimidade do domínio hispânico sobre o Novo Mundo através do uso da força. Desde os primeiros anos, após a chegada de Colombo na Ilha Espanhola, os missionários dominicanos já questionavam *com que direito* eram procedidas as guerras nas expedições de conquista dos povos do Novo Mundo, assim como denunciavam a exploração e os maus-tratos infligidos aos índios no quadro do regime de “encomiendas”.

De súbito, essas questões chegaram aos grandes centros universitários espanho-lusitanos da época, como eram Salamanca, Valladolid, Alcalá de Henares, Évora e Coimbra, e passaram a ser objeto de acirradas disputas, através das quais grandes expoentes do pensamento justeológico tiveram a oportunidade de desenvolver argumentações doutrinárias sólidas em defesa dos direitos à liberdade, igualdade e domínio dos povos indígenas.

Nessas controvérsias, os teólogos eram considerados as mais altas autoridades, não apenas por serem considerados, naquela época, como sábios universais, mas também porque as questões indígenas eram mais adequadamente analisadas à luz do direito natural e destas os teólogos tinham melhor conhecimento que os juristas, conforme será mais amplamente discutido ao final deste capítulo.

A fim de proporcionar um amplo panorama para compreensão dessas questões, o presente capítulo será desenvolvido em três seções principais, a saber: Primeiramente, serão anotadas as origens e o agravamento da chamada dúvida indiana, provocada depois das primeiras guerras de conquista travadas contra os povos nativos da América, ainda no início do século XVI. Em segundo lugar, será destacado o papel desempenhado pela Escola Ibérica da Paz, como centro motriz de quase todas as discussões derivadas da dúvida indiana na Europa e nos territórios coloniais ultramarinos. Por fim, será defendida a importância da visão teológica dos escritos Ibéricos para a análise da controvérsia indígena, a partir da perspectiva do direito natural e das gentes.

5.2

O Debate sobre a Dúvida Indiana como uma Questão de Estado no Século XVI

No final do século XV, os reinos que ocupavam a Península Ibérica conservavam a mesma mentalidade do *orbis christianus* medieval, a qual girava

em torno das disputas de poder entre o Papa e o Imperador; da questão da infidelidade dos pagãos, dos judeus e dos hereges, que desafiava o universalismo do *orbis christianus*, assim como das disputas sobre a legitimidade do recurso à *guerra justa* como forma de combate a infidelidade dos povos pagãos.

Segundo relata Joseph Höffner, cada uma das três categorias *supra* referidas de infiéis possuía um regime jurídico distinto e a única semelhança entre eles era o fato de serem não-cristãos e, por conseguinte, serem tratados como alheios ao *orbis christianus*. Os hereges eram perseguidos pela Santa Inquisição uma vez que sua postura representava uma quebra do vínculo jurídico-eclesiástico anteriormente recebido no batismo, e o descumprimento de seus deveres para com a Igreja. Os judeus, excluídos do *orbis christianus*, viviam sob uma legislação extremamente segregacionista, embora gozassem de certa proteção contra agressões físicas. Já os pagãos, (mouros ou gentios) viviam em uma situação conflituosa permanente com o mundo cristão, ensejando, sobretudo contra os mouros, a prática da *guerra justa* com a aplicação de suas conseqüências em todo o seu rigor, ou seja, a escravidão dos prisioneiros de guerra e o desapossamento de seus bens.⁴⁴⁹

É como herdeiro dessa tradição bélica contra os mouros, convencido da superioridade da civilização cristã e ciente de sua missão evangelizadora confirmada na Bula de Alexandre VI⁴⁵⁰, que o reino espanhol nascente se lançou na empresa das descobertas ultra-marinas, porém, a violenta realidade da exploração colonial na Ilha Espanhola não tardou em colocar em causa as bases éticas, jurídicas e políticas da legitimidade da presença dos espanhóis no Novo Mundo. As expedições de conquista e o sistema de “encomiendas”⁴⁵¹

⁴⁴⁹ HÖFFNER, Joseph. ob. cit. ps. 03-95.

⁴⁵⁰ A Bula *Inter Caetera* do Papa Alexandre VI (1492-1503), datada de 04 de maio de 1493, concedeu aos reis da Espanha (Fernando e Isabel, os Católicos) as ilhas e terras descobertas por Cristovão Colombo, além das ilhas e terras a descobrir, para a propagação da fé cristã. A tradução em português deste documento pode ser conferida na obra: SUESS, Paulo (org.). *A Conquista Espiritual da América Espanhola: 200 documentos – século XVI*. Petrópolis: Vozes, 1992. ps. 248-252. Paulo Suess refere a existência de um Breve *Inter Caetera*, de 03 de maio de 1493, e de uma Bula *Inter Caetera*, de 04 de maio de 1493, cujo texto é menor que o do Breve, porém, quase idêntico.

⁴⁵¹ Para Isacio Fernández, a palavra “encomiendas” junto com o termo “conquistas” são as palavras-chave do léxico do ordenamento jurídico que formam o Direito hispano-indiano. No que se refere, em particular, ao instituto das “encomiendas”, este foi esboçado inicialmente pela rainha Isabel, em 20 de março de 1503 por meio de instruções ao governador Nicolau Ovando e, em seguida, no dia 29, complementadas pelo rei Fernando. As “encomiendas” foram pensadas como substitutas do “repartimento de índios” que ocorria, de fato, desde o governo de Cristovão Colombo. Enquanto os “repartimientos” eram um sistema de escravidão nas minas e plantações

desencadearam a crise da ocupação colonial da Ilha Espanhola, face aos maus-tratos infligidos aos naturais daquela terra com a busca desenfreada por riqueza.⁴⁵²

Lewis Hanke registra que o primeiro importante e revolucionário protesto público contra o tipo de tratamento que estava sendo dispensado aos índios do Novo Mundo pelos colonos espanhóis teve lugar em uma humilde igreja da Ilha Espanhola (hoje República Dominicana e Haiti), em 21 de dezembro de 1511, quarto domingo do Advento, no sermão proferido pelo frei dominicano Antonio de Montesinos.⁴⁵³

Escolhido por sua oratória dentre os membros da pequena comunidade de dezoito frades dominicanos, chegados em setembro de 1510 à ilha Espanhola, frei Antônio de Montesinos foi o porta-voz do histórico sermão preparado e assinado por todos aqueles religiosos, no qual foram lançadas as sementes da dúvida sobre os rumos que o processo colonial espanhol estava tomando.

É muito significativa a escolha pelo quarto domingo do Advento, que é o tempo da Igreja de preparação para o Natal, em que os fiéis são chamados à conversão, arrependimento e perdão. No Advento recorda-se, tal como fez o frei Antônio de Montesinos, na introdução de seu sermão, as palavras de São João Batista: “Ego vox clamantis in deserto”. (João 1, 23 e Mateus 3, 1-3). Em seguida, frei Antônio de Montesinos exaltou a esterilidade do deserto das consciências dos espanhóis daquela ilha e a cegueira em que viviam. As mais importantes

dos espanhóis, as “encomiendas” consistiam na trasladação de um instituto castelhano semelhante no qual os índios seriam vassalos livres da rainha, e sua mão de obra deveria ser remunerada. Enquanto nos “repartimientos” apenas os homens eram escolhidos como aptos para o trabalho, abandonando-se as mulheres e crianças a sua própria sorte, nas “encomiendas” os povos indígenas eram deslocados de suas terras e reunidos em localidades próximas dos locais de trabalho. Ademais, os encomenderos de índios deveriam velar pela conversão e doutrina dos índios na fé cristã, tal qual se incumbia aos reis católicos na Bula de doação de Alexandre VI. Porém, os desmandos e atropelos fizeram com que, na prática, os “repartimientos” e as “encomendas” fossem institutos sinônimos. Cfr.: FERNÁNDEZ, Isacio Pérez. *El Derecho Hispano-Indiano: dinámica social de su proceso histórico constituyente*. Salamanca: Editorial San Esteban, 2001. ps. 31-38.

⁴⁵² Os métodos de submissão dos povos indígenas ao jugo dos conquistadores espanhóis rivalizam com as atrocidades cometidas no século XX e início do século XXI: massacres, tortura, mutilações, marchas da morte, incêndios, terror e trabalhos forçados (primeiramente com transporte de cargas, pesca de pérolas e nas minas de ouro e prata e, depois, nos canaviais e engenhos de açúcar até serem substituídos pela mão-de-obra dos escravos negros vindos da *Etiópia e Guiné*). Cfr.: LAS CASAS, Bartolomeu de. *Brevíssima Relação sobre a Destruição das Índias*. In: JOSAPHAT, Carlos (Coord.). *Liberdade e Justiça para os Povos da América: Oito Tratados Impressos em Sevilha em 1552; Obras Completas II*. São Paulo: Paulus, 2010. ps. 481 e ss.

⁴⁵³ HANKE, Lewis, *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*. Philadelphia University of Pensilvania Press: 1959. ps. 16-17.

autoridades espanholas da Ilha estavam presentes naquela missa, convidadas pelos próprios freis nos dias antecedentes e ouviram o seguinte:

“Para vo-lo dar a conhecer, subi aqui, eu que sou voz de Cristo no deserto desta ilha, e por isso convém que com atenção, não qualquer, mas com todo o vosso coração e com todos os vossos sentidos, a ouçais; a qual será a maior nova que jamais ouvistes, a mais áspera e dura, a mais espantosa e perigosa que jamais imaginastes ouvir. (...) esta voz (...) é que estais em pecado mortal e nele viveis e morreis por causa da crueldade e tirania que usais com estas gentes inocentes. Dizei, com que direito e com que justiça tendes em tão cruel e terrível servidão estes índios? Com que autoridade tendes feito tão detestáveis guerras a estas gentes que estavam em suas terras mansas e pacíficas, onde em tão grande número, com mortes e estragos nunca ouvidos, as tendes consumido? Como os tendes tão oprimidos e fatigados, sem lhes dar de comer nem curá-los nas enfermidades em que incorrem pelos excessivos trabalhos que lhes dais e morrem, dizendo melhor, os matais, para tirar e adquirir ouro cada dia? E que cuidado tendes de que alguém os doutrine, conheçam seu Deus e criador, sejam batizados, ouçam missa, guardem as festas e domingos? Eles não são homens? Não têm almas racionais? Não sois obrigados a amá-los como a vós mesmos? Não entendeis isto? Não percebeis isto? Como estais dormindo sono tão profundo e tão letárgico? Tende certeza de que, no estado em que estais, não vos podeis salvar mais do que os mouros ou turcos que não têm e não querem a fé de Jesus Cristo.”⁴⁵⁴

A reação dos colonos espanhóis contra a pregação de Montessinos foi imediata, mas, inicialmente, inócua, pois no domingo seguinte o frei dominicano volta ao púlpito e adverte que nenhum frei daquela ordem religiosa receberia os colonos em confissão e absolveria seus pecados se continuassem em seus erros. Estes recorreram então à intervenção do rei Fernando e do Superior da Ordem Dominicana frei Alfonso de Loaysa⁴⁵⁵ para fazer cessar as pregações.⁴⁵⁶ Todavia, Montesinos consegue ser ouvido pelo rei em Espanha, ao mesmo tempo em que os colonos enviaram à Corte, como seu procurador e defensor, o missionário franciscano frei Alonso de Espinar.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ O texto do sermão que chega aos nossos dias é o reproduzido por Bartolomeu de Las Casas na sua obra *História Geral das Índias*. Las Casas, então encomendero de índios, teve sua vida transformada por este sermão, tornando-se, posteriormente, um dos mais importantes defensores de mudanças nas leis e na política colonial espanhola em favor dos índios. A versão citada em português foi reproduzida da obra de SUESS, Paulo (org.). ob. cit. ps. 407-408. Para a leitura contextualizada e em espanhol conferir: LAS CASAS, Bartolomeu de. *História de las Índias*. Edição de Agustín Millares Carlos e estudo preliminar de Lewis Hanke México: Fondo de Cultura Económica, 1986. ps. 441-442. V. II.

⁴⁵⁵ Confira a carta de Alfonso de Loaysa a Pedro de Córdoba, Vigário-Geral das Índias, pedindo explicações acerca da pregação de Antônio de Montesinos em SUESS, Paulo (org.). ob. cit. p. 411.

⁴⁵⁶ HANKE, Lewis. Ob. Cit. p. 18

⁴⁵⁷ PEREÑA, Luciano. *La idea de Justicia en la Conquista de América*. Madri: Editorial Mapfre, 1992. p. 32.

5.2.1 O “Requerimiento”

Dentre os desdobramentos das Juntas de Burgos (1512) e Valladolid (1513), convocadas pelo rei Fernando na sequência das reações desencadeadas com o histórico sermão do frei dominicano Antonio de Montesinos, merece destaque, primeiramente, a redação do “Requerimiento” pelo jurista espanhol Juan López de Palacios Rubios em 1513.

O “Requerimiento” foi influenciado pela exposição feita por Martin Fernández de Enciso na Junta celebrada no convento dominicano de San Pablo, de Valladolid, no final de Julho de 1513. Enciso era um célebre advogado e cosmógrafo, membro da expedição de Pedrarias, que fora atrasada por ordem do rei até que fosse encontrada uma solução justificadora da ocupação espanhola da América. Em seu memorial, Enciso fundamentou sua argumentação a favor do prosseguimento das expedições de conquista, na bula de doação de Alexandre VI e no Velho Testamento.

Em seu memorial, Enciso sustentava que, do mesmo modo que Deus havia dado aos judeus a Terra Prometida, atribuiu aos espanhóis o Novo Mundo, através do Papa. Por esta razão, tal qual Josué reconquistara Canaã pela força, os espanhóis tinham legitimidade para declarar guerra justa contra os indígenas que não fossem convertidos depois de requeridos pacificamente. Como razão última, estava o combate à idolatria dos povos indígenas americanos como motivo suficiente para que fosse feita a guerra, apoderar-se de seus bens e reduzi-los à servidão, tal qual fizera Josué na Terra Prometida.⁴⁵⁸

Segundo a lição de Isacio Fernández, podemos definir o “Requerimiento” como sendo um documento jurídico normativo geral, que fixava uma prática já utilizada desde a ocupação das Ilhas Canárias e, posteriormente, por Colombo na tomada de posse das ilhas que ia descobrindo em nome da rainha Isabel⁴⁵⁹. Sua fórmula de matiz teocrática consistia, como seu próprio nome indica, em um requerimento formal para que os índios se convertessem à fé católica e se

⁴⁵⁸ HANKE, Lewis. ob. cit. ps. 30-32

⁴⁵⁹ FERNÁNDEZ, Isacio Pérez. ob. cit. p. 130.

submetessem como vassallos dos reis de Espanha, caso contrário, como castigo, seria procedida a guerra justa.⁴⁶⁰ Nesse sentido, Isacio Fernández afirma que:

“O ‘Requerimiento’, portanto, não foi um ente pedido pelos dominicanos, senão pelos partidários de que continuassem as conquistas. Foi uma solução engenhosa com a qual se tentou fazer parecer honestas e legítimas as ações bélicas; mas de condição utópica, quer dizer, um texto oficial apto para ser lido na mesa de estudo, mas não para ser lido nas ocasiões e lugares que no mesmo documento se mandam. De fato, na prática, desde o primeiro momento, se transformou em uma farsa.” (Tradução livre)⁴⁶¹

Em síntese, como leciona Luciano Pereña, o “Requerimiento” encerrava, como principal título para a legitimação da conquista e colonização da América, o poder e jurisdição universal do Papa, pelo qual os reis católicos, após a bula de doação de Alexandre VI, com toda a justiça, poderiam escravizar aos índios, exigindo-lhes serviços e bens necessários para indenizar os gastos suportados na conquista e governo daquelas terras, tal como ensinava a doutrina teocrática medieval de Gregório VII e Inocêncio III, que depois de atualizada por Palácios Rubios⁴⁶², tornou-se tese definitiva para a América.⁴⁶³

5.2.2

A Legislação Indiana Espanhola até Meados do Século XVI

Ademais do “Requerimiento”, outro importante desdobramento das Juntas de Burgos (1512) e Valladolid (1513) foi a elaboração das chamadas Ordenanças *de Burgos*, de 27 de dezembro de 1512 e disposições adicionais de 28 de julho de 1513, propostas estas últimas por iniciativa da impugnação crítica do frei Pedro de Córdoba numa tentativa de aperfeiçoamento das leis de 1512. As Ordenanças de Burgos articularam em trinta e duas leis e quatro provisões complementares as condições de liberdade, regime de trabalho e cristianização dos índios. Apesar da sua importância transcendente, como primeira lei regulamentadora de direitos

⁴⁶⁰ Para conhecer uma versão do “Requerimiento” utilizado por Pedrarias Dávila consultar: SUESS, Paulo (org.). ob. cit. p. 673-675.

⁴⁶¹ FERNÁNDEZ, Isacio Pérez. Ob. Cit. p. 131.

⁴⁶² Luciano Pereña cita o seguinte excerto de Palacios Rubios, expondo sua posição teocrática: “*Después de la venida de nuestro Salvador, nadie pudiendo salvarse fuera de la Iglesia Católica que es la sola Iglesia de los cristianos, es necesario que el poder y el derecho principal al poder quede en la Iglesia. Sólo ella en consecuencia, tiene título legítimo de poder sobre el orbe. Todo el poder o jurisdicción de los gentiles son válidos en la medida que la Iglesia los concede y no les prohíbe su uso*”. (Cfr.: PEREÑA, Luciano. ob. cit. ps. 37-38.)

⁴⁶³ PEREÑA, Luciano. ob. cit. ps. 37-38.

indígenas, as Ordenanças de Burgos eram contraditórias com outras leis em vigor e mais pareciam a regulamentação do que já ocorria na prática. Portanto, estas leis, apesar de assinadas e enviadas pelo rei às autoridades coloniais, não foram cumpridas, afinal, consoante afirma Luciano Pereña, por simples considerações morais, não seria rompida toda uma política econômica.⁴⁶⁴

Na esteira da lição de Luciano Pereña, o conflito da Ilha Espanhola tornou-se uma questão de Estado. Já no início do século XVI, começavam a definir-se duas atitudes, duas tendências opostas e hostis, sobre a justiça das “encomiendas” e do tratamento dos índios. Na realidade, este conflito refletia um questionamento mais profundo acerca da própria justiça da conquista espanhola da América⁴⁶⁵.

Como desengano de consciência, diante de tantas denúncias acerca do crescente despovoamento da Ilha Espanhola, das atrocidades cometidas contra os naturais do Novo Mundo e da falta de cumprimento do encargo evangelizador da Bula de doação de Alexandre VI, a Coroa repudiou, oficialmente, a partir de 1526, as práticas coloniais até então vigentes. O rei Carlos V inicia sua política de “reconversão colonial”⁴⁶⁶, através da reforma das três instituições-chaves desta primeira etapa colonialista: as “encomiendas”, a escravidão indígena e as guerras de conquista.⁴⁶⁷ Nessa linha reformadora, merecem menção: a) as Ordenanças de Granada, de 17 de novembro de 1526, que articulam doze leis sobre as expedições de descobrimento, guerras de conquista, resgates de índios e povoamento, e b) a Provisão Geral de Madrid, de 02 de agosto de 1530, não apenas reforçando as Ordenanças de Burgos (1512), Granada (1526) e Toledo (1528), mas estabelecendo, desta feita, a proibição absoluta de escravidão indígena.

Ocorre que, apesar das tentativas da Coroa em proclamar leis protetoras dos índios do Novo Mundo, esse período é marcado por uma forte instabilidade legislativa, porque entre 1512 e 1541, por detrás de um documento legal enviado

⁴⁶⁴ *Ibidem*.

⁴⁶⁵ PEREÑA, Luciano. ob. cit. p. 32.

⁴⁶⁶ Citando a tese de Fernández Alvarez, Jesús Cordero Pando aponta, como um dos fatores psicológicos para este processo de “reconversão” de Carlos V, a derrota de Argel: “Carlos V consideraba sus victorias militares como un signo inequívoco de la complacencia y aprobación divina, y a su vez las derrotas, como la sufrida en Argel, como señal de reprobación de la Divinidad. Era la mentalidad imperante entonces, compartida, por ejemplo, por Hernán Cortés em México, quien por cierto fue uno de los vencidos em Argel.” Cfr.: VITÓRIA, Francisco de. *Relectio De Potestate Civili*: estudos sobre su filosofia política. Edição crítica por Jesús Cordero Pando. Madrid: CSIC, 2008. p. 285. Nota 65. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, v. 15.

⁴⁶⁷ Para um amplo estudo, feito em bases documentais, acerca deste processo de “reconversão colonial”, consultar a obra: PEREÑA, Luciano (dir.). *Carta Magna de los indios*: fuentes constitucionales, 1534-1609. Madrid: CSIC, 1988. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*. v. 27.

ao Novo Mundo, chegava outro documento que revogava o imediatamente anterior. Para Isacio Fernandez, isso se deve ao fato de que a Coroa se dividia entre o atendimento de interesses diametralmente opostos: de um lado, estavam os interesses econômicos de conquistadores e encomenderos de índios e, de outro, os ideais evangélicos de freis dominicanos, franciscanos e agustinianos. No meio destas batalhas de memoriais e cartas, ordens e contra-ordens, encontravam-se as autoridades régias enviadas às Índias.⁴⁶⁸

Depois das conquistas do México e do Perú, entre 1519 e 1533, fundadas abusivamente no texto do “Requerimiento”, a crise de consciência nacional sobre a justiça das guerras travadas contra os povos nativos da América se aprofundou ainda mais, exigindo-se um posicionamento mais firme de Carlos V diante da profusão de ordenanças, cédulas reais, despachos e provisões, todos não cumpridos, que se acumulavam e se contradiziam.

É nesse contexto que o rei-imperador Carlos V assinou em Barcelona, em 20 de dezembro de 1542, quarenta leis reunidas sob o nome de Novas Ordenanças (ou Leis Novas), complementada por outras seis leis sancionadas em Valladolid, em 04 de junho de 1543, instado pelas Cortes de Valladolid e impulsionado pelos apelos de consciência feitos pelos clérigos dominicanos.⁴⁶⁹ Todavia, à semelhança das leis anteriores, as Novas Ordenanças enfrentaram forte resistência a sua efetivação, porém, a resposta da Coroa ao seu descumprimento parecia mais enérgica, pois estas significavam, no plano interno do reino, o ápice do projeto político de “reconversão colonial” de Carlos V e, no plano externo, uma resposta à *leyenda negra* que se espalhou na Europa sobre a crueldade e desumanidade do processo colonial espanhol.⁴⁷⁰

5.3

A Escola Ibérica da Paz e a Construção da Resposta Universitária à Dúvida Indiana

Após meio século de embates acirrados, memoriais de denúncias, cartas aos reis para denegrir o adversário, e uma profusão de ordenanças, cédulas reais,

⁴⁶⁸ FERNÁNDEZ, Isacio Pérez. ob. cit. p. 245.

⁴⁶⁹ Luciano Pereña destaca a influência marcante das lições de Francisco de Vitória em Salamanca para a elaboração destas novas ordenanças, já Isacio Fernández realça a atuação política de Bartolomeu de Las Casas na Corte espanhola.

⁴⁷⁰ Confira a esse respeito: FERNÁNDEZ, Isacio Pérez. ob. cit. ps. 428-430 e PEREÑA, Luciano. ob. cit. os. 175 e ss.

provisões e despachos contraditórios e ineficazes, ordens e contra-ordens, as questões fundamentais e inéditas sobre a conquista e colonização dos povos do Novo Mundo continuavam sendo postas na ordem do dia, a saber: É legítimo o título de ocupação das Índias sob a doação da Bula de Alexandre VI? É justa a guerra movida pelos espanhóis contra os naturais? Deve-se conquistar primeiro os índios para depois evangelizá-los? Os crimes contra a natureza (antropofagia e sacrifícios humanos) cometidos pelos gentios da América são puníveis com guerra justa? A teoria aristotélica da escravidão natural era aplicável aos “selvagens” do Novo Mundo?

5.3.1 Os Legados Mentais em Disputa na Junta de Valladolid (1550-1551)

Tal como fez seu predecessor, o rei Carlos V provocou oficialmente o debate sobre a dúvida indiana, convocando outra Junta, em Valladolid, em 1550/1551⁴⁷¹, para ouvir os dois lados da controvérsia, representados por duas figuras emblemáticas daquele tempo: Bartolomeu de las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda. O primeiro era um frei dominicano, bispo de Chiapas, que defendia que os indígenas americanos eram homens livres e iguais a qualquer outro súdito espanhol e, nesta condição, deveriam ter seu direito de domínio respeitado. O outro era um humanista franciscano que seguia a tradição teocrática, defendia a idéia aristotélica da escravidão natural e argumentava que os crimes contra a lei natural cometidos pelos ameríndios deveriam ser punidos com guerra justa pelos espanhóis.⁴⁷²

É importante notar, entretanto, que esta famosa disputa revela muito mais do que um antagonismo pessoal entre Las Casas e Sepúlveda. Antes de tudo, ela revela um pano de fundo metodológico e teórico mais amplo, inserido no período da Segunda Escolástica, em que eram muito comuns os debates de idéias feitos a partir do levantamento de questões surgidas do confronto de dois posicionamentos

⁴⁷¹ A Junta se reuniu em duas sessões: a primeira em agosto de 1550 e a segunda em maio de 1551. A Junta foi presidida pelo dominicano Domingo de Soto.

⁴⁷² Para uma análise detalhada deste debate consulte-se as obras de Lewis Hanke: *All Mankind is One: a study of the disputation between Bartolomé de las Casas and Juan Ginés de Sepúlveda in 1550 on the intellectual and religious capacity of the American Indians* (1974) e *Aristotle and the American Indians: a study in race prejudice* (1970).

intelectuais opostos, como era o caso dos debates acerca do modo como a política colonial deveria ser conduzida no Novo Mundo pelo reino espanhol.

Se o método utilizado frequentemente nessas disputas públicas era o escolástico, o arcabouço teórico em debate, do lado de Juan Ginés de Sepúlveda estava alinhado com a argumentação seguida pelos franciscanos doutrinariamente mais representativos da península⁴⁷³, os quais traziam consigo o legado mental das teses teocráticas medievais sobre o senhorio universal do papa e o direito de guerra justa contra os infiéis, construídas nos séculos XIII e XIV por canonistas e autoridades eclesiásticas, até então inquestionáveis, tais como Enrique de Segúcio - o Cardial Hostiense (1210-1271), Egídio Romano (1247-1316), Tiago de Viterbo (1255-1308) e Álvaro Pais - o Bispo de Silves (1270-1352), assim como os Papas Gregório VII (1073-1085), Inocêncio III (1198-1216) e Bonifácio VIII (1294-1303).⁴⁷⁴

É importante notar que as guerras travadas permanentemente contra os muçulmanos eram reputadas como legítimas e necessárias pelo mundo cristão medieval, devido não tanto às diferenças religiosas, mas, sobretudo pelo anseio de reconquista de territórios em domínio islâmico, que outrora pertenciam e eram ocupados por cristãos ou ainda pelo impedimento do *jus praedicandi* e o combate obstinado aos cristãos.

Como afirma Jaime Brufau Prats, “a ação espanhola em terras americanas reveste traços próprios que em não pouca medida encontram sua raiz no medievo hispânico”. Deve ser lembrado que o expansionismo ultramarino espanhol pôde iniciar-se somente após sete séculos de “guerras santas” de reconquista que culminaram na tomada de Granada em 1492. Mas, os naturais do Novo Mundo, ao contrário dos infiéis conhecidos até o século XV, não tinham um passado de

⁴⁷³ Como partidários dessas mesmas idéias defendidas por Juan Ginés de Sepúlveda, expostas em *Democrates secundus* (1545) e *Apologia* (1550), podem ser citados Alonso de Castro, Pedro Malferit, Vasco de Quiroga, Luis de Villalonga, Bernardino de Arévalo, Bartolomé Frías de Albornoz, Francisco Vargas Mexía, Francisco López de Gómara, Juan Fochoer e Turibio Motolinía (Cfr. FERNÁNDEZ, Isacio Pérez. *Frey Toribio Motolinía, O. F. M. frente a Frey Bartolomé de Las Casas, O. P.*: estudio y edición crítica de la Carta de Motolinía al emperador (Tlaxcala, a 2 de enero de 1555). Salamanca: San Esteban, 1989. ps. 59-60, nota 1).

⁴⁷⁴ Para verificação mais particularizada das doutrinas seguidas pelos mencionados teólogos e autoridades eclesiásticas, confira a introdução de Pedro Calafate in: CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado. *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América/ Escuela Ibérica de la Paz: la conciencia crítica de la conquista y colonización de América: 1511 – 1694*. Santander: Editora da Universidade da Cantábria, 2014. ps. 128-130.

confronto com a Cristandade que validasse um espírito de cruzadas e justificasse as guerras de conquista a partir de então travadas em terras americanas.⁴⁷⁵

Com efeito, ao serem aplicadas as teses medievais do senhorio universal do papa e da guerra justa contra os infiéis aos povos do Novo Mundo que apareciam no horizonte dos descobrimentos e conquistas imperiais, evidenciava-se sua inadequação, uma vez que estas gentes nada tinham a ver com os infiéis combatidos pela tradição teocrática medieval, já que nunca houve qualquer contato entre eles e a Cristandade, portanto, não havia nenhuma injúria a ser desagravada e nem terra de reino cristão ou Lugar Santo a ser recuperado em guerra justa na América.⁴⁷⁶

Las Casas, por sua vez, é um discípulo da doutrina dominicana vincada na tradição democrática mediterrânea, conservada pela Universidade de Salamanca e proclamada pela primeira vez em solo americano no histórico sermão de Antônio Montesinos. O legado mental desta tradição era essencialmente tomista, portanto, fortemente influenciado por fontes greco-romanas, constitutivas da base da idéia democrática do poder temporal.⁴⁷⁷ Trata-se, por certo, de um pensamento que havia sido marginalizado ao longo dos séculos XIV e XV, diante da importância que havia adquirido a doutrina do senhorio universal do papa para o mundo cristão, porém, ao ser reabilitado na Segunda Escolástica e fortalecido pela cátedra salmantiquense de Francisco de Vitória, viria a ser o contra-ponto teórico decisivo nos debates sobre a dúvida indiana e sobre tantos outros temas políticos e religiosos que afligiam os teólogos fiéis a esta tradição democrática, no século XVI e início do século XVII.⁴⁷⁸

⁴⁷⁵ PRATS, Jaime Brufau. La Doctrina Jusnaturalista de la Escuela de Salamanca y su Proyección em el Nuevo Mundo. In: *La Escuela de Salamanca ante al Descubrimiento del Nuevo Mundo*. Salamanca: San Esteban, 1989. p. 172.

⁴⁷⁶ PRATS, Jaime Brufau. Humanismo y Derecho em Domingo de Soto. In: ob. cit. p. 64.

⁴⁷⁷ As fontes de inspiração desta doutrina são encontradas no direito romano e, em particular em Ulpiano, sendo assimilada pela doutrina tomista e assim acolhida pelos pensadores ibéricos dos séculos XVI e XVII. Confira, nesse sentido: CALAFATE, Pedro. *Da Origem Popular do Poder ao Direito de Resistência*: doutrinas políticas no século XVII em Portugal. Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2012. p. 17-19.

⁴⁷⁸ Dentro da riqueza de matizes doutrinárias que assumem os discípulos dominicanos, Las Casas representa sua vertente mais radical nas respostas à dúvida indiana, como indicam seus *Oito Tratados* impressos em 1552 (dentre os quais está a *Brevíssima Relação sobre a Destruição das Índias*). No outro extremo, mais temperado, está Francisco de Vitória com sua *Relección de Indis*. Entretanto, não se trata aqui de tomar partido por uma ou outra vertente lascasiana ou vitoriana, mas sim demonstrar, como farei a continuação, a unidade de Escola que guardam estes e muitos outros pensadores, na península ibérica e, posteriormente, nas colônias espanholas e portuguesas da América, por pelo menos dois séculos.

Consta que foi Francisco de Vitória quem, mesmo contrariando os estatutos da Universidade de Salamanca, introduziu a *Suma Teológica* de São Tomás de Aquino (1225-1274), como texto base para as explicações da Cátedra de Prima de Teologia, em substituição aos *Quatro Livros das Sentenças* de Pedro Lombardo († 1164). Este livro consistia em uma célebre compilação ordenada dos textos dos Padres da Igreja, principalmente de Santo Agostinho (354-430).⁴⁷⁹ A escolha de Francisco de Vitória foi certamente influenciada por sua formação na Universidade de Paris, onde teve contato com o movimento de resgate da Suma Teológica do Aquinate, estabelecendo-se, a partir daí uma abertura para a aliança entre o conteúdo humanista e a metodologia escolástica que seria definitiva para o pensamento produzido pela Escola Ibérica da Paz.⁴⁸⁰

Para compreender a importância e profundidade dessa mudança, é importante destacar, primeiramente, que a escolha de um texto base para guiar as aulas ordinárias dos mestres catedráticos era uma tradição medieval em pleno vigor na Universidade de Salamanca no século XVI e o texto mais utilizado era o *Libri quattuor sententiarum* de Pedro Lombardo. Em segundo lugar, na Faculdade de Teologia da Universidade de Salamanca, as lições eram divididas em cátedras maiores e menores. As cátedras maiores, por seu turno, subdividiam-se em lições

⁴⁷⁹ Segundo Martin Grabmann, na Idade Média, *sentenças* ou *sumas* eram as obras que explicavam sistematicamente a teologia em seu conjunto. A partir do século XII, com Santo Anselmo de Cantuária († 1109), o termo *Sententiae* ou *Liber sententiarum* era o mais utilizado. Já na escolástica do século XIII, empregava-se, preferencialmente, o nome *Summa*, *Summa in theologia* ou *Summa theologiae*, para designar as sínteses teológicas completas. Acrescenta ainda que, enquanto o nome *Sentenças* era utilizado para obras dogmáticas, as *Sumas* designavam os tratados de teologia especulativa, principalmente a partir do século XIII. É na segunda metade do século XIII, que S. Tomás de Aquino elabora a Suma Teológica, em meio à efervescência universitária de Paris, maravilhada com a “descoberta” de novas fontes de textos de filosofia grega, sobretudo obras até então desconhecidas de Aristóteles, levadas ao ocidente através das traduções comentadas de Avicena e Averróis. Com apoio na lógica aristotélica, logo o estilo dos *comentários* foi cedendo às questões disputadas, que permitiam o debate de problemas postos aos contendores, para resolvê-los dentro do quadro de argumentos extraídos da Bíblia e outras fontes da tradição cristã ocidental. A Suma Teológica de S. Tomás é a expressão máxima deste estilo, porém, esta obra do Aquinate tornou-se livro referencial, geralmente aceito nas universidades, apenas no século XVI, quando surgiram seus grandes comentadores. (Cfr. Introdução à Suma Teológica in: AQUINO. Tomás de. *Suma Teológica: Primeira Parte*. Tradução de Alexandre Corrêa. Organização e Direção de Rovílio Costa e Luis Alberto de Boni. 2. ed. Caxias do Sul/Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Universidade de Caxias do Sul/Livraria Sulina Editora em co-edição com Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Grafosul, 1980. ps. xx-xxi e xxx).

⁴⁸⁰ Francisco de Vitória foi discípulo de Pedro Crockart († 1514), o qual introduziu o estudo da Suma Teológica de S. Tomás em Paris. (Cfr. GRABMANN, Martin. Introdução à Suma Teológica in: AQUINO. Tomás de. ob. cit. p. xxx).

de *prima* e lições de *véspera*⁴⁸¹ e eram de assistência obrigatória para os alunos. Já as cátedras menores eram optativas. Por conseguinte, a *Suma Teológica* passou a ser comentada por Francisco de Vitória em uma cátedra maior, ou seja, a cátedra de *prima* de Teologia, abrindo definitivamente o caminho para o pensamento renascentista cristão nas Universidades da península e, posteriormente, nas colônias espanholas da América.⁴⁸²

Por conseguinte, é evidente que nessas disputas, protagonizadas por franciscanos e dominicanos⁴⁸³, não havia uma base filosófica nova, mas antigos princípios aplicados à novos problemas, como era o caso do encontro com as gentes do Novo Mundo. Nesse debate dialético, ao serem lançados os argumentos e contra-argumentos, de parte a parte, estes princípios eram atualizados, revistos ou davam origem a novos argumentos. Do lado dos teocráticos, por exemplo, ao argumento do senhorio universal do Papa, foram acrescentados novos títulos de guerra justa, tais como, a condição bárbara e inferior dos índios que os tornava escravos por natureza; o da idolatria e outros crimes contra a natureza como a antropofagia e os sacrifícios dos inocentes; o da desobstrução de qualquer resistência à evangelização, dentre outros que exporei mais pormenorizadamente no próximo capítulo. O mesmo ocorria do lado democrata, sobretudo com o confronto da tese vitoriana com a realidade missionária na América, como terei igualmente a oportunidade de expor a continuação.

⁴⁸¹ De acordo com Josep-Ignasi Saranyana, as duas cátedras principais da Faculdade de Teologia receberam o nome de *cátedra de prima* e *cátedra de vésperas*, “porque la lección empezaba, respectivamente, hacia las nueve de la mañana (a la hora de prima) y hacia a las cuatro de la tarde (la hora de vísperas). La más apreciada de las dos cátedras fue la de prima. Por ellas, muchos maestros salmantinos siguieron el siguiente *currículum* universitário: comenzaron como sustituto de algún catedrático de prima o de vísperas, Es decir, como ayudantes que acudían a dictar la lección, cuando el maestro debía ausentarse; posteriormente opositaban a la cátedra de vísperas; finalmente, opositaban a la cátedra de prima (...). Cfr. in: *La Filosofía Medieval desde sus Orígenes Patrísticos hasta la Escolástica Barroca*. 2. ed. Pamplona: EUNSA, 2007. P. 451, nota 43.

⁴⁸² VITÓRIA, Francisco de. *Relectio De Potestate Civili*, ob. cit. ps. 296 e 316. Cfr. também: SILVA, Lucas Duarte. A Escola de Salamanca: entre o medievo e a modernidade. In: *Seara Filosófica*. n. 6, Inverno, 2013, ps. 76-84.

⁴⁸³ Essas Ordens Religiosas, criadas no século XIII por S. Domingos de Gusmão (França, 1216) e S. Francisco de Assis (Itália, 1209), respectivamente, eram denominadas de “Ordens Mendicantes” e tiveram um papel fundamental no exercício das cátedras universitárias medievais, sobretudo, na prestigiada Universidade de Paris e no desenvolvimento da filosofia cristã medieval. É interessante notar que apesar de terem sido criadas a partir de um desejo comum de mudança da Igreja Católica, com um retorno aos valores primitivos do cristianismo e estabelecendo os votos de pobreza, vida comunitária e a evangelização como principais características, é certo que entre ambas sempre houve fortes antagonismos teóricos: aristotelismo ou neo-platonismo, S. Tomás de Aquino ou S. Agostinho, apenas para citar dois exemplos marcantes. No século XVI essas diferenças persistem.

Entretanto, espelhando o desfecho da Junta de Valladolid de 1550/1551, neste confronto de idéias, não houve a declaração de um vencedor. Pelo contrário, pode-se afirmar, com base no desenrolar dos fatos históricos, que o vencedor destas disputas foi o próprio rei-imperador Carlos V. Sem dúvida, Carlos V representava a corrente de forças em prol do absolutismo monárquico e da consolidação do Estado-Nação aos moldes dos Estados europeus que, mais tarde, celebraram os Tratados de Paz de Westfália de 1648, os quais marcam, simbolicamente, o início do Direito Internacional moderno.

Nesse sentido, a Igreja Católica romana, irremediavelmente enfraquecida, no plano político, pelo crescente apelo ao absolutismo monárquico e, no plano religioso, pela Reforma protestante⁴⁸⁴, não conseguiria mais manter a mesma hegemonia do *orbis christianus* medieval. Em matéria de Índias Ocidentais, o fracasso de duas bulas papais importantes, a Bula *Inter Caetera* do Papa Alexandre VI (1492-1503)⁴⁸⁵ e a Bula *Sublimis Deus* do Papa Paulo III (1534-1549)⁴⁸⁶, são o sinal evidente desta perda de espaço político. Essas bulas beneficiavam, respectivamente, cada um dos “legados mentais” de matiz teocrático ou democrático, porém, nenhuma delas prevaleceu afinal.

Como destaca Carlos E. Castañeda, a força da interpretação da Bula de Alexandre VI em favor do domínio Espanhol sobre as Índias derivava do legado teocrático medieval, estabelecido muito tempo antes dos reis da Espanha requererem a confirmação de seu título de domínio sobre as Índias, já

⁴⁸⁴ No século XVI, duas personalidades são emblemáticas para este movimento de Reforma: Martinho Lutero (1483-1546) e João Calvino (1509-1564). Atraídos pela oportunidade de ruptura política com a Igreja Católica, proporcionada pelas teses reformistas protestantes (luteranismo, calvinismo, anabaptismo e anglicanismo, dentre outras), vários reinos, sobretudo do norte da Europa aderiram ao movimento reformador e fundaram suas Igrejas nacionais. É interessante notar que um dos princípios basilares do protestantismo, nesta esfera política, era o *cuius régio eius religio* (a religião dos cidadãos é determinada pela religião do rei) e este foi um dos princípios proclamados nos Tratados de Paz de Westfália de 1648. A Igreja Católica tentou uma resposta contra-reformadora, no Concílio de Trento (1545-1563) convocado pelo papa Paulo III, todavia, o resultado não foi tão eficaz quanto o esperado, já que tardio. Também podem ser consideradas reações da Contra-Reforma a criação, em 1540, da Companhia de Jesus, ordem religiosa fundada pelo espanhol Inácio de Loyola, de importância capital para a evangelização na América. Enfim, deve ser lembrado ainda nesta época o recrudescimento da Santa Inquisição na Espanha (desde 1479) e em Portugal (a partir de 1536), não só para o combate às heresias pela Igreja Católica, mas também sob forte influência política das coroas reais espanho-lusitanas para o atingimento de finalidades políticas e econômicas.

⁴⁸⁵ Vide *supra* nota 450.

⁴⁸⁶ A Bula *Sublimis Deus* é datada de 02 de junho de 1537 e com a mesma data, existe o breve denominado *Veritas Ipsa*, que é a versão resumida da mesma bula.

inquestionavelmente estabelecido pela preempção da primeira descoberta⁴⁸⁷. O citado autor cataloga muitos exemplos, desde 1016, de bulas papais que garantiram territórios aos reis da cristandade sob a condição de que eles instruísem os nativos na fé cristã e os convertessem ao cristianismo.⁴⁸⁸ Até a chegada de Colombo na América e a edição da Bula *Inter Caetera*, em 1493, nenhum protesto por parte de outros reis cristãos tinha sido levantado até aqueles dias contra a autoridade e o poder do Papa para fazer tais doações, como de fato ocorreria, daí por diante, com as queixas dos reis da França, Holanda e Inglaterra.⁴⁸⁹

Já a Bula *Sublimis Deus*, de 02 de junho de 1537, escrita por Paulo III, reconhecia, em princípio, aos índios do Novo Mundo a condição de homens livres e capazes para receber a fé cristã, proibindo, conseqüentemente, a sua escravidão e o desapossamento de seus bens. Esta bula encerrava todo ideário dominicano acerca da condição dos índios do Novo Mundo como seres dotados de almas racionais, porém, vigorou por pouco menos de um ano, sendo revogada em 19 de junho de 1538, pelo Breve *Non Indecens Videtur*, do próprio Papa Paulo III a pedido do imperador Carlos V.⁴⁹⁰ O argumento para este raríssimo caso de revogação de uma bula papal foi o de que o papa fora induzido ao erro, no entanto, esclarece Paulo Suess, contextualizando o seguinte:

“Paulo III – por ocasião de sua mediação política entre o rei da França, Francisco I, e Carlos V, em Nice – revoga o Breve (“*quasdam a nobis in forma brevis literas extortas fuisse*”) que diz ter redigido sob engano. O papa anula – conforme a opinião de vários historiadores – com este Breve a carta que escreveu ao Cardeal

⁴⁸⁷ CASTAÑEDA. C. E. “Spanish Medieval Institutions in Overseas Administration: the prevalence of medieval concepts. In: *The Americas*. v. 11. n. 02. p. 117, outubro de 1954.

⁴⁸⁸ É interessante lembrar que Portugal, desde 1320, procurou a justificativa jurídica e política no poder absoluto dos papas, através de diversas bulas, para legitimar seus projetos expansionistas rumo à África e ao Oriente.

⁴⁸⁹ É célebre a referência à indignação do rei francês Francisco I que questionava onde estava a cláusula do Testamento de Adão em que constava a divisão do Novo Mundo entre portugueses e espanhóis, na esteira da Bula *Inter Caetera* do papa castelhano Alexandre VI e, posteriormente, reformulada pelo Tratado de Tordesilhas (07/06/1494), confirmado em 1505 pela Bula *Ea quae pro bono pacis* do Papa Júlio II.

⁴⁹⁰ A Bula *Sublimis Deus* foi idealizada pelo frei dominicano Bernardino de Minaya, que instou o Bispo, também dominicano, Julián Garcés a dirigir-se ao Papa Paulo III, explicando-lhe a necessidade de um documento para por fim às disputas sobre a capacidade dos índios para receber a fé cristã. Isso significava que a Igreja deveria reconhecê-los como seres humanos dotados por Deus de almas racionais. Note-se que as resistências sofridas pela Bula *Sublimis Deus* na América espanhola foram idênticas àquelas encontradas na América portuguesa, cem anos depois, com a edição da Bula *Commissum Nobis*, de 22 de abril de 1639, pelo Papa Urbano VIII e que culminou com a expulsão dos Jesuítas de São Paulo.

Tavera e revoga as censuras eclesiásticas que caíram sobre os que escravizaram os índios (*Pastorale Officium*).⁴⁹¹

Ao exigir a anulação das censuras, Carlos V não estava simplesmente interessado na revogação de um Breve, mas na anulação de qualquer documento papal destinado às Índias sem ter recebido o prévio aval do Conselho das Índias.⁴⁹² Em carta ao vice-rei do México, Antonio Mendoza, de 10.9.1538, Carlos V declarou “*todos y cualesquier bulas y breves*” que Bernardino de Minaya possa ter conseguido de Paulo III anulados pelo próprio papa e ordenou o recolhimento de todas as cópias (C.D.I.Ultramarb vol. 10, pág. 440s). A Corte fez da anulação de um Breve a revogação de “*todos y cualquier bulas y breves*”.⁴⁹³

Apesar dessa interpretação ampla do breve de revogação *Non Indecens Videtur*, Paulo Suess registra que não houve nenhum protesto por parte da Cúria Romana, pois, Paulo III ao fazer concessões na questão indiana, “visava o apoio de Carlos V no combate aos turcos, luteranos e em questões de sua família Farnese (seu neto Ottavio era casado com uma filha natural de Carlos V)”, demonstrando-se a vulnerabilidade da Igreja às vicissitudes políticas da época.⁴⁹⁴

Aliás, esse não foi o único enfrentamento de Carlos V com as teses suscitadas pelos padres catedráticos dominicanos, consoante esclarece Jesus Cordero Pando ao tratar do contexto histórico em que viveu e lecionou Francisco de Vitória, destacando o impacto de suas duas *relecciones* sobre os índios e sobre o direito de guerra, proferidas em 1539:

“Muito mais público e de maior transcendência seria o pronunciamento de Vitória com relação à conquista e guerras de América, em suas duas somadas *relecciones*

⁴⁹¹ O Breve *Pastorale Officium* data de 29 de maio de 1537 e foi dirigido ao Bispo de Toledo (Juan Tavera) e não ao Presidente do Conselho Real das Índias (García de Loaysa) que seria seu destinatário natural. Paulo Suess indica que a intenção do Papa Paulo III poderia ser a de reforçar a Real Provisão de Madrid, de 02 de agosto de 1530, sancionando com censuras eclesiásticas severas, inclusive a excomunhão, aqueles que escravizavam os índios. Todavia, a Real Provisão de Madrid já havia sido revogada pela de Toledo, em 21 de maio de 1534. Outro documento papal importante emitido por Paulo III, atingido por esta revogação generalizada, foi a Bula *Altitudo Divini Consilii*, de 1º. de junho de 1537, o qual reforçava, dentre outros temas, a proibição da escravidão indígena e os cuidados com sua evangelização. (Cfr.: SUESS, Paulo (org.). ob. cit. ps. 268-273).

⁴⁹² O Conselho Real e Supremo das Índias foi criado por Carlos V, em 1º. de agosto de 1524, para tratar de todos os assuntos relacionados às Índias, com competências tanto políticas quanto legislativas e judiciais. Com as novas descobertas e conquistas, o governo das Índias se tornava mais complexo e, desta forma, o Conselho Real de Castela foi substituído pelo Conselho Real e Supremo das Índias. Este novo Conselho era totalmente autônomo, semelhante a qualquer outro conselho real, e exercia autoridade sobre governos e audiências das Índias, ficando subordinado apenas ao Imperador. Assim, tudo o que se relacionava com os problemas indianos deveriam passar por este Conselho, bem como toda a documentação destinada ou proveniente das Índias deveria ser nele arquivada. (Cfr.: FERNÁNDEZ, Isacio Pérez. *Derecho Hispano-Indiano*, ob. cit. ps. 134-135).

⁴⁹³ SUESS, Paulo (org.). ob. cit. p. 277.

⁴⁹⁴ *Ibidem*.

de 1539 sobre os índios. Segundo o parecer do grande conhecedor da época, Manuel Fernández Álvarez, o discurso de Vitória teve um enorme eco na Corte e o Imperador inicialmente levou muito a mal as intervenções de Vitória, que seriam as que o fizeram exclamar; ‘Que se calem esses freis!’⁴⁹⁵

Tais *relecciones*, disputas e predicções feitas por catedráticos dominicanos do Mosteiro de San Esteban, como era o caso de Francisco de Vitória e Domingo de Soto, seria provavelmente o principal motivo que culminou no envio da carta de Carlos V dirigida ao Superior de San Esteban de Salamanca, datada de 10 de novembro de 1539, manifestando veementemente sua insatisfação com ditas teses, a tal ponto de mandar recolher todos os escritos sobre o tema das Índias e proibir sua discussão sem antes obter a autorização do próprio imperador.⁴⁹⁶

Mesmo após o processo de reconversão de Carlos V, com a edição das Leis Novas de 1542, a corrente de pensamento dominicana não foi aquela que afinal prevaleceu. Partindo de pressupostos filosóficos democráticos, que não apoiavam as monarquias absolutas nascentes na Europa, certamente, esta corrente de pensamento estava fadada ao silêncio e ao esquecimento durante os séculos seguintes. Entretanto, é um fato histórico inquestionável que o pensamento ibérico cristão do século XVI marcou, de modo indelével, a ética colonial dos reinos

⁴⁹⁵ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio De Potestate Civili*: estúdios sobre su filosofía política, ob. cit. p. 285.

⁴⁹⁶ Vale a pena reproduzir na íntegra o texto da citada carta, publicada no volume V da coleção *Corpus Hispanorum de Pace*: Venerable padre Prior del monasterio de santisteban de la cibdat de Salamanca yo he sydo ynformado que algunos maestros religiosos de esa casa han puesto en platica y tratado en sus sermones y en repeticiones del derecho que nos tenemos a las yndias yslas e tierra firme del mar ocean y también de la fuerça y valor de las conpusiciones que con autoridad de nuestro muy santo padre se han hecho y hacen en estos reynos y porque de tratar de semejantes cosas sin nuestra sabiduria e sin primero nos abisar dello *más* de ser muy perjudicial y escandaloso podría traer grandes ynconvenientes en deservicio de Dios y desacato de la sede apostólica e bicario de christo e daño de nuestra Corona Real destos reynos, abemos acordado de vos encargar y por la presente vos encargamos y mandamos que luego sin dilación alguna llameis ante vos a los diches maestros y religiosos que de lo susodicho o de cualquier cosa de ello ovieren tratado así en sermones como en repeticiones o en otra cualquier manera pública o secretamente y recibais dellos juramento para que declaren en que tiempos y lugares y ante que personas han tratado y afirmado lo susodicho así en limpio como en minutas y memoriales, y si dello han dado copia a otras personas eclesiásticas o seglares; y lo que ansy declararen con las escripturas que dello tovieren sin quedar en su poder ni de otra persona copia alguna; lo entregad por memoria firmada de vuestro nombre a fray niculás de santo tomás que para ello enbiamos para que lo traiga antes nos y lo mandemos ueer proueer cerca dello to que convenga al servicio de dios y nuestro y mandarles eys de nuestra parte y vuestra que agora ni en tiempo alguno sin espresa licencia nuestra no traten ni prediquen ni disputen de lo susodicho ni hagan ymprimir escriptura alguna tocante a ello por que de to contrario yo me terne por muy deservido y lo mandare proueer como la calidad del negocio to requiere. De madrid a diez dias del mes de noviembre de mill e quinientos e treinta y nueve años. Yo el Rey. Refrendada de su mano”. (VITÓRIA, Francisco de. *Relectio De Indis*: o libertad de los índios. Edição crítica bilíngüe de L. Pereña e J. M. Pérez Prendes. Madrid: CSIC, 1967. ps. 152-153. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*. v. V.

peninsulares, tanto no plano normativo, ao pressionar politicamente as Coroas a legislar em favor dos direitos dos povos ameríndios, quanto no plano doutrinário, ao aplicar os princípios da tradição democrática ao embate jusfilosófico sobre a conquista e colonização do Novo Mundo. É sobre este viés doutrinário que a presente tese se debruça, deixando para uma investigação posterior, a influência do pensamento ibérico cristão sobre a legislação indiana espano-lusitana.

5.3.2 A Escola Ibérica da Paz

Sob esta epígrafe, tratarei mais especialmente, do que tenho designado ao longo deste capítulo como *Escola Ibérica da Paz*, respondendo a cinco questões principais: a) o que se entende por Escola Ibérica da Paz? b) que autores se incluem nesta Escola e quais são seus limites de abrangência espaço-temporais? c) qual é o seu método de trabalho? d) quais são os seus temas de discussão mais recorrentes? e, finalmente, e) quais são suas fontes materiais de reflexão? Após as respostas dadas, será possível vislumbrar, sob todos estes aspectos, uma uniformidade de pensamento entre estes autores, que justifica a reunião deles em torno de uma Escola de pensamento mais ampla, que não coincide, necessariamente, com o que se vêm denominando de Escola de Salamanca, Escola Espanhola do Direito Natural ou apenas Segunda Escolástica.

É unísono o entendimento no sentido de que o berço da Escola Ibérica da Paz é a Universidade de Salamanca⁴⁹⁷ e sua figura mais célebre é o dominicano Francisco de Vitória, porém, é necessário reconhecer que as idéias nascidas no Mosteiro de San Esteban ultrapassaram as fronteiras espanholas, espalhando a tese vitoriana por toda a península e nas colônias de além-mar.

Costuma-se designar como Escola de Salamanca a corrente de pensamento formada pelos mestres catedráticos da Universidade de Salamanca, marcadamente os clérigos dominicanos detentores da Cátedra de Prima de Teologia, durante todo o século XVI. A sequência genealógica resgatada por Josep-Ignasi Saranyana é a

⁴⁹⁷ Segundo Josep-Ignasi Saranyana, a Universidade de Salamanca foi fundada em 1243, por Fernando III, o Santo, rei de Castela e Leão e consolidada por seu filho, Alfonso X, o Sábio. A Universidade de Salamanca tornou-se uma das quatro grandes Universidades do *Orbe*, ao lado das Universidades de Paris, Bolonha e Oxford. A Faculdade de Teologia foi concedida apenas em 1396, pelo papa Benedito XIII, para ganhar o apoio dos castelhanos. A Universidade de Salamanca alcançou seu esplendor no século XVI, graças à obra de seus grandes mestres catedráticos de Teologia. (Cfr.: *in*: ob.cit. ps. 450-451).

seguinte: Francisco de Vitória (1526-1546), Melchor Cano (1546-1552), Domingo de Soto (1552-1560), Pedro de Sotomayor (1560-1564), Mancio de Corpus Christi (1564-1575), Bartolomé de Medina (1576-1581) e Domingo Bañez (1581-1599). Este movimento intelectual, essencialmente cristão, causou uma profunda renovação e inovação tanto em temas de teologia, como de filosofia e economia⁴⁹⁸.

Luciano Pereña esclarece, porém, que a Escola de Salamanca tornou-se um centro de irradiação doutrinária, formando três gerações de discípulos de Francisco de Vitória, caracterizando os teólogos salmantinos pelo dinamismo de seu pensamento, por sua consciencia de unidade e por sua força de expansão, ou ainda, professores universitários que trabalham sobre as mesmas fontes e somam sua própria reflexão ao esforço coletivo da Escola⁴⁹⁹.

A primeira geração é composta, por exemplo, de teólogos como Domingo de Soto e Melchor Cano e de juristas como Martín de Azpilcueta e Diego de Covarrubias, ou seja, o círculo de discípulos ou mestres contemporâneos de Vitória que escutaram diretamente as suas *Relecciones* na Universidade de Salamanca. A segunda e a terceira gerações representam o movimento de expansão do pensamento salmantino em direção a outras universidades da Espanha, de Portugal e, posteriormente, da América.

Particularmente sobre a expansão do pensamento salmantino em Portugal, Luciano Pereña afirma que, através dos canais universitários, a resposta de Vitória à dúvida indiana se projetou em Évora e Coimbra com as leituras de Luís de Molina e Martín de Ledesma, estabelecendo-se um verdadeiro “comércio ideológico” entre Évora, Coimbra e Salamanca, tal como existia na Espanha entre Salamanca, Valladolid e Alcalá:

“Se nas universidades portuguesas eram recebidas quase instantaneamente as lições manuscritas explicadas pelos mestres de Salamanca, também chegavam rapidamente nas universidades espanholas os manuscritos de Évora e Coimbra. Se na biblioteca universitária de Coimbra é possível encontrar hoje uma das coleções mais ricas dos mestres salmantinos, também entre os fundos espanhóis, procedentes

⁴⁹⁸ SARANYANA, Josep-Ignasi. ob. cit. p. 452. No entanto, não podem ser minoradas as importantes contribuições de Diego de Covarrubias e de Martín de Azpilcueta que não eram da Faculdade de Teologia, mas participaram dos debates dos temas centrais da Escola de Salamanca como juristas.

⁴⁹⁹ PEREÑA, L. La Escuela de Salamanca y la Duda Indiana. in: PEREÑA, L. (dir.) *La Etica em la Conquista de América*. Madrid: CSIC, 1984. p. 308 Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*. v. XXV.

de colégios maiores de Salamanca, descobrem-se as lições mais importantes de Coimbra. Esta comunicação constante de idéias contribuiu para o progresso da Escola e estreitou mais a sua unidade doutrinária” (tradução livre)⁵⁰⁰.

Nesse processo de intercâmbio e expansão do pensamento salmantino, destacam-se, como autores mais conhecidos que lecionaram nas universidades portuguesas, Martín de Azpilcueta, natural da cidade espanhola de Navarra, que se tornou célebre como catedrático na Universidade de Coimbra entre 1538 e 1552; Luís de Molina, nascido em Cuenca, que ensinou na Universidade de Évora entre 1574 e 1583, e Francisco Suárez, natural de Granada e discípulo de Salamanca, que produziu suas obras mais importantes sobre filosofia política, como catedrático na Universidade de Coimbra, entre 1594 e 1616. É importante mencionar também os escritos dos mestres de Coimbra Martinho de Ledesma (1540-1563) e Antônio de São Domingos (1573-1593), bem como dos mestres da Universidade de Évora, Pedro Simões (1569-1570), Fernão Pérez (1559-1572) e Fernão Rebelo (1586-1596). Outras figuras que merecem igual destaque são os jesuítas Manuel da Nóbrega e Antônio Vieira, que executaram o projeto colonial brasileiro inspirados pelo pensamento peninsular da época.⁵⁰¹

Considerando esse vívido intercâmbio destacado pelo Professor Luciano Pereña, Pedro Calafate, da Universidade de Lisboa, propôs a reunião desses esforços acadêmicos sob o título inicial de Escola Peninsular da Paz, transformando-se, posteriormente, para *Escola Ibérica da Paz*⁵⁰². Professor Calafate sugere unir nesta Escola os autores Ibéricos dos séculos XVI e XVII cuja finalidade última era a busca da paz pelo governo da justiça e, para alcançar este fim, esta corrente de pensamento Ibérica defendia a subordinação da política à ética e a prevalência de valores humanistas.⁵⁰³ Em síntese, esta Escola reuniu uma corrente doutrinária formada por catedráticos das principais universidades ibéricas e pelos quadros de catedráticos, missionários e homens de governo por elas

⁵⁰⁰ PEREÑA, L. La Escuela de Salamanca y la Duda Indiana, *in*: ob. cit. ps. 312-313.

⁵⁰¹ CALAFATE, Pedro, LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. A Escola Peninsular da Paz: a contribuição da vertente portuguesa em prol da construção de um novo direito das gentes para o século XXI. *In*: ob. cit., p. 266.

⁵⁰² Vide a introdução de Pedro Calafate *in*: CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado. *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América/ Escuela Ibérica de la Paz: la consciencia crítica de la conquista y colonización de América: 1511 – 1694*. ob. cit. ps. 122 e ss.

⁵⁰³ Confira, nesse sentido: CALAFATE, Pedro. Ob. cit. p. 13.

formados, buscando a construção de uma verdade universal e objetiva assente na reta razão.

Apesar do sentimento de pertencimento a uma civilização hispânica⁵⁰⁴ e da unidade das bases do pensamento legadas pela tradição mediterrânea cristã, acima mencionados, é necessário ressaltar que os autores da Escola Ibérica da Paz em Portugal foram muito mais além da mera repetição das lições salmantinas, aplicando-as à realidades diferentes da experiência espanhola, e com essa prática enriqueceram o debate da época com novas questões e disputas:

“Tanto os catedráticos de Évora e Coimbra quanto os missionários jesuítas foram confrontados com realidades distintas daquelas vividas na conquista e colonização da América espanhola. O ramo lusitano da Escola Ibérica da Paz, formado em boa medida por mestres de origem espanhola, testou a hipótese vitoriana, nas universidades portuguesas, em toda a extensão do Império português no Brasil, África e Ásia, somando suas próprias experiências ao trabalho coletivo da Escola, sobretudo no que concerne à condenação do tráfico negreiro nas duas Guinéas, ou do tráfico de escravos japoneses e chineses e à defesa dos gentios brasileiros contra a escravidão e desapossamento de seus bens.”⁵⁰⁵

Embora exista uma grande diversidade espaço-temporal, devido a força de expansão do pensamento salmantino em toda a península e nas colônias espanholo-lusitanas, há temas de evidente preocupação comum entre os jus-teólogos Ibéricos, tais como: a) as relações entre os poderes espiritual e temporal; b) a origem popular do poder e a legitimidade do direito de resistência contra a tirania; c) as condições de legitimidade do império universal; d) o direito da guerra e sua drástica limitação em função da paz; e) a discussão do domínio sobre as terras da América e a ética no processo de colonização. É nesta última questão que se insere, mais especificamente, a dúvida sobre a legitimidade da presença hispânica na América, a qual é discutida no quadro dos princípios e valores desenvolvidos na discussão dos temas anteriores.

É bem verdade que, como dito linhas acima, não há uma resposta uniforme e homogênea dada pelos autores da Escola Ibérica da Paz às dúvidas suscitadas pelos temas acima elencados. Pelo contrário, existia uma liberdade intelectual tão

⁵⁰⁴ Outro importante fator histórico a ser acrescentado é a União Ibérica ocorrida entre 1580 e 1640, quando Portugal e Espanha formaram uma unidade política sob a coroa de Felipe II. Ademais, é interessante notar que nos séculos XV e XVI os habitantes da Península Ibérica costumavam se autodenominar como hispânicos (WEFFORT, Francisco. C. Espada, Cobiça e Fé; As origens do Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. ps. 19-20.).

⁵⁰⁵ *Ibidem.*

apreciada pelos mesmos autores que chegava a desafiar um conceito restrito de Escola, vinculado ao seguimento das lições de um mestre principal, como seria a figura de Francisco de Vitória. Ao testar as hipóteses vitorianas em latitudes tão diversas, cada autor acrescentava ao patrimônio comum da Escola a sua própria contribuição, permitindo-se, inclusive, divergir das conclusões anteriormente deixadas pelos mestres das gerações anteriores e derrogar fontes clássicas que julgavam estar em desacordo com as respostas que deveriam ser dadas às questões de seu tempo.

Por exemplo, diante da plêiade de autores hispânicos que, até o final do século XVII, podem ser reunidos na Escola Ibérica da Paz, é árduo encontrar um consenso acerca do conceito de direito natural, dificultando-se, por conseguinte, identificar tais autores como parte de uma Escola Espanhola do Direito Natural.

Nesse sentido, por um lado, pode-se afirmar que se trata de um grupo de teólogos e juristas, professores universitários em sua maioria, que cultivavam, simultaneamente, sem confundi-las nem separá-las, a teologia, a filosofia e a jurisprudência, manejando as mesmas fontes da tradição escolástica, da filosofia clássica e do direito romano, para responder às dúvidas suscitadas pelas questões candentes de sua época, como era o processo de conquista e colonização da América, com impacto profundo na formação da opinião pública.⁵⁰⁶

Por outro lado, não é possível afirmar, com tanta clareza, que as respostas dadas por este amplo elenco de jus-teólogos tenham a homogeneidade esperada para ligá-los entre si em uma Escola de direito natural, porque podem divergir acerca do próprio conceito de natureza.⁵⁰⁷ Diante da dificuldade em se encontrar traços comuns, os estudos acabam por serem fragmentados nas obras de autores isolados, como Francisco de Vitória, Domingo de Soto, Francisco Suárez e Bartolomeu de las Casas, apenas para citar os mais conhecidos no Brasil. Estas escolhas consagraram tais autores como expoentes do pensamento seiscentista espanhol, merecidamente, mas, ao revés, encobriram diversos outros autores de mesma envergadura intelectual.

O que reunia então esses pensadores, aparentemente, tão ecléticos eram pressupostos teóricos comuns que assentavam os alicerces das teses que

⁵⁰⁶ MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. GARCÍA, Eusebio Fernández. ROIG, Francisco Javier Ansuátegui et al. (coord.) *História de los Derechos Fundamentales*, Madrid: DYKINSON, 2003. Tomo I: Tránsito a la Modernidad, Siglos XVI y XVII. ps. 507-508.

⁵⁰⁷ *Idem.* ps. 510-511.

sustentavam para responder às questões postas pela realidade prática daqueles tempos. Os dois grandes pilares fundamentais aceitos pelos autores ibéricos eram a racionalidade e a sociabilidade naturais do ser humano. Destas duas idéias, partem as reflexões sobre o conteúdo do que atualmente se denominaria de filosofia política e direitos humanos. Fincados na natural racionalidade e sociabilidade humana, no campo da filosofia política, os autores defendem a transmissão do poder civil de Deus diretamente aos homens reunidos em comunidade, renovando os pressupostos clássicos da doutrina democrática do poder civil. No campo dos direitos humanos, sob os mesmos pilares da racionalidade e sociabilidade humana, sustentam que a igualdade, a liberdade e o domínio são direitos inerentes a natureza humana, anteriores e superiores ao direito positivo. Deve-se destacar, ademais, que estes preceitos se aplicavam, sem qualquer clivagem, em três níveis: ao homem, à comunidade e ao gênero humano.

Acrescente-se ainda que tal unidade doutrinal era garantida pela unidade de referências e fontes compartilhadas pelos autores Ibéricos que eram, precisamente, aquelas de conhecimento comum pela cultura ocidental cristã renascentista, tais como a filosofia greco-romana (principalmente Aristóteles e Cícero), o direito romano e suas glosas medievais, os trabalhos dos Doutores da Igreja (sobretudo Santo Agostinho e São Tomás de Aquino), os documentos eclesiásticos e, a Bíblia (preferencialmente o Novo Testamento), que era considerada como fonte por excelência da cultura cristã.

Ademais dos fatores espaço-temporais e coincidência de temas e fontes de referência, acima mencionados, outro fator de forte coesão desta corrente de pensamento ibérico é a utilização do método escolástico⁵⁰⁸ no debate e aprofundamento das questões candentes para seu tempo. A Escolástica, antes de tudo, é um método que ensina a pensar, discutir e produzir conhecimento. Este método foi largamente utilizado entre os séculos IX e XVII nos campos das artes, teologia, medicina e direito,, primeiramente nas escolas medievais mantidas pela Igreja Católica para formação de seus quadros eclesiásticos e, posteriormente, foi incorporado às Universidades medievais mais importantes, como era a

⁵⁰⁸ As linhas a seguir escritas servem ao propósito de afastar um dos preconceitos mais em voga que recai sobre os autores da Escola Ibérica da Paz, qual seja, o de rotulá-los como “escolásticos” e, ao mesmo tempo, demonstrar que o rigor metodológico não lhes tolhia a liberdade de disputar, o que nos dias de hoje, apesar de toda a liberdade discursiva, não se encontra tantos filósofos, juristas e pensadores políticos dispostos a confrontar idéias publicamente e rever, criticamente, as bases éticas dos governos e da sociedade em que vivem.

Universidade de Salamanca. Portanto, a Escolástica está umbilicalmente ligada à própria gênese e florescimento da cultura cristã medieval e renascentista.

Não é uma tarefa fácil estabelecer um período de tempo bem demarcado para se inserir o surgimento e desenvolvimento do método escolástico. Todavia, dentro do marco temporal de interesse para o presente estudo, destacam-se duas fases principais: a) A Primeira Escolástica ou Escolástica medieval, que se subdivide em período de formação (séculos IX a XII); período de apogeu (séculos XIII e XIV) e período de decadência (de meados do século XIV até os últimos anos do século XV). No período do apogeu, o sistema escolástico das questões disputadas atinge sua máxima expressão na Suma Teológica de São Tomás de Aquino. b) A Segunda Escolástica (também designada como Tardia, Moderna ou Barroca), por sua vez, desenvolveu-se nos séculos XVI e até meados do século XVII, sobretudo na Península Ibérica, não para reproduzir as grandes questões do medievo, mas sim, a partir do arcabouço metodológico herdado desta, para enfrentar as grandes questões de seu tempo. Portanto, a assim denominada Segunda Escolástica corresponde em termos metodológicos, ao que designamos mais amplamente como Escola Ibérica da Paz.

Como consequência a ser extraída desta coincidência entre a Escola Ibérica da Paz e sua inserção metodológica na Segunda Escolástica está na construção do discurso, falado ou escrito, destes pensadores hispânicos, preferencialmente, nos moldes da dinâmica evolutiva *lectio*, *questio* e *disputatio*. Compreender a rigidez formal deste método de organização e exposição do raciocínio significa, antes de tudo, compreender a própria atitude crítica e inquieta dos mestres e missionários desta Escola perante os fatos sociais de seu tempo. A *lectio* é o comentário do texto com sua interpretação gramatical e lógica; do comentário parte-se para o levantamento de problemas suscitados pelo texto, isto é, a *questio* e, finalmente, esta questão se torna objeto de discussão entre mestres e alunos, ou seja, a *disputatio*⁵⁰⁹.

Para adentrar-se na leitura dos textos da Escola Ibérica da Paz é indispensável compreender também sua estrutura e, para tanto, tomarei por base a explicação de Marie-Joseph Nicolas sobre o texto da Suma Teológica de São Tomás de Aquino, que é a expressão máxima do estilo da *questio disputata* e

⁵⁰⁹ BARROS, José D'Assunção. Escolástica e História: discussões historiográficas In: *Textura*. Canoas, n. 13, jan/jun 2006. p. 19.

serve de modelo e inspiração para os mestres ibéricos peninsulares. Ensina Marie-Joseph Nicolas que esta obra está dividida em três partes, simplesmente designadas como Primeira Parte, Segunda Parte (dividida em duas) e Terceira Parte, e prossegue:

“No interior de cada uma delas só há ‘questões’, e vai-se, assim, de questão em questão, cada uma delas chamando a seguinte e, por assim dizer, gerando-a por um desenvolvimento quase contínuo. Cada ‘questão’ se apresenta, aliás, como uma sequência de ‘artigos’. O artigo é a unidade do discurso. E cada um se apresenta sob a forma de uma questão a resolver. É a sequência, o encadeamento, a progressão dos artigos de uma questão que é preciso, primeiramente, compreender a fim de abarcá-la. A solução proposta num artigo sempre o é sob forma de interrogação. Começa-se por enumerar as objeções que poderiam lhe ser feitas. Segue-se, sob o título de *Sed contra*, o argumento que é uma ‘autoridade’, uma formulação da fé ou da Tradição geralmente aceita, a menos que seja alguma verdade reconhecida por todos ou já adquirida e que não necessitará de demonstração. Essa afirmação que dá por antecipação, e como por fora, a certeza do que se quer demonstrar, não manifesta a razão em que se baseia a tese proposta nem sua plena inteligibilidade. Vem, então, o ‘corpo do artigo’, a demonstração direta do que se afirma, ligada a tudo o que precede e avançando um passo mais numa pesquisa sempre mais ampla. As respostas às objeções pelas quais se tinha iniciado apóia-se nas distinções e elucidações do corpo do artigo. Muitas vezes são essas respostas que vão ao fundo das questões.”⁵¹⁰

Assim, o estilo literário mais utilizado pelos autores hispânicos da Segunda Escolástica, seja oralmente nas lições universitárias extraordinárias (*relectio*)⁵¹¹ ou ordinárias (*lectio*)⁵¹², seja nos debates públicos, ou seja ainda por escrito (nos textos que chegaram aos dias de hoje), era o das questões disputadas, o qual permitia o debate de problemas dentro de um quadro rigoroso de exposição de

⁵¹⁰ NICOLAS, Marie-Joseph. Introdução à Suma Teológica. In: AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 3. ed. S. Paulo: Edições Loyola, 2008. p. 62. t. 1.

⁵¹¹ De acordo com Luis Frayle Delgado, no tempo de Francisco de Vitória, em linguagem acadêmica, se dava o nome de *relectiones theologicae* às exposições públicas que os catedráticos tinham que fazer a cada ano, segundo as normas estatutárias da Universidade. Estas *relectiones* eram marcadas para feriados para que professores e alunos pudessem assistir. Era escolhido um tema atual de interesse da comunidade universitária e era proferida em forma de conferência, sem debate, durante duas horas. Ainda segundo Frayle Delgado, era um costume acadêmico que deveria representar a culminação da docência e pesquisa, que havia caído na rotina, mas que fora recuperado por Francisco de Vitória e outros catedráticos da época como Domingo de Soto. (Cfr.: VITÓRIA, Francisco de. *Sobre el Matrimonio*. Estudo preliminar, tradução e notas de Luis Frayle Delgado. Salamanca: San Esteban, 2005. ps. 11-12).

⁵¹² Ainda segundo Luis Frayle Delgado, a *lectio* era a matéria assinalada para a explicação ou comentário em cada curso, isto é, a parte da Bíblia e dos tratados teológicos que podiam ser as Sentenças ou a Suma Teológica, que o professor devia ler e comentar. Mas assim se chamavam também as mesmas explicações ou comentários que o professor fazia nas aulas ordinárias. Os alunos iam seguindo e recolhendo seus comentários nos *cartapacios*, que passavam de mão em mão e se copiavam uma e outra vez e assim chegaram até nós. (Cfr.: VITÓRIA, Francisco de. *Sobre el Matrimonio*, ob. cit. p. 12).

argumentos contrários e favoráveis antes da apresentação da opinião fundamentada do expositor.

É importante assinalar, nesse sentido, Consoante Marie-Joseph Nicolas, que se encontra na raiz da tradição escolástica o fato de haver teses, argumentos e mesmo fórmulas que não pertenciam a quem os imortalizou, mas a autores menores que os criaram e lançaram no uso comum”. Em outras palavras, não havia um patrimônio intelectual particular de um mestre, mas, sim, um sentido comum de “Escola”, que assim permaneceu até o período do renascimento ibérico, na Segunda Escolástica. Portanto, não é de se admirar que os autores da Escola Ibérica da Paz, ao tratarem de temas comuns, reproduzissem literalmente ou parafraseassem os textos de outros autores sem citá-los ou apor aspas, como se convencionou ser aceitável nos dias de hoje.

Ainda segundo Marie-Joseph Nicolas, vale mencionar que:

“O que chamavam a “Escola”, de onde veio o termo “escolástica” era, graças à homogeneidade da cultura, das referências, da língua, dos métodos, dos gêneros literários, das finalidades, diremos, até, das psicologias, um meio no seio do qual os espíritos viviam e dialogavam. Com o passar dos séculos, um Sto. Alberto, um S. Boaventura, um Sto. Tomás emergem como os cumes de uma cadeia de mil picos. (...)”⁵¹³

E complementando esse entendimento, que, frise-se, continuava válido durante os séculos XVI e XVII, afirma Marie-Joseph Nicolas:

“Falamos da escola. Um mestre não formava *uma* escola particular e somos nós que tomamos consciência do que diferencia cada um deles a ponto de defini-lo e enxergar a diferença, a contribuição própria à história do pensamento de tudo o que ensinou.” (grifos no original)⁵¹⁴

Portanto, não pretendo, neste trabalho de tese, debruçar-me sobre um estudo autoral específico, mas, seguir o caminho inverso, destacando o conjunto das obras da Escola Ibérica da Paz, que lidaram com as questões éticas, políticas e jurídicas sobre a conquista e colonização da América, no contexto de um movimento intelectual vinculado a uma tradição de pelo menos oito séculos de construção de uma cultura cristã ocidental.

⁵¹³ NICOLAS, Marie-Joseph, ob. cit. p. 31.

⁵¹⁴ *Ibidem*.

5.4

O Caráter Teológico dos Textos da Escola Ibérica da Paz e a Importância da Perspectiva do Direito Natural para a Solução da Dúvida Indiana

O terceiro esclarecimento, diretamente relacionado com as advertências anteriores, refere-se à acusação de “teológicos” imputada aos textos dos autores da Escola Ibérica da Paz. Apesar das críticas e desconfianças do mundo acadêmico em geral, após a onda da modernidade, quanto à esta característica teológica, este traço foi definitivo para a construção das respostas dadas por estes justeiros à dúvida indiana. Sem a perspectiva do direito natural, no quadro da divisão escolástica do Direito, certamente, as respostas à dúvida indiana não poderiam ter sido fundadas em princípios de racionalidade universal.

5.4.1

A Teologia como Fonte Privilegiada de Saber no Período Medieval-Renascentista

Para iniciar minha argumentação em favor da plena remissão destes textos rotulados de teológicos até os dias de hoje, é importante lembrar que neste período do renascimento cristão ibérico o cultivo da teologia e da filosofia não era visto como especialidades distintas. Aliás, nas palavras de Jesús Cordero Pando, examinando esta imputação de “teológicos” em relação à doutrina vitoriana, trata-se de um adjetivo que costuma ser empregado para desqualificar, de certa maneira, os textos desta época desde a perspectiva da filosofia política moderna, criando uma postura descontextualizada e anacrônica, impedindo, desta forma, o entendimento do fundamento, alcance e significado destes textos.⁵¹⁵

Ainda de acordo com Jesús Cordero Pando, no momento histórico e no meio intelectual em que viveu Francisco de Vitória (assim como os demais autores Ibéricos em estudo), era dever do teólogo “saber de todos os assuntos referentes ao comportamento humano, tanto individual como coletivo: a cátedra de Teologia era a mais importante e a melhor remunerada na universidade e se considerava o catedrático em Teologia como “sábio universal”. Portanto, naquele contexto,

⁵¹⁵ VITÓRIA, Francisco de. *Sobre el Poder Civil*. Estudo preliminar, tradução e notas de Jesús Cordero Pando. Salamanca. San Esteban, 2009. p. 21.

estava totalmente fora de lugar distinguir entre “profissionais” diferentes as funções de filósofo e teólogo.⁵¹⁶

Cordero Pando alerta que, ademais do caráter omnicompreensivo da teologia, que habilitava o teólogo a pronunciar-se sobre qualquer assunto humano, no tempo de Vitória, a visão já não era mais a do teocentrismo medieval, pois,

“[na] nova concepção teológica, e desde o enfoque que lhe dá Vitória, o eixo sobre o qual gira e o referente universal já é o homem. Se trata de um enfoque mais *antropocêntrico*, o próprio do humanismo renascentista cristão. Sem dúvida se vê ao homem como criatura de Deus e aberto até Ele, com um destino que transcende a história presente; mas, sob essa condição, interessa e é estudado em si mesmo e, com todo o realismo, nos problemas que lhe concernem”. (Tradução livre e destaque no original)⁵¹⁷

E prossegue Cordero Pando, esclarecendo que mesmo que sejam textos que partem de uma verdade universal, revelada a todos os crentes cristãos, embasada em dogmas bíblicos, suas reflexões não se limitavam a mera repetição do Evangelho, pois, como visto anteriormente, buscava-se respostas concretas a dilemas éticos, embates políticos e questões jurídicas, extremamente práticos, através de uma metodologia rígida e racionalista para responder a estas dúvidas:

“Dentro desta mentalidade, a consciência ‘profissional’ do teólogo tem claro que está obrigado a conhecer essa realidade humana, a abordar seus problemas, incorporando ao seu tratamento, de forma integradora, a totalidade dos saberes referentes a eles: a teologia e o direito; mas, sobretudo, o recurso ao raciocínio mais rigoroso, até esgotar a própria capacidade de argumentar com solidez. Desse modo se elabora um discurso rigorosamente filosófico. Pois bem, como os destinatários diretos de suas lições são crentes cristãos, que professam a verdade das doutrinas transmitidas pela Bíblia e reconhecem a autoridade da Tradição, inevitavelmente apoia esse ensino nestes outros argumentos, realizando assim um discurso também teológico. (...)”. (Tradução livre)⁵¹⁸

Dando a palavra a Francisco de Vitória, é ele próprio quem deixa consignado, nos Prólogos de suas lições magnas sobre o poder civil (1528) e sobre os índios (1539), as razões que o habilitam, como teólogo, a tratar de assuntos éticos, políticos e jurídicos até mesmo com maior autoridade do que os juristas tratariam.⁵¹⁹

⁵¹⁶ VITÓRIA, Francisco de. *Sobre el Poder Civil*, ob. cit. ps. 21-22.

⁵¹⁷ *Idem*, ps. 22-23.

⁵¹⁸ *Idem*, p. 23.

⁵¹⁹ Em termos atuais, Jesús Cordero Pando afirma: “No hay una filosofía política sin que detrás, por presencia o por ausencia, se halle una Teología Política. Tal vez sea significativo remitirse hoy a los variados

Na *relectio* sobre o poder civil, Francisco de Vitória assinala que o ofício e a missão do teólogo são tão abrangentes que “nenhum argumento, nenhuma controvérsia, nenhum assunto parecem ficar fora da profissão e objeto de atenção do teólogo”, e prossegue:

“Esta talvez seja a causa, como a do orador a que se referia Cícero, de que seja tão grande – para não dizer maior – a escassez de bons e sólidos teólogos, dado que há tão poucos varões preclaros e excelentes em todo o gênero de disciplinas e em todas as artes. Pois, certamente, a teologia é a primeira de todas as disciplinas e estudos do mundo, aquela a que os gregos chamavam *Tratado de Deus*. Pelo que não deve parecer nada estranho que não haja muito de todo competentes em matéria tão difícil.” (Tradução livre)⁵²⁰

Outro argumento que deve ser levado em consideração, quando se trata da defesa da natureza teológica dos textos da Escola Ibérica da Paz, é que este adjetivo também revela, geralmente, uma atitude de preconceito científico por serem seus autores teólogos escolásticos e, portanto, estarem enquadrados em uma época de transição entre a Idade Média e o Renascimento.

Esse enquadramento evoca, por sua vez, preconceitos enraizados desde o século XV e fortalecidos no período do Iluminismo, onde o adjetivo “medieval” era, pejorativamente, associado a uma época de trevas, sem produção de conhecimento, avessa a qualquer forma de ciência e em que a filosofia estava impregnada de religião. Trata-se de um rótulo bastante vigente ainda nos dias atuais, que impede um olhar atencioso, capaz de compreender a riqueza de matizes de uma autêntica filosofia medieval, entrecruzada pelas idéias de grandes pensadores, que podem ser considerados formadores da filosofia cristã, judaica e muçulmana. Nesta rica troca de experiências, surgiram idéias-força e chaves de reflexão inéditas e distintas da Antiguidade helenista, ou foram desenvolvidas novas reflexões a partir dos textos clássicos Greco-romanos, em busca de uma explicação racional para a Verdade revelada pela fé.⁵²¹

Assim, os teólogos da Escola Ibérica da Paz, porque eram filósofos cristãos, foram relegados ao desprestígio e esquecimento. Como visto, os pensadores

fundamentalismos o incluso a la "Teología de la liberación" de los pueblos. Tal vez pudiera "forzarse" en este sentido la resistencia de Vitoria a aceptar, sin más, la dicotomía entre "cosas teologales" y "asuntos de gobernación", que le exigía el Emperador. Si queremos avanzar un poco más, advertiremos cómo el enfoque teológico se traduce, en concreto, en un necesario planteamiento o dimensión ética de la política, en el sentido de que ésta es cuestionada por la ética." (VITÓRIA, Francisco de. ob. cit. p. 31).

⁵²⁰ VITÓRIA, Francisco de. *Sobre el Poder Civil*, ob. cit.p. 55.

⁵²¹ SARANYANA, Josep-Ignasi. ob. cit. ps. 24-25 e 30-34.

ibéricos faziam parte, ainda que nos últimos momentos de transição para o Renascimento, de uma longa tradição que se inicia na filosofia patrística (séculos II a VIII) e perpassa por todo o período da filosofia medieval (séculos VIII a XVII). Porém, defendo neste trabalho que o abandono das idéias desta tradição hispânica cristã foram extremamente prejudiciais para os desenvolvimentos da filosofia política e dos direitos humanos que somente reapareceriam, em parte, no século XVIII e sem o devido reconhecimento ao pioneirismo destes pensadores ibéricos.

Por conseguinte, entendo que em temas de filosofia política e direitos humanos, os jus-teólogos da Escola Ibérica da Paz são o elo perdido entre a Antiguidade clássica e uma modernidade tardia, que surge no século XVIII, propalando idéias que já eram caras a esta tradição filosófica mediterrânea cristã.⁵²²

No campo da filosofia política, conceitos como o da natureza popular do poder, o do contrato social, o de bem comum e até mesmo a invenção do “bom selvagem” sobre a bondade natural dos homens, já eram temas de reflexão, debatidos pelos teólogos ibéricos graças ao conhecimento e cultivo da tradição clássica helênica e romanista. Porém, é necessário assumir que, na época em que viveram, estes teólogos eram pensadores da contra-corrente, preteridos pelas circunstâncias políticas do avanço absolutista dos monarcas europeus, já desvencilhados do senhorio universal do papa e ancorados, em larga medida nas doutrinas protestantes. Obviamente, portanto, os monarcas absolutos, como Felipe II na União Ibérica (1580-1640), naquela altura jamais concordaria com a afirmação, tão oitocentista, de que o poder emana do povo.

De outro giro, a honestidade teórica desses pensadores ibéricos não admitia clivagens em seu pensamento, de tal modo que os princípios gerais eram válidos, sem distinções, para o homem, a comunidade e o gênero humano, e assim, as mesmas bases jus-filosóficas que eram válidas para as relações entre os homens, valia também para as relações entre comunidades políticas e para todo o gênero humano. Em outras palavras, os princípios gerais do direito natural eram aplicáveis individual ou coletivamente.

⁵²² Nesse sentido, vale a pena conferir as considerações de Jesús Cordero Pando acerca do pensamento de Francisco de Vitória em: VITÓRIA, Francisco de. *Relectio De Potestate Civili*. ob. cit. ps. 250-253, 354, 379, 450-451, 459-460.

Por essas razões, é de extrema relevância recuperar os textos da Escola Ibérica da Paz, para reinserir o *coletivo humano* em matérias de filosofia política e direitos humanos, já que a história recente privilegiou o individualismo e estatocentrismo, separando completamente o que é do campo de interesse dos direitos humanos fundamentais como individual e do direito internacional público como eminentemente estatocêntrico.

5.4.2

Os Povos Indígenas entre o Direito Natural e o Direito das Gentes segundo a Doutrina da Escola Ibérica da Paz

Na visão de Luciano Pereña, a hipótese vitoriana, baseada em uma perspectiva de direito natural é a fonte fundamental e ponto de referência da Escola de Salamanca.⁵²³ Na *relectio* sobre os índios, Francisco de Vitória, diante da dúvida de consciência levantada pela conquista e colonização do Novo Mundo em pleno curso naquele momento, explicita as razões da perspectiva jusnaturalista ser a melhor para resolver as questões em disputa e afasta, mais uma vez, a crítica de que o tema das Índias não deveria ser tratado por teólogos. Diz Vitória:

“(...) a determinação nessa matéria não pertence aos jurisconsultos ou, pelo menos, não somente a eles. Os índios não estão sujeitos, como direi em seguida, ao direito humano ou positivo; suas coisas não hão de ser examinadas pelas leis humanas, senão pelas divinas e naturais, nas quais os juristas não são suficientemente peritos para poder, por si mesmos, resolver estas questões. Como são coisas que pertencem ao foro da consciência, a decisão sobre isto concerne aos sacerdotes, quer dizer, à Igreja”. (Tradução livre)⁵²⁴

Tomando esse excerto de Francisco de Vitória como ponto de partida para as reflexões desta subseção final, mostra-se de extrema importância o entendimento do conceito de direito natural, aliado à definição de seu posicionamento no quadro geral da divisão escolástica do Direito e a sua relação com o direito das gentes, para a compreensão do conjunto de respostas dadas à dúvida indiana produzido pela Escola Ibérica da Paz.

De forma bastante simplificada, apenas para introdução do tema, é possível identificar nos autores da Escola Ibérica da Paz um quadro geral da divisão

⁵²³ PEREÑA, L. La Escuela de Salamanca y la Duda Indiana, in: PEREÑA L (ed.). ob. cit. p. 307.

⁵²⁴ VITÓRIA, Francisco de. *Doctrina sobre los Índios*. Edição, tradução e estudo preliminar de Ramón Hernández. Salamanca: San Esteban, 2009. p. 43.

escolástica do Direito que segue as linhas mestras de São Tomás de Aquino. Neste quadro pressupõe-se a existência de um direito divino e outro humano. O direito divino, por sua vez, é duplo: natural e positivo. Já o direito humano, que é todo positivo, subdivide-se em direito civil e das gentes⁵²⁵, sem desvencilhar estes últimos, contudo, de sua fundamentação no direito divino natural.

Esta concepção é resultante do cultivo de uma longa e sólida tradição de fontes Greco-romanas e medievais, consolidada em São Tomás de Aquino. Advirta-se, porém, que não há uma evolução linear no manejo destas fontes pelos antecessores dos escolásticos ibéricos. Como será exposto a continuação, nem todas as fontes Greco-romanas estavam íntegras e acessíveis ao mundo medieval cristão e, além disso, havia uma confusão entre as classificações legadas pelo direito romano.

Assim, se o estabelecimento de um quadro geral da divisão do Direito já era uma tarefa árdua, a questão se tornava ainda mais complexa quando estava em causa o fundamento do direito das gentes, oscilante entre o direito divino natural e o direito positivo humano. Na origem dessas dificuldades, segundo Barcia Trelles⁵²⁶, está a autoridade do *Corpus Juris Civilis*⁵²⁷, no qual foram justapostas duas tradições distintas acerca do conceito e relações entre o direito natural e das gentes.

A primeira das duas tradições, refere-se à divisão tripartite do Direito consagrada pelo jurisconsulto romano Ulpiano (170-228) e de provável inspiração grega, na doutrina filosófica pré-socrática de Pitágoras (cerca de 570-496 a. C.) e Empédocles (cerca de 490-430 a. C.). Para Ulpiano o Direito é dividido em direito

⁵²⁵ MOLINA, Luis de. *De Justitia et Ure - Libro Primero de la Justicia*. Madrid, 1946. ps. 139-141. Aqui Luis de Molina insere também o direito canônico, desenvolvido a partir do século XII, que é o direito criado pelos ministros da Igreja para o fim sobrenatural da Igreja.

⁵²⁶ BARCIA TRELLES, Camilo. Francisco Suarez (1548-1617) : (les théologiens espagnols du XVIe siècle et l'école moderne du droit international). In : *Recueil des cours*, Volume 43 (1933-I), p. 426.

⁵²⁷ O *Corpus Juris Civilis* que é uma compilação de leis e doutrinas de importantes jurisconsultos romanos, ordenada pelo imperador bizantino Justiniano (483-565), foi elaborado e promulgado entre 529 e 534. O *Corpus Juris Civilis* é composto de quatro partes, a saber: o Codex, o Digesto, as Institutas e as Novelas. O Digesto ou Pandectas data de 533 e somente foi descoberto no Ocidente no século XI, de onde passou a influenciar profundamente a base da formação jurídica nas universidades nascentes na Europa. Nesta obra, composta por cinquenta livros, está reunida a doutrina de jurisconsultos romanos clássicos, entre os séculos I e IV, que, reconhecidamente, possuíam opiniões divergentes. Para harmonizá-las, a comissão de juristas presidida por Triboniano estava autorizada a inserir interpolações no texto original. Outra parte importante do *Corpus Juris Civilis* são as Institutas, também datadas de 533, que é uma obra em quatro livros, para simplificação do Digesto, servindo como manual de direito e que seguiu a base das Institutas de Gaio, embora reunisse também textos de outros juristas como Ulpiano.

natural, direito das gentes e direito civil. Nesta classificação, o direito natural é comum aos animais e aos homens por estar relacionado com os instintos, enquanto que o direito das gentes seria aquele utilizado pelas várias tribos humanas (*gentes humanae*) em suas relações mútuas.

Após tratar da divisão do direito romano em público e privado, afirmando que o direito público é aquele que diz respeito à constituição do Estado romano e que o direito privado olha para os interesses de indivíduos, Ulpiano, conforme está escrito no Digesto, acrescenta que:

“O direito privado tem uma tripla divisão, deduzido em parte das regras do direito natural, em parte daquelas do direito das gentes, em parte daquelas do direito civil. 3. Direito natural é aquele que foi ensinado a todos os animais pela natureza; esta lei não é peculiar à espécie humana, ela é comum a todos os animais que são produzidos na terra ou mar, para as aves do ar também. Dele vem a união do homem e da mulher que chamamos matrimônio, e com isso a procriação e criação dos filhos; achamos de fato que os animais em geral, os animais mais selvagens, são marcados pelo conhecimento desta lei. 4. Direito das gentes é a lei utilizada por várias tribos da humanidade (*gentes humanae*), e não há dificuldades em ver que ela fica aquém da lei natural, já que esta última é comum a todos os seres animados, enquanto que a primeira é comum apenas aos seres humanos a respeito de suas relações mútuas; (...) O direito civil é algo que, de um lado, não é completamente independente do direito natural ou do direito das gentes, e de outro lado, não está em todos os aspectos subordinado a ele; então quando fazemos adições a ou deduções do direito universal (*jus commune*), estabelecemos nossa própria lei, isto é, o direito civil”. (tradução livre)⁵²⁸

Já a segunda tradição, de caráter estóico, pode ser identificada na obra do juriconsulto Gaio (110-180), o qual, por sua vez, encontra seus antecedentes em

⁵²⁸ Como se trata de um texto matriz, é importante reproduzir o original em latim para que o leitor possa apreender o sentido das palavras por si só: “1.1.1. *Ulpianus libro primo institutionum*: 2. Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus. 3. Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer. 4. Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. (...) 1.1.6. *Ulpianus libro primo institutionum*: pr. Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur.” (Excerto extraído da versão eletrônica integral do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, baseada na edição latina de Mommsen, disponível em <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/corpojrciv.htm>, acessado em 06/02/2015. A tradução em português é da própria autora, a partir da versão em inglês, traduzida do latim por Charles Henry Morro (JUSTINIANO. *The Digest of Justinian*. Tradução de Charles Henry Morro. Cambridge: Cambridge University Press, 1904. ps. 3-4. V. 1.)

Cícero (106-43 a. C.) e na filosofia grega, sobretudo, em Platão (cerca de 427-347 a. C.). Nesta tradição, existe uma dualidade somente entre o direito civil e o direito das gentes, não se estabelecendo divisão entre o direito natural e o direito das gentes, já que este está contido naquele. Contrariamente à tradição anterior, o direito natural se aplica somente aos homens e o direito das gentes é aquele que a razão natural constituiu entre os homens e que é utilizado por todos os povos. Ora, se o direito natural é inato a todos os homens, ele se encontra em todos os povos como direito das gentes.

Ainda citando o Digesto de Justiniano, encontra-se a célebre passagem do Jurisconsulto Gaio, da qual provém esta dualidade de forma bem determinada:

“Todos os povos que são regidos pelas leis e pelos costumes utilizam em parte do direito que é peculiar a si próprio, e em parte do direito que é comum a todos os homens. Com efeito, qualquer direito que um povo tenha estabelecido para si mesmo é peculiar à cidade (*civitas*), e é chamado direito civil, como sendo o direito peculiar daquela cidade, mas o direito que a razão natural constituiu entre todos os homens (*inter omnes homines constituit*), entre todos igualmente mantido, é chamado direito das gentes, como sendo o direito que todos os povos (*omnes gentes*) utilizam “ (Tradução livre)⁵²⁹

Essas duas formas de divisão do direito, por sua vez, foram introduzidas nas Institutas de Justiniano, de forma que a divisão dúplice entre direito civil e das gentes de Gaio foi colocada logo abaixo da divisão tripartite de Ulpiano assim como a definição deste mesmo jurisconsulto sobre o direito natural, dando a entender que se tratava dos ramos de uma mesma classificação, e como as Institutas eram uma obra jurídica de caráter educacional mais simplificada que o Digesto, esta divisão tripartite hibridada foi a que se difundiu⁵³⁰.

⁵²⁹ Pelas mesmas razões da nota anterior, reproduz-se o original em latim: “*Gaius libro primo institutionum: Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*” (Excerto extraído da versão eletrônica integral do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, baseada na edição latina de Mommsen, disponível em <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/corpiurciv.htm>, acessado em 06/02/2015. A tradução em português é da própria autora, a partir da versão em inglês, traduzida do latim por Charles Henry Morro (JUSTINIANO. ob. cit. p. 5. V. 1.)

⁵³⁰ Ainda para verificação do leitor, tem-se no original em latim: Iustiniani Institutiones. Liber Primus. Tit. I De Justitia et Jure: “(...) 4. Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet. dicendum est igitur de iure privato, quod tripartitum est; collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.” Tit. II De Jure Naturali Gentium ET Civili: “Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. nam ius istud non humani generis proprium est,

Isidoro de Sevilha, (560-636), a quem se deve o fato de reunir legados greco-romanos e repassá-los à *Hispania* visigótica da Alta Idade Média, foi o mais importante vetor de transmissão à Europa medieval da divisão tripartite do direito de Ulpiano, compilando em suas *Etimologias* (Livro 5, 4-6) os conceitos e exemplos romanistas⁵³¹ do que seria o direito natural, civil e das gentes, fazendo-o, porém, nos seguintes moldes:

“O direito pode ser natural, civil ou das gentes. Direito natural é o que é comum a todas as nações (*commune omnium nationum*), e existe em todas as partes pelo simples instinto da natureza (*instinctu naturae*) e não por nenhuma promulgação legal. Por exemplo, a união do homem e da mulher; o reconhecimento dos filhos e sua educação; a posse comum de todas as coisas; a mesma liberdade para todos; o direito a adquirir quanto o céu, a terra e o mar encerram. 2. Igualmente, a restituição da coisa que se emprestou ou do dinheiro que se confiou a alguém, o rechaço da violência pela violência. Tudo isso e outras coisas semelhantes não podem ser consideradas nunca injustas, senão naturais e equitativas.

(...) Direito Civil é o que cada povo ou cidade estabeleceu para si mesmo, servindo-se de um critério divino ou humano.

(...) O direito das gentes se manifesta na ocupação de terras, construções de edifícios, fortificações, guerras, prisioneiros, escravidão, restituições, tratados de paz, armistícios; compreende também a inviolabilidade dos embaixadores ou a proibição de contrair matrimônio com pessoas estrangeiras. E se chama direito das gentes porque tem vigência em quase todos os povos (*omnes fere gentes utuntur*).” (Tradução livre)⁵³²

Ao que parece, Santo Isidoro expurgou o direito natural da comunhão entre animais e homens, limitando-o a ser aquele comum a todas as nações muito

sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio: videmus etenim cetera quoque animalia istius iuris peritia censer. [Aqui termina a definição de direito natural de Ulpiano e se iniciam as definições de direito das gentes e direito civil de Gaio] 1. Ius autem civile vel gentium ita dividitur: omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. quae singula qualia sunt, suis locis proponemus.” (Excerto extraído da versão eletrônica integral do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, baseada na edição latina de Krueger, disponível em <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/corpjurciv.htm>, acessado em 06/02/2015)

⁵³¹ Alguns dos exemplos que serão vistos a seguir citados por Santo Isidoro como sendo direito natural e das gentes, são encontrados no *Digesto*, em passagens de Pomponius (*Digesto* 1.1.2), Florentinus (*Digesto* 1.1.3) e Hermogenianus (*Digesto* 1.1.5), assim como no Título II das *Institutas* sobre o direito natural, como por exemplo no parágrafo 2º. Consta que o direito das gentes é comum a todo o gênero humano e dele são exemplos: a guerra, a escravidão e a servidão (que contrariam o direito natural), e quase todos os contratos (como a compra e venda, o arrendamento, a sociedade, o depósito, o mútuo, dentre outros).

⁵³² Tradução do espanhol para o português da autora a partir do texto latino traduzido por José Oroz Reta e Manuel A. Marcos Casquero em: SEVILLA, Isidoro de. *Etimologias*. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, Pontificia Universidade Católica de Salamanca, 1993. ps. 512-513.

embora ainda fizesse referência ao instinto natural como seu fundamento. Já as instituições que enumera como sendo próprias do direito das gentes seriam comuns a quase todos os povos, revelando um âmbito de abrangência mais restrito que o do direito natural. Quanto aos exemplos enumerados por Santo Isidoro de direito natural e direito das gentes, não há consenso entre seus comentadores sobre sua justeza, no entanto, em certa medida, os exemplos dados por Santo Isidoro de instituições do direito das gentes são algumas daquelas que, até os dias de hoje, são próprias do Direito Internacional, tais como, a guerra, a paz e a inviolabilidade dos embaixadores.

Séculos mais tarde, o Decreto de Graciano († 1160)⁵³³, incorporou as definições de direito natural, civil e das gentes conservadas por Santo Isidoro em suas Etimologias.⁵³⁴ No entanto, a diferença de Santo Isidoro, estes conceitos aparecem na obra de Graciano cercados de cânones de índole marcadamente cristã, dando uma conotação mais teológica ao direito natural. Com isto não quero afirmar que o “divino” estivesse, até aqui, ausente de qualquer especulação sobre o Direito. Pelo contrário, a fundamentação divina daquilo que era justo estava

⁵³³ O Decreto de Graciano, elaborado por volta de 1140-1150, é uma das obras mais importantes do Direito Canônico medieval e renascentista. Trata-se de uma compilação de 3.958 textos dispersos, da tradição cristã e romanista, que serviriam para a disciplina da Igreja Católica, servindo também como livro texto de direito canônico nas grandes Universidades medievoro-renascentistas. Tinha como finalidade a unidade e conciliação de textos divergentes, tal como seu título original sugere: *Concordia discordantium canonum* (ou Concórdia dos cânones discordantes). O método era de matiz escolástica, pois apontava um texto inicial, seguido de contra-textos e, por fim, era exposto o *Dictum* graciano. Apesar de inicialmente não ter sido elaborado com caráter oficial, adquiriu grande prestígio e autoridade durante a Idade Média, sendo incorporado ao *Corpus Juris Canonici* (1582) e perdurou até a edição do Código de Direito Canônico no século XX. Trata-se de uma obra bastante volumosa, dividida em três partes: a primeira parte conta com 101 distinções, subdivididas em capítulos ou cânones, abordando a doutrina do direito canônico; a segunda contém 36 causas que se subdividem em questões e estas em cânones, tratando de matéria eclesíastica bastante heterogênea e casuística, e a terceira parte divide-se em cinco questões, subdivididas em distinções e cânones, possuem conteúdo sacramental e litúrgico.

⁵³⁴ Para conferência do leitor, no original em latim: Parte I, Distinção I: “C. VI. Que sint species iuris. [Isidor. eod. c. 4]. Ius aut naturale est, aut ciuile, aut gentium. C. VII. Quid sit ius naturale. [Isidor. eod. c. 4]. Ius naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturæ, non constitutione aliqua habetur, ut uiri et feminæ coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio et omnium una libertas, acquisitio eorum, quæ celo, terra mari que capiuntur; item depositæ rei uel commendatæ pecuniæ restitutio, uiolentiæ per uim repulsio. §. 1. Nam hoc, aut si quid huic simile est, numquam iniustum, sed naturale equum que habetur. C. VIII. Quid sit ius ciuile. [Isidor. eod. c. 5]. Ius ciuile est, quod quisque populus uel ciuitas sibi proprium diuina humana que causa constituit. C. IX. Quid sit ius gentium. [Isidor. eod. c. 6]. Ius gentium est sedium occupatio, edificatio, munitio, bella, captiuitates, seruitutes, postliminia, federa pacis, induciæ, legatorum non uiolendorum religio, conubia inter alienigenas prohibita. §. 1. Hoc inde ius gentium appellatur, quia eo iure omnes fere gentes utuntur.” (in: *Decretum Gratiani* - Corpus Juris Canonici, Segunda Edição Lipsiensis, Cura Ludouici Richter et Aemilii Friedeberg, Ed. Tanchnitz, Lipsiae, 1879)

intrinsecamente ligada a um sentido de Divindade, segundo uma larga tradição estóica, de origem helênica e seguimento romano.⁵³⁵

Mesmo Santo Isidoro de Sevilha já estabelecia em suas Etimologias a distinção entre as leis divinas e humanas, bem como fundamentava as leis divinas na natureza⁵³⁶, o que foi, inclusive, citado como autoridade por Graciano no seu *dictum* no cânone primeiro do Decreto, ao afirmar que “tudo o que é justo se entende como lei divina ou natural”.⁵³⁷

Mas, de acordo com Luciano Martin, o fato é que as fontes que Graciano tinha a mão no século XI indicavam sua imersão nos documentos produzidos pela Igreja nos primeiros mil anos de sua existência, nas doutrinas dos Santos Padres e, principalmente, no Evangelho. Além desse manancial, estava acessível a legislação bárbara da Alta Idade Média e apenas fragmentos do Direito Romano. Ademais, os textos jurídicos romanistas, por se tratar de uma obra prática, faziam pouca alusão à filosofia pagã⁵³⁸, o que indica sua influência superficial sobre os cânones do Decreto de Graciano⁵³⁹.

⁵³⁵ Veja-se os exemplos eloqüentes do diálogo *As Leis* de Platão e da obra de mesmo nome de Cícero, onde estão desenvolvidas as bases de uma doutrina estóica do direito natural e a fundamentação racional deste último. No diálogo platônico *As Leis*, de início a origem divina do poder é colocada como ponto de partida e fundamentação de todo o conjunto de idéias sobre o governo e as leis: “O ateniense: A quem atribuis, estrangeiros, a autoria de vossas disposições legais? A um deus ou a algum homem? Clímas: A um deus, estrangeiro, com toda a certeza a um deus. Nós cretenses chamamos de Zeus o nosso legislador, enquanto na Lacedemônia, onde nosso amigo aqui tem seu domicílio, afirmam – acredito – ser Apolo o deles. Não é assim, Megilo? Megilo: Sim. (...)” (PLATÃO. *As Leis*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1999. Livro I. Ver também o diálogo da academia platônica *Minos* e a análise de Eric Voegelin in: VOEGELIN, Eric. *Ordem e História: Platão e Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2009. V. III). Já em Cícero é válido destacar esta importante passagem no seu tratado sobre as leis, também em estilo de diálogo: “There exists, therefore, since nothing is better than reason, and since this is the common property of God and man, a certain aboriginal rational intercourse between divine and human natures. This reason, which is common to both, therefore, can be none other than right reason; and since this *right reason* is what we call *Law*, God and men are said by Law to be consociated. Between whom, since there is a communion of law, there must be also a communication of Justice.” (CÍCERO. *The Political Works of Marcus Tullius Cicero: Comprising his Treatise on the Commonwealth; and his Treatise on the Laws*. Traduzido do original com introduções e notas em dois volumes por Francis Barham, Esq. (Londres: Edmund Spettigue, 1841-42) p. 26. v. 2)

⁵³⁶ Diz Santo Isidoro no Livro 5-2: “Todas as leis são divinas ou humanas. As divinas têm seu fundamento na natureza; as humanas, nos costumes dos homens. Precisamente por isso estas últimas mostram-se discrepantes entre si, já que a cada povo agrada costumes diferentes. 2. O justo (*faz*) é uma lei divina; o legal (*jus*) é uma lei humana. Atravessar a propriedade alheia é justo, mas não legal.” (Tradução livre da autora a partir do texto latino traduzido por José Oroz Reta e Manuel A. Marcos Casquero em: SEVILLA, Isidoro de. *Etimologias*. ob. cit. p. 511.

⁵³⁷ Tradução da autora baseada na tradução proposta por Luciano Barcia Martín (MARTIN, Luciano Barcia. *El Derecho Natural em el Decreto de Graciano*, In: *Anuario de Filosofia Del Derecho*. n. 01, 1984. p. 271), a partir do texto do *Decretum Gratiani - Corpus Juris Canonici*.

⁵³⁸ No *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, há algumas referências ao caráter “divino” do Direito. No Digesto, encontra-se um excerto de Ulpiano que diz “Jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, é a ciência do que é justo e o que é injusto.” (Digesto I, 1.10.2). Essa

Nesse sentido, o Decreto de Graciano é aberto com o excerto a seguir transcrito, que, devido a sua difícil interpretação, dava margem ao entendimento de que os preceitos do direito natural coincidiam com aqueles previstos na lei da Bíblia, ou seja, no que seria denominado mais tarde pelos teólogos escolásticos de direito divino positivo:

“O Gênero humano se rege por duas coisas, isto é, pelo Direito natural e pelos costumes. Direito natural, o qual está contido na lei e no evangelho, é aquele pelo qual cada um está mandado a fazer a outro, o que quer que seja feito a ele, e está impedido de fazer a outro, o que não quer que seja feito a si. Por isso Cristo no evangelho disse: ‘Tudo o que quereis que os homens vos façam, façais também vós a eles. Porque esta é a lei e os profetas.’”⁵⁴⁰

Porém, essa impressão é dissipada pela parte final da distinção 6 na qual Graciano afirma que o direito natural está contido na lei e no evangelho, porém, nem tudo o que está contido na lei e no evangelho é de direito natural, porque Graciano faz uma diferença entre preceitos morais e místicos, segundo a qual os preceitos morais são de direito natural e “começam desde o princípio da criatura racional”, permanecendo imutável; já os preceitos místicos são relacionados com a lei bíblica e por isso são alheios ao direito natural quanto ao seu significado, mas não quanto à sua inteligência moral.⁵⁴¹

Unindo-se a essa tradição, São Tomás de Aquino, no tratado das leis da *Suma Teológica*⁵⁴² estabelece uma concepção do Direito, segundo a qual Deus está na origem e é a causa de todas as leis. Estas, por sua vez, ensinam ao homem

mesma frase é a que abre as Institutas e no Tít. II, parágrafo 11 prossegue: “Mas as leis naturais, que por igual se observam entre todas as gentes (*gentes*), estabelecidas por certa providência divina, permanece sempre firmes e imutáveis; mas as que uma cidade qualquer constitui para si, costumam mudar frequentemente ou por tácito consentimento do povo, ou por outra lei posteriormente dada”. (Tradução livre da autora, a partir da versão em espanhol, traduzida do latim por Ildelfonso García Del Corral em: JUSTINIANO. *Cuerpo Del Derecho Civil*. Barcelona: Editor Consejo de Ciento, nº. 287. p. 6.1889.)

⁵³⁹ MARTIN, Luciano Barcia. ob. cit. p. 269.

⁵⁴⁰ Tradução da autora baseada na tradução proposta por Luciano Barcia Martín (MARTIN, Luciano Barcia. ob. cit. ps. 270-271), a partir do texto *Corpus Juris Canonici*, que a seguir transcrevemos do original em latim por ser um texto de difícil compreensão: *Humanum genus duobus regitur, naturali uidelicet iure et moribus. Ius naturæ est, quod in lege et euangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere, quod sibi uult fieri, et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit fieri. Unde Christus in euangelio: “Omnia quecunque uultis ut faciant uobis homines, et uos eadem facite illis. Hæc est enim lex et prophetæ”*. Hinc Ysidorus in V. libro *Ethimologiarum* [c. 2.]”

⁵⁴¹ Tradução da autora baseada na tradução proposta por Luciano Barcia Martín (MARTIN, Luciano Barcia. ob. cit. p. 273), a partir do texto do *Corpus Juris Canonici*.

⁵⁴² A Edição da *Suma Teológica* que será utilizada para citar as questões de maior interesse nesta subseção é a da Editora Loyola cujos tomos IV a VI estão especificados nas referências bibliográficas deste trabalho.

a buscar um fim tanto no plano natural (o governo dos homens e das comunidades perfeitas), quanto no plano sobrenatural (a bem-aventurança e a salvação cristã).

Para tanto, estabelece na *Suma Teológica*, um quadro geral da divisão do Direito, que era uma das referências principais dos autores da Escola Ibérica da Paz ao disputarem sobre este tema. Trata-se de uma concepção escalonada do direito, a qual tem como ápice a lei eterna, que é a lei de regência do universo pela razão e providência divinas.⁵⁴³ Em um segundo escalonamento a lei eterna, que passa a denominar-se lei divina apenas para diferenciar-se nominalmente da anterior, desdobra-se em positiva e natural. A lei divina positiva é a intervenção direta da vontade de Deus na História do homem, para que este cumpra a finalidade sobrenatural da salvação, através da observância, em cada momento histórico, da lei antiga (o Antigo Testamento) e da lei nova (o Novo Testamento).⁵⁴⁴ No mesmo plano, a lei natural, que é também divina, é a “participação da lei eterna na criatura racional”, ou, em outras palavras, é a impressão da luz de Deus no coração dos homens, que são criaturas racionais e livres, capazes de distinguir entre o bem e o mal.⁵⁴⁵ Em um terceiro escalonamento estão as leis humanas positivas, que provêm da razão e vontade humanas, mas para serem legítimas devem derivar-se da lei natural. As leis humanas, por sua vez, desdobram-se em direito das gentes e direito civil, seguindo a divisão de Santo Isidoro de Sevilha.⁵⁴⁶

Porém, a controvérsia sobre o posicionamento do direito das gentes, entre o direito divino natural e o direito humano positivo, prossegue com São Tomás de Aquino, que tenta conciliar os posicionamentos de Ulpiano, Gaio, Isidoro e Graciano, anteriormente referidos.⁵⁴⁷ Para o Aquinatense são questões incontornáveis pela força do argumento de autoridade presente em cada um deles. Assim, procede a uma solução de compromisso, recorrendo a uma distinção de raiz aristotélica que consistia em “um direito natural fundado seja sobre uma

⁵⁴³ Conferir na Primeira Seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*, o artigo 1 da questão 91 e a questão 93.

⁵⁴⁴ Conferir na Primeira Seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*, os artigos 4 e 5 da questão 91 e as questões 98 a 108.

⁵⁴⁵ Conferir na Primeira Seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*, o artigo 2 da questão 91 e o artigo 5 da questão 94.

⁵⁴⁶ Conferir na Primeira Seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*, o artigo 3 da questão 91 e a questão 95.

⁵⁴⁷ Conferir na Primeira Seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*, o artigo 2 da questão 91, os artigos 2 e 4 da questão 94 e o artigo 4 da questão 95; e na Segunda Seção da Segunda Parte, o artigo 3 da questão 57.

consideração absoluta, seja sobre uma consideração relativa das coisas ou das instituições”, resultando em duas categorias do direito natural: um primário e outro secundário.⁵⁴⁸

Assim, ao analisar essa distinção posta por São Tomás, Barcia Trelles explica que, por um lado, o direito natural primário é aquele considerado em si mesmo, de modo absoluto e universal, aplicável igualmente aos homens e aos animais. Por outro lado, o direito natural secundário é aquele derivado de princípios evidentes e não é comum aos homens e aos animais, pois é aplicável especificamente aos homens. Nesta segunda categoria é que se encontra o direito das gentes, o qual apesar de decorrer do direito natural, é um direito humano e, portanto, mutável e relativo.⁵⁴⁹

Nas palavras de São Tomás, lê-se:

“Ora, apreender as coisas de maneira absoluta não convém apenas ao homem, mas também aos animais. Eis por quê, o direito chamado natural, no primeiro sentido (*secundum primum modum*), nos é comum, a nós e aos animais. ‘Do direito natural assim entendido, afasta-se o direito das gentes,’ no dizer do Jurisconsulto; ‘pois, aquele é comum a todos os animais, este, porém somente aos homens entre si’. Ora, considerar alguma coisa, confrontando-a com suas conseqüências, é próprio da razão. Portanto, isso é natural ao homem, segundo a razão natural, que dita esse proceder. Assim o declara o jurisconsulto Gaio: ‘Aquilo que a razão natural estabelece entre todos os homens, todas as nações o observam, e se chama o direito das gentes’.”⁵⁵⁰

No que tange à relação entre a lei divina positiva e a lei divina natural, São Tomás também busca uma posição conciliadora com as palavras do Decreto de Graciano, afirmando que:

“(...) aquela palavra não deve ser entendida como se todas aquelas coisas que estão contidas na Lei e no Evangelho pertencem à lei da natureza, já que muitas coisas aí são transmitidas acima da natureza, mas porque aquelas coisas que pertencem à lei da natureza são aí de modo pleno transmitidas. Donde, ao dizer Graciano que ‘o direito natural é o que se contém na Lei e no Evangelho, imediatamente

⁵⁴⁸ Conferir a nota “f” de Carlos-Josaphat Ponto de Oliveira ao artigo 3 da questão 57, na Segunda Seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*.

⁵⁴⁹ BARCIA TRELLES, Camilo. Ob. cit. p. 431.

⁵⁵⁰ Texto extraído da resposta ao artigo 3 da questão 57, na Segunda Seção da Segunda Parte. Conferir ainda, na Primeira Seção da Segunda Parte, a 1ª. solução dada ao artigo 4 da questão 95: “(...) o direito das gentes é de algum modo natural ao homem, segundo é racional, enquanto deriva da lei natural a modo de conclusão, que não é muito afastada dos princípios. Donde, facilmente, em tal os homens consentiram. Distingue-se, porém, da lei natural, maximamente enquanto é comum a todos os animais”.

acrescentou: ‘pelo que cada um é ordenado a fazer aos outros o que quer seja feito a ele’.”⁵⁵¹

Como visto na seção anterior deste capítulo, a *Suma Teológica* desempenhou um papel fundamental na formação dos justicólogos ibéricos do século XVI. Como consequência lógica desta influência tomista, as disputas sobre a relação (mais estreita ou mais afrouxada) entre o direito das gentes e o direito natural prosseguiram no seio da Escola Ibérica da Paz.⁵⁵² No entanto, na linha do tempo que separa o magistério de Francisco de Vitória, em meados do século XVI em Salamanca, e de Francisco Suárez, no início do século XVII em Coimbra, houve um aprofundamento no sentido de identificar, com maior precisão, o lugar de cada um destes braços do Direito, aproximando mais o direito das gentes ao direito humano positivo.⁵⁵³

Contudo, ao refletirem segundo a perspectiva do direito natural, os teóricos Ibéricos equipararam as soberanias americanas e europeas em função de algo que era comum aos dois mundos: a natureza racional do homem. Por isso afastaram do debate as diferenças de costumes e leis positivas que, inegavelmente, havia entre ambos os povos, denominada pela tradição de direito civil. Por conseguinte, o direito das gentes, ligado em maior ou menor medida ao direito divino natural, deveria ser aplicado nas relações entre os reinos cristãos e os povos do Novo Mundo.

Assim, é importante sublinhar que, embora o direito natural tenha Deus por autor, este não se confunde com a lei do Velho e do Novo Testamento, isto é, com o direito divino positivo. Nem tampouco o direito natural se confunde com o direito positivo humano (civil ou das gentes), que é decorrente da vontade do homem. A importância do que disso se extrai é que o direito divino natural é universal, mas não em termos de preceitos bíblicos, mas naquilo que é comum a todos os homens, ou seja, o uso da razão.

⁵⁵¹ Texto extraído da 1ª. solução ao artigo 4 da questão 94, na Primeira Seção da Segunda Parte.

⁵⁵² Para uma discussão sobre o direito das gentes, oscilante entre o direito divino natural e o direito humano positivo na doutrina dos escolásticos ibéricos, de Vitória a Suárez, conferir: HÖFFNER, Joseph. ob. cit. ps. 389-398.

⁵⁵³ Nesse sentido, ver o estudo preliminar do volume 14 da Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, principalmente a partir da página LXVIII in: SUÁREZ, Francisco. *De Legibus* (II, 13-20 De Iure Gentium). Edição crítica bilíngüe por L. Pereña V. Abril e P. Suñer. Madrid: CSIC, 1973. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*. V. XIV.

Por conseguinte, no quadro da divisão escolástica do direito, é plenamente compreensível o motivo por que os teólogos reivindicavam para si a solução da dúvida indiana, afinal, estes, e não os juristas versados no direito positivo humano, eram os mais habilitados a resolvê-la, com fundamento no direito divino natural e no direito das gentes, como disse Francisco de Vitoria nos Prólogos de suas lições magnas sobre o poder temporal (1528) e sobre os índios (1539).

No entanto, como será analisado a seguir, uma única ressalva deve ser feita no sentido de que, sendo os autores da Escola Ibérica da Paz catedráticos de teologia ou missionários, eram antes de tudo católicos sinceros e por isso a salvação estava na Igreja, razão pela qual a predicação do Evangelho, pacificamente, era um direito e um dever do ponto de vista destes autores.

6

A Doutrina Ibérica da Paz e as suas respostas para a dúvida indiana

6.1

Considerações Iniciais

O presente capítulo propõe a investigação das contribuições deixadas como legado pelos jus-teólogos reunidos sob a denominação de Escola Ibérica da Paz, para uma fundamentação autêntica da atual vertente do Direito Internacional dos Povos Indígenas e, conseqüentemente, do reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Com o zelo de não desprezar os autores e suas idéias de sua realidade histórica, o que significaria o risco de incorrer em anacronismos, artificializando seu pensamento com um vocabulário alheio a seu tempo, proponho, neste capítulo, o estudo de quatro eixos temáticos que constituem o alicerce doutrinário fundamental para a compreensão da questão do reconhecimento da subjetividade dos povos indígenas no contexto destes pensadores ibéricos.

O primeiro eixo envolve um dos temas fundamentais de filosofia política daquela época, qual seja, a origem do poder temporal⁵⁵⁴ e sua tênue relação com o poder espiritual. Os três eixos seguintes tratam dos temas relacionados com o direito (ou lei) natural⁵⁵⁵ e o direito das gentes, quais sejam, o domínio, a escravidão e a guerra justa. Outrossim, todos estes quatro eixos temáticos giram em torno de dois pilares fundamentais para a doutrina da Escola Ibérica da Paz,

⁵⁵⁴ Em linguagem moderna, o poder temporal pode ser lido como poder secular, poder laico, poder civil ou poder político, em contraposição ao poder espiritual ou eclesiástico.

⁵⁵⁵ Em linguagem moderna a idéia de direito (ou lei) natural é semelhante a de direitos humanos. Porém, a carga doutrinária de seu conteúdo distancia esta sinonímia. Embora haja distinções teológicas, filosóficas, jurídicas e filológicas entre as palavras “direito” e “lei”, as expressões “direito natural” ou “lei natural” são utilizadas nos textos da Escola Ibérica da Paz sem grandes distinções, e o que se afirmará nesta seção sobre o direito natural, valerá também para a lei natural, entendido o Direito como objeto da Lei ou do costume.

expostos na terceira seção do capítulo anterior, a saber: a universal racionalidade e sociabilidade naturais dos homens e dos povos, determinando que o que nesse plano se afirma para os povos europeus é válido para os demais povos do orbe.

Antes, porém, de partir para a análise dos textos propriamente ditos, é necessário tecer algumas breves considerações acerca das principais fontes bibliográficas pesquisadas, sobre os critérios de seleção e organização das passagens citadas neste capítulo bem como sobre alguns vocábulos e expressões empregados pelos autores ibéricos, visando a compreensão não só da forma de exposição dos textos selecionados, mas também do conteúdo destes textos em si mesmos, já que, originalmente, foram redigidos em latim, nos séculos XVI e XVII, obviamente empregando o vocabulário da época e em estilo marcadamente escolástico.

Em primeiro lugar, deve ser lembrado sempre que os textos objeto do presente estudo foram escritos, em grande parte, por teólogos cristãos, originalmente em latim. Além disso, muitos dos textos objeto deste trabalho são oriundos de códices conservados em bibliotecas e museus europeus.⁵⁵⁶ Por essa razão a escolha das fontes bibliográficas é crucial, uma vez que este trabalho seria inviável sem antes ter havido a transcrição paleográfica de manuscritos de caligrafia antiga e, mesmo nos casos de textos impressos, a devida tradução do latim para uma língua acessível ao leitor contemporâneo.

Para além destas questões de paleografia e linguística, é essencial também que as fontes bibliográficas escolhidas possuam um compromisso científico rigoroso com a tradução publicada. Procura-se evitar, tanto quanto possível, a armadilha da utilização de textos ideologizados, seja com emprego de palavras equivocadas, seja com o corte de outras a bem da defesa de uma convicção política do próprio tradutor, atitudes estas que já ocorreram no passado, por exemplo, com a obra de Francisco de Vitória.⁵⁵⁷ Essas cautelas são fundamentais,

⁵⁵⁶ É válido lembrar que o primeiro livro impresso foi a Bíblia por Gutenberg, em 1455, e na época dos autores ibéricos em estudo ainda eram comuns os códices (livros manuscritos) elaborados nas próprias universidades, e as lições dos professores eram copiadas manualmente pelos alunos e se transformavam em apostilas que passavam de mão em mão. Foi neste formato de manuscrito que muitas das obras em estudo passaram aos dias atuais. As obras impressas eram mais raras e grande parte dos exemplares impressos conhecidos datam de séculos posteriores.

⁵⁵⁷ Confira nesse sentido, as considerações de Jesús Cordero Pando acerca dos preconceitos construídos contra o pensamento de Francisco de Vitória pela tradução desfigurada de sua obra no período absolutista de Felipe II e no período de nacionalismo exacerbado do franquismo espanhol após a Segunda Guerra:: VITÓRIA, Francisco de. *Relectio De Potestate Civili*: estudos sobre su

pois é inacessível a autora desta pesquisa tanto os textos originais dos códices, quanto a verificação da exatidão das traduções do latim disponíveis atualmente.

Sendo assim, o primeiro acervo de fontes bibliográficas acessado foi o *Corpus Hispanorum de Pace*, coleção bilíngüe latina e espanhola dirigida por Luciano Pereña, organizada em vinte e oito volumes, contendo as principais obras dos autores espanhóis do Século de Ouro, estudos críticos destas obras elaborados por grandes especialistas e farta documentação histórica do período, publicada pelo Consejo Superior de Investigaciones Científicas de Madrid.⁵⁵⁸

O segundo acervo de fontes relaciona-se com os textos objeto da pesquisa *Corpus Lusitanorum de Pace*, dirigido pelo Professor Pedro Calafate da Universidade de Lisboa, que resgatou a contribuição da vertente portuguesa para o pensamento ibérico renascentista, cunhando-se, como consequência, a expressão Escola Ibérica da Paz, de que tratei no capítulo anterior.⁵⁵⁹

O primeiro resultado desse projeto pioneiro, realizado por uma vasta equipe composta por juristas, filósofos, paleógrafos e latinistas, que tive a honra de integrar, sob a direção do Professor Pedro Calafate, foi o catálogo/livro em edição bilíngüe portuguesa e espanhola, com um tratamento artístico que o tornou atraente ao público em geral, intitulado *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América (1511-1694)*, que reuniu uma antologia dos textos fundamentais da Escola, muitos dos quais até então se encontravam manuscritos e em latim, que servirá de fonte para muitas das citações feitas neste capítulo.⁵⁶⁰

Para que se tenha uma idéia da importância deste esforço acadêmico de resgate da Escola Ibérica da Paz, basta mencionar o fato de que são poucos os

filosofia política. Edição crítica por Jesús Cordero Pando. Madrid: CSIC, 2008. ps. 450-451. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, v. 15.

⁵⁵⁸ *Corpus Hispanorum de Pace*, dir. Luciano Pereña, série 1ª e 2ª, 28 volumes. Madrid: CSIC, 1965-2012. Outras publicações em espanhol das *Relecciones* de Francisco de vitória e Domingo de Soto, que serão citadas neste capítulo, são, respectivamente, as obras das Coleções *Clásicos de la Escuela* e *Biblioteca de Teólogos Españoles* da Editora San Estebán, dotadas de estudos críticos e traduções de grandes especialistas como Jesús Cordero Pando, Ramón Hernández, Luis Frayle Delgado e Jaime Brufau Prats.

⁵⁵⁹ *O Projeto Corpus Lusitanorum de Pace: The Portuguese Contribution to the peninsular school for Peace (16th and 17th centuries)*, está atualmente em desenvolvimento na Universidade de Lisboa, Faculdade de Letras, no Centro de Filosofia, com o financiamento da Fundação para a Ciência e Tecnologia do Ministério da Educação e Ciência de Portugal (PTDC/FIL-ETI/119182/2010).

⁵⁶⁰ CALAFATE, Pedro. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). *A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América/ Escuela Ibérica de la Paz: la conciencia crítica de la conquista y colonización de América: 1511 – 1694*, Prefácio de Antônio Augusto Cançado Trindade. Santander: Editora da Universidade da Cantábria, 2014.

autores ibéricos do Seiscentos que possuem suas obras publicadas, como é o caso de Francisco de Vitória, Domingo de Soto, Francisco Suárez, Luis de Molina e Bartolomeu de Las Casas e, dentre estes, nem mesmo Francisco de Vitória possui ainda uma edição crítica completa de suas obras integralmente traduzidas do latim. Frise-se, outrossim, que os textos de autores como Fernão Pérez, Pedro Simões e Antônio de São Domingos encontravam-se até a publicação do citado catálogo/livro em suas versões de manuscritos latinos. Já os textos de autoria de Fernão Rebelo, Martín de Azpilcueta e de Martinho de Ledesma permaneciam em suas versões latinas impressas no século XVI. Nesse sentido, o segundo resultado relevante obtido no âmbito do projeto em referência é a publicação, em dois volumes, dos textos completos dos pensadores renascentistas das Universidades de Coimbra e Évora no século XVI.⁵⁶¹

É evidente, portanto, que seria extremamente difícil o acesso dos leitores contemporâneos aos textos em estudo se não fosse o esforço empreendido pela equipe do projeto *Corpus Lusitanorum de Pace*.

Em segundo lugar, como não se tratará aqui de um estudo baseado em um único autor, a seleção dos textos seguiu critérios de pertinência temática e diversidade na escolha de citações. Quanto ao primeiro critério, procurei selecionar os textos relacionados com os quatro eixos temáticos acima referidos, isto é, textos que hoje classificaríamos como sendo de filosofia política e direitos humanos, porém, sempre relacionados com as disputas sobre a questão indígena no marco da conquista e colonização da América. Quanto ao segundo critério, serão citados tanto os textos mais conhecidos de Francisco de Vitória e Domingo de Soto, dentre outros autores de Salamanca, quanto será empreendido o resgate de outros autores desconhecidos do grande público e ainda com obras até muito recentemente inéditas, visando reforçar o sentido de *Escola*, apresentado no capítulo anterior, pois, como será facilmente percebido, há entre os autores estudados, uma grande coerência e coesão entre suas idéias-força, que muitas vezes surpreende pela uniformidade de tratamento de vários dos temas relacionados com a questão indígena.

Para citar-se as passagens selecionadas, de acordo com os critérios acima elencados, será inevitável extrair os parágrafos de seu contexto completo. Como

⁵⁶¹ CALAFATE, Pedro (org.). *A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (século XVI)*. Lisboa: Almedina, 2015. Vols. I e II.

ênfatisado, anteriormente, o estilo escolástico em que foram redigidos poderia ser bastante pesado e complexo para um leitor dos nossos dias e inviável, por evidente questão de espaço, a transcrição das questões articuladas em sua integralidade. Entretanto, em virtude da própria estrutura rigorosa dada à redação escolástica, na grande maioria dos casos, é possível identificar e extrair, além da conclusão, os argumentos que embasam a resposta dada pelo autor à pergunta inicialmente formulada. Essa descontextualização será corrigida, em compensação, pela inserção das passagens citadas no contexto dos argumentos desenvolvidos ao longo do presente capítulo, o que contribuirá para o esclarecimento das idéias centrais dos excertos colacionados.

No que se refere à organização das passagens selecionadas em cada uma das três próximas seções do presente capítulo, a grande dificuldade encontrada foi o forte entrelaçamento das temáticas analisadas pelos autores da Escola Ibérica da Paz. Assim, por exemplo, um texto chave poderia ser incluído tanto na discussão sobre a origem do poder temporal e o conseqüente reconhecimento deste poder nas nações indígenas, quanto nos debates sobre o direito de domínio dos povos indígenas sobre seus bens, a isonomia destes com as nações cristãs européias e o respeito à sua liberdade individual e coletiva. Apesar dessa intrincada relação entre as idéias-força destes pensadores representar uma enorme dificuldade em se proceder a separação destas em tópicos bem delimitados, na realidade, esta dificuldade revela, antes de tudo, a grande virtude da coerência teórica dos autores da Escola Ibérica da Paz, já que não há clivagens ou compartimentalizações nos princípios que defendem. Assim, tecem toda a argumentação a partir de dois postulados básicos aqui reiterados: a razão e a sociabilidade naturais dos homens, e além disso, o que enunciam como princípios válidos para todos os homens, são válidos também para todos os povos e para o gênero humano.

Assim, para evitar uma exposição complexa e repetitiva, optei, como sublinhado acima, pela análise, neste capítulo, dos alicerces doutrinários da Escola Ibérica da Paz em quatro eixos temáticos, acomodados em três seções principais. Estabelecidas estas premissas, será mais fácil seguir a argumentação proposta por Francisco de Vitória em sua *Relectio De Indis*, proferida nos primeiros dias de janeiro de 1539.⁵⁶² Nesta obra fundamental, Vitória apresenta sistematicamente os

⁵⁶² Infelizmente, como informa P. Venancio Diego Carro, na introdução histórica e teológico-jurídica à obra *De la Justicia y del Derecho*,(Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, o

sete títulos ilegítimos da ocupação da América e, após rechaçá-los todos, formula sete títulos legítimos⁵⁶³, não para a conquista e colonização do Novo Mundo, mas para equacionar o fato irreversível do encontro entre as nações européias e ameríndias e, a partir daí tentar traçar linhas de convivência e cooperação entre os povos. Estes títulos ilegítimos e legítimos são disputados pelos autores da Escola Ibérica da Paz, em maior ou menor grau de concordância com as proposições de Francisco de Vitória, o que me permitirá entabular, a cada seção, um diálogo entre Vitória e os demais pensadores da Escola Ibérica da Paz.

Por fim, um cuidado especial é dedicado à compreensão de certos vocábulos e expressões utilizadas pelos autores ibéricos citados nas passagens selecionadas. Consoante antecipado acima, os textos de que tratarei a seguir foram escritos entre os séculos XVI e XVII, decorrendo como consequência lógica desse fato, que muitas das palavras utilizadas possuem um significado igualmente datado, cujo sentido somente pode ser recuperado nas fontes de inspiração dos autores ibéricos. Assim, para evitar que seja interrompida a leitura a cada termo específico que mereça uma explicação mais detalhada com prejuízo do encadeamento das idéias, as explicações serão incluídas em notas de rodapé.

6.2

A Origem do Poder Temporal e sua Relação com o Poder Espiritual segundo a Doutrina Democrática Ibérica

Início a análise proposta para esta seção compartilhando da opinião de Pedro Calafate, segundo a qual o tema da origem do poder temporal, aliado à questão complementar das relações entre o poder temporal e o poder espiritual, é

debate de Domingo de Soto sobre os títulos ilegítimos e legítimos da conquista e colonização da América estavam concentrados na obra perdida, *De Ratione promulgandi Evangelium: ubi de dominio et iure quo Catholici Reges in Novum Orbem oceanicum, funguntur*, razão pela qual seguirei apenas Francisco de Vitória como guia da organização desta matéria.

⁵⁶³ Nesta *Relectio* Vitória inicia com o reconhecimento do domínio, público e privado, dos gentios do Novo Mundo. Em seguida, invoca como títulos ilegítimos: o senhorio universal do Imperador; o senhorio universal do papa; o direito de Descoberto; a Infidelidade dos Povos do Novo Mundo; os pecados contra a Natureza; a eleição voluntária; a doação especial de Deus. Para Vitória eram títulos legítimos: o *jus communicationis*; o *Jus Comercii*; o direito de domicílio, nacionalidade e cidadania; algumas hipóteses de guerra justa; o *Jus Praedicandi*; a tirania dos príncipes bárbaros; as alianças entre os reis espanhóis e gentios. Francisco de Vitória diz que pode haver um oitavo título legítimo, supostamente relacionado com o fundamento do colonialismo na América. Porém, ao contrário do que defendem seus críticos nesta matéria, o modo menos incisivo com que o apresenta em relação aos demais, indica claramente que não o sustenta com tanta firmeza.

o tema mais estruturante para quem busca a compreensão do pensamento político dos autores da Escola Ibérica da Paz.⁵⁶⁴

No contexto cristão da época em que viveram os autores da Escola Ibérica da Paz, era um consenso que o poder radicava em Deus. Dessa premissa, porém, derivavam três teses distintas a respeito de a quem Deus transmitia o poder temporal, isto é: ou Deus concedia este poder diretamente ao rei, ou Deus transferia este poder ao papa ou ao povo.

Desta posição teórica decorria, como consequência, o fundamento para três doutrinas distintas, que disputavam naquela época a solução da tênue e conflituosa relação entre os poderes temporal e espiritual. Para os fins da presente análise, designarei estas doutrinas como regalista, teocrática e democrática, segundo defendam ser, respectivamente, o rei, o papa ou o povo, o destinatário imediato do poder temporal atribuído por Deus. Note-se, desde logo, que, a depender da opção por uma dessas teses acerca da relação entre o temporal e o espiritual, apresentam-se distintas soluções para a dúvida indiana, como será analisado a continuação.⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ CALAFATE, Pedro. *Da Origem Popular do Poder ao Direito de Resistência*: doutrinas políticas no século XVII em Portugal. Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2012. ps. 12-13.

⁵⁶⁵ Sobre o tema das relações entre o poder temporal e o poder espiritual, diz Pedro Calafate que este “assume uma relevância muito considerável, e inscreve-se numa longa tradição de debates e disputas entre os filósofos medievais e renascentistas, cuja complexidade advém do ordenamento hierárquico do cosmo medieval e cristão, o qual postula que as realidades inferiores devem ordenar-se e subordinar-se às superiores e que, atendendo à hierarquia dos fins, o temporal deve ordenar-se ao espiritual, como fim superior e mais digno. Estabelecia-se assim uma fronteira muito fluída, fonte de conflitos permanentes entre os soberanos temporais e os dignatários eclesiásticos, recebendo intensidades distintas consoante os contendores se filiassem na corrente teocrática ou na corrente democrática, ou seja, se defendiam a tese de que todo o poder vem de Deus através do papa, ou a de que todo o poder vem de Deus através do povo.” (Cfr.: CALAFATE, Pedro. ob. cit. ps. 181-183.). Como visto no capítulo precedente, às vésperas da modernidade, a terceira corrente doutrinária era a regalista, que impulsionava o fortalecimento do absolutismo monárquico. Jesús Cordero Pando indica ainda uma quarta corrente, de índole anárquica e monarcômaca, concretizada na Espanha pela guerra das comunidades de Castela, fato este que está na base das reflexões de Francisco de Vitória na aula magna sobre o poder civil. De acordo com Cordero Pando, por detrás do movimento comunero (1520-1522) está uma reação contra os abusos de um poder de traços crescentemente absolutistas e que se afastava de sua fonte de legitimação e finalidade, isto é, o povo e seus interesses. (Cfr.: VITÓRIA, Francisco de. *Relectio De Potestate Civili*, ob. cit. ps. 268-275.). Sobre a expressão “democrática” utilizada por Pedro Calafate e consagrada pelos demais autores que escrevem sobre o tema na Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, é importante chamar a atenção para o fato de que ela não deve ser lida com anacronismos, como se significasse o ideal de um regime democrático representativo, com sufrágio universal, tal como se apresenta nos moldes contemporâneos. A terminologia aqui empregada deve ser lida com o sentido de defesa da origem do poder na comunidade política reunida, na liberdade da República em organizar-se em qualquer uma das formas de governo de raiz aristotélica e da conservação deste poder pela comunidade a qual pode retomá-lo em caso de tirania. Aliás, Cordero Pando alerta para o fato de que, em matéria de formas de governo, Vitória utilizava, rigorosamente, a expressão timocracia (forma virtuosa) e não democracia (forma degenerada) de governo do povo (Cfr.: VITÓRIA, Francisco de. *Relectio De Potestate Civili*, ob. Cit. ps. 40 (nota 70), 436 e 437.).

6.2.1

A Doutrina Democrática Peninsular como Via Humanista para Solução da Dúvida Indiana

Primeiramente, é possível inferir que a doutrina regalista favorecia o fortalecimento do absolutismo monárquico, na esteira do conflito de Henrique VIII (e posteriormente de Jaime I) com a Igreja Católica.⁵⁶⁶ Para os partidários desta doutrina, o rei recebia o poder diretamente de Deus, tal como Saúl e Davi, segundo as fontes do Velho Testamento e, por isso, podiam interferir nos assuntos temporais da Igreja. Como consequência, as bulas de doação do Papa Alexandre VI e, posteriormente, o monopólio comercial dos reis Ibéricos sobre o Novo Mundo, seriam questionáveis à luz desta doutrina.

Esgrimindo com a anterior, a doutrina teocrática preconizava a soberania universal do papa, diretamente, tanto no temporal como no espiritual. Com este senhorio universal, o papa tinha poder e jurisdição tanto sobre os cristãos como sobre os pagãos. Logo, esta tese servia perfeitamente aos interesses dos Reis Católicos, pois, como visto no capítulo anterior, através dela podiam legitimar a ocupação do Novo Mundo na bula alexandrina e, por conseguinte, no próprio “Requerimiento”.

Em contraposição às duas anteriores, a doutrina democrática, defendida pelos autores da Escola Ibérica da Paz, sustenta que o poder temporal é transferido imediatamente de Deus a todos os homens, quando estes se reúnem em uma comunidade política. Apesar das origens pagãs, a tese da origem do poder temporal na comunidade foi acolhida e compatibilizada com a doutrina paulina da origem divina do poder que, aliás, era um consenso entre os escolásticos ibéricos daquela época, consoante afirma Pedro Calafate:

“O poder temporal ou político tinha origem divina, como decorria da sempre citada afirmação de S. Paulo, na *Epístola aos Romanos* “‘*não há poder que não venha de Deus*’ (Rom. XIII). Esta afirmação do Apóstolo de Cristo era recebida como tese cuja demonstração se não equacionava, pois, para o cristianismo tudo o que é tem origem divina.”⁵⁶⁷

⁵⁶⁶ Para um amplo panorama histórico e documental, confira os estudos preliminares e demais documentos relacionados em: SUÁREZ, Francisco. *De Juramento Fidelitatis: Defensio fidei VI*. Madrid: CSIC, 1979. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*. v. XVIII. Ver também: SUÁREZ, Francisco. *Defensio Fidei III: principatus politicus o la soberania popular*. Madrid: CSIC, 1965. Coleção *Copurs Hispanorum de Pace*. v. II.

⁵⁶⁷ CALAFATE, Pedro. Ob. cit. p. 17 e 19.

A fonte imediata do poder temporal, por conseguinte, está em Deus, mas é transmitido aos homens por direito natural e não por direito divino positivo ou humano. Segundo Francisco de Vitória, ao discorrer sobre a causa eficiente do poder temporal, reafirma a base paulina do pensamento cristão segundo a qual não há poder que não venha de Deus. Este poder ao ser transmitido de Deus aos homens é o que constitui a comunidade humana:

“Com efeito, se demonstramos que o poder público vem estabelecido pelo direito natural, e o direito natural tem a Deus por autor, é evidente que o poder público procede de Deus, e não se baseia nem em um pacto entre os homens nem em qualquer direito positivo. Pois Deus, que fez tudo com sabedoria e abarca com fortaleza de um a outro confim, dispondo com suavidade todas as coisas, e cujas obras estão todas ordenadas, segundo diz o Apóstolo, dotou os homens de tal natureza e modo de ser que não possam e nem acertem viver senão em sociedade com outros homens.” (Tradução livre)⁵⁶⁸

Assim, os fundamentos desta doutrina estão na compreensão da natural racionalidade e sociabilidade dos homens, sobre as quais discorre Francisco de Vitória na mesma lição sobre o poder temporal, partindo da tradição aristotélica, segundo a qual o homem, que apesar de ser dotado de razão, é frágil e indefeso se comparado com outros animais. Para Vitória, a fonte e a origem das cidades e repúblicas estão na própria natureza, como decorrência da necessidade dos homens de mútua defesa e conservação⁵⁶⁹.

Apresentando de maneira mais assertiva sua visão do homem como ser social, Vitória contesta, na lição sobre os índios, a célebre frase do poeta grego Plauto, que representa a concepção oposta à natureza social do homem, afirmando que o homem não é lobo do homem:

“E como indicado na lei do *Digesto*, a natureza estabeleceu certo parentesco entre os homens. Daí porque vai contra o direito natural que um homem aborreça sem razão a outro homem. Pois não é um lobo o homem para o homem, como diz Plauto, senão homem” (grifos no original - tradução livre)⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ VITÓRIA, Francisco de. *Sobre el Poder Civil*. Estudo preliminar, tradução e notas de Jesús Cordero Pando. Salamanca. San Esteban, 2009. p. 71.

⁵⁶⁹ VITÓRIA, Francisco de. *Sobre el Poder Civil*, ob. cit. p. 69.

⁵⁷⁰ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de Indis, o Libertad de los Índios*. Madrid: CSIC, 1967. p. 80. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*. V. V. Comentando esta frase de Vitória sobre a natureza social do homem, Pedro Calafate agrega que: “Esta é uma das bases mais fundamentais da antropologia dos escolásticos e do contratualismo inerente: a sociedade constitui-se mediante a expressão livre da vontade dos homens, em obediência a uma necessidade natural; o homem não é lobo do homem, como dissera Plauto (...)”. (ob. cit. p. 26). Em outra passagem, Calafate esclarece também as bases do contratualismo escolástico em oposição ao hobbesiano: “Para os escolásticos a

Nesse mesmo sentido, o texto a seguir transcrito de Martín de Azpilcueta, o Doutor Navarro, é exemplar, pois coloca, claramente, a questão no plano do direito natural, reconhecendo que toda e qualquer comunidade política humana possui poder temporal e a capacidade de se governar a si mesma, independentemente de uma lei humana positiva, tal como poderia suceder na organização de alguns povos indígenas que pareciam não ter um rei ou imperador:

“Quando os povos não têm a luz e o apoio de um imperador, é mister que sejam para si a sua própria luz, e quem não tem guia e chefe, é o seu próprio chefe e guia. E assim, embora algum povo não tenha chefe nem rei mediante providência humana, contudo recebeu da *natureza naturante*, que é Deus, o poder de se dirigir, governar e iluminar [...], e se se encontrassem alguns homens associados em comunidade, estes teriam do próprio Deus, de modo imediato, o poder de se governarem a si mesmos e de fazerem as coisas sem as quais não poderiam viver em sociedade [...], pois a lei imperial não pode suprimir as providências naturais. Não vai em sentido contrário o facto de que muitos povos parecem carecer completamente de jurisdição. Na verdade, não carecem completamente de jurisdição mas do seu uso.”⁵⁷¹

Prosseguindo em seu magistério na Universidade de Coimbra, Martín de Azpilcueta esclarece que embora o poder temporal tenha origem divina, Deus não o atribuiu a alguém em especial, mas deixou isto ao arbítrio dos homens e, por conseguinte, não era aceitável, à luz desta doutrina, o reconhecimento do senhorio universal do imperador:

“Não foi estabelecido por Cristo algum poder temporal laico que abarcasse todas as coisas[...]. Em nenhuma ocasião Deus ordenou regularmente que se obedecesse a um só, a muitos, a estes ou àqueles, relativamente ao poder laico [...]. Nada especialmente foi estipulado relativamente à sua criação ou entrega do mesmo a alguém, pelo menos no princípio da criação sua e do género humano [...]. Uma coisa é o poder régio ser imediatamente criado por Deus, e outra ser transmitido a este ou àquele homem. Não prova em sentido contrário a seguinte passagem “*Por mim reinam os reis*” (Pr 8,15) e aquela outra “*Todo o poder vem de Deus*» (Rm 13, 1), porquanto, no máximo, apenas provam que o poder régio foi criado

sociedade é a afirmação da natureza humana e não o resultado da degeneração das qualidades naturais do homem, nem o resultado do medo que a todos move quando não submetidos a uma autoridade absoluta. Nestes termos, não se verificava uma antinomia entre o estado de natureza e o estado social, porque o homem não é lobo do homem, e o direito natural não se esgotava no acto do contrato social, como em Hobbes.” (ob. cit. ps. 18-19).

⁵⁷¹ Azpilcueta, Martín de, *Relectio C. Nouit de iudiciis*, Coinimbricae, 1548, p. 74, tradução do latim de António Guimarães Pinto, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 246.

imediatamente por Deus, não porém que foi imediatamente dado por Ele a este ou àquele homem.”⁵⁷²

Sendo assim, para a doutrina democrática, o alegado senhorio universal do imperador não era título justo para que as soberanias indígenas se sujeitassem ao jugo dos reis cristãos, já que cada comunidade humana era dotada por Deus, naturalmente, de poder político, como terei a oportunidade de aprofundar na seção seguinte sobre o domínio. Pode-se antecipar, todavia, seguindo essa linha de argumentação sobre a origem do poder temporal, que Francisco Suárez lança os alicerces para a compreensão da questão da soberania dos povos indígenas americanos. Primeiramente, Suárez define que:

“(…) por um ato especial de sua vontade ou comum consentimento os homens se integram em um corpo político com um vínculo social para ajudar-se mutuamente em orden a um fim político. Deste modo, formam um só organismo coletivo que pode chamar-se uno em sentido moral e, em consequência, precisa também de um só chefe. Pois bem, nessa comunidade, enquanto tal, radica por sua natureza o poder de soberania; de tal maneira que já não depende mais do arbitrio humano integrar-se socialmente desta forma e não aceitar este poder.” (Tradução livre)⁵⁷³.

Em outro texto, Suárez entende que a comunidade humana é o sujeito natural do poder temporal que lhe é imediatamente transmitido por Deus, e percebe-se, com clareza, as sementes da idéia de autodeterminação da mesma comunidade política ao qualificá-la como “livre” e “dona de si”, como se lê a seguir:

“Porque sendo regida diretamente por Deus mediante o direito natural, é livre e dona de si. Esta liberdade não exclui o poder de governar-se a si mesma e de mandar em seus membros, senão que a inclui. Mas exclui a sujeição [do Estado] a outro homem enquanto dependa apenas do direito natural. Pois a nenhum homem Deus outorgou imediatamente semelhante poder, enquanto não seja trasladado a um indivíduo por meio de uma instituição e eleição humana.” (Tradução livre)⁵⁷⁴.

Diante dos excertos selecionados, evidencia-se que a doutrina democrática ibérica, debatia a questão da origem do poder temporal no plano do direito natural, compreendendo-se, assim, porque ela foi definitiva para o reconhecimento da

⁵⁷² AZPILCUETA, Martín de. *op. cit.*, ps. 75 e 87, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 246.

⁵⁷³ SUÁREZ, Francisco. *De Legibus* (III, 1-16 *De Civili Potestate*). Madrid: CSIC, 1975. ps. 21-50. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*. V. XV.

⁵⁷⁴ SUÁREZ, Francisco. *Defensio Fidei III: Principatus Politicus o La soberania popular*. Madrid: CSIC, 1965. p. 25. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*. v. II.

paridade entre a coroa de penas e a de ouro, e entre o arco e o cetro, como disse em síntese perfeita Antônio Vieira, no Brasil do final do século XVII, na seguinte passagem de seu voto contra a escravidão indígena.

“Assim como o espanhol ou genovês cativo em Argel é contudo vassalo do seu rei e da sua república, assim o não deixa de ser o índio, posto que forçado e cativo, como membro que é do corpo e cabeça política da sua nação, importando igualmente para a soberania e liberdade, tanto a coroa de penas como a de ouro, e tanto o arco como o cetro.”⁵⁷⁵

Em suma, analisando a questão indígena à luz dos pilares da natureza racional e social dos homens, é possível deduzir facilmente porque os pensadores da Escola Ibérica da Paz argumentavam nas disputas travadas com os conquistadores e encomenderos em prol da liberdade e soberania dos povos do Novo Mundo: Ora, se o poder temporal nasce, por Direito Natural, no momento da constituição de uma comunidade humana, logo, o poder temporal dos povos indígenas é legítimo e se equipara ao poder dos reinos cristãos soberanos, já que em nada depende da graça ou da fé.

6.2.2

A Legitimidade dos Príncipes das Gentes do Novo Mundo

Retomando o que foi exposto na primeira subseção acima, sobre a origem do poder temporal, Francisco Suárez defende que a democracia é a mais natural das formas de governo, já que o poder temporal emana da necessidade dos homens em reunir-se em comunidade política:

“A democracia poderia existir sem uma instituição positiva, apenas por instituição ou dimanação natural, com a negação apenas de uma instituição nova ou positiva, pois a própria razão natural estabelece que o poder político supremo segue-se naturalmente da comunidade humana perfeita e que, por este mesmo motivo, pertence a toda a comunidade, excepto se for transferido para outro por via de uma nova instituição – porque, à luz da razão, não há lugar para qualquer outra determinação, nem se postula uma outra mais imutável [...]. A comunidade civil perfeita é livre por Direito Natural e não está sujeita a homem algum fora de si, mas

⁵⁷⁵ VIEIRA, Antônio, Voto sobre as Dúvidas dos Moradores de S. Paulo acerca da Administração dos Índios(1694). in: Antônio Sergio e Hernâni Cidade (org.). *Obras Escolhidas do Pe. Antônio Vieira*. Lisboa: v. III. ps. 341-342, , passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 400.

detém em si, na verdade, toda ela o poder, o qual é democrático conquanto não mude.”⁵⁷⁶

Como disse Francisco Suárez na passagem acima citada, a democracia é a mais natural das formas de governo: - não disse a melhor, disse a mais natural. Sobre este ponto, Pedro Calafate observa que a generalidade dos teóricos deste período optavam pela forma monárquica sob o argumento de ser ela a forma de governo que “melhor garantia a unidade e a paz social, a que acrescia a afirmação de superioridade ontológica da unidade sobre a multiplicidade, eixo das metafísicas cristãs de todos os tempos.”⁵⁷⁷ Todavia, quando essa idéia era projetada no sentido de se constituir um império universal, tendo o imperador romano-germânico como senhor de todo o *orbe*, os autores em causa já não eram tão uníssonos, e geralmente objetavam com a impossibilidade fática e jurídica de constituição legítima deste império.

Sob essas premissas, invocando o magistério de Martin de Azpilcueta, em sua aula magna em Coimbra, tem-se que o império universal, não sendo de direito divino, dependeria de um pacto improvável entre todas as nações do *orbe*, o que seria impossível provar por meio do direito natural, divino positivo ou humano:

“Erra a opinião corrente [...], na medida em que pensa que por Direito Divino é necessário que exista uma única soberania laica sobre o mundo inteiro, da mesma maneira que existe uma única soberania eclesiástica. Porque em primeiro lugar tal não se prova por nenhum direito divino sobrenaturalmente dado ou revelado [...]. Em segundo lugar tal não pode concluir-se por nenhuma razão natural [...]. Igualmente erra um grande número que pensa que o imperador dos Romanos é senhor e rei do mundo e da terra porque o imperador Antonino dissera: “Eu sou senhor do mundo” [...], pois não é de presumir que o imperador Antonino de tal modo carecesse de senso que com aquelas palavras significasse a sua convicção de que era senhor da terra inteira, que, nem mesmo dividida ao meio, jamais se submeteu nem a ele nem a nenhum dos seus predecessores.”⁵⁷⁸

E prossegue, na mesma passagem, o Doutor Navarro:

“Conquanto que seja verdade que se todas as cidades da terra e os governantes delas, aos quais interessasse, acordassem em que um só fosse eleito governante, rei ou imperador de todos, seria verdadeiro governante, rei ou imperador aquele a

⁵⁷⁶ SUÁREZ, Francisco. *Defensio Fidei Catholica...*, III, *Principatus Politicus*, Conimbricae, 1613, tradução do latim de André Campos, II, 8, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 340.

⁵⁷⁷ CALAFATE, Pedro. ob. cit. p. 12. Cfr. tb.: p. 221 e ss.

⁵⁷⁸ AZPILCUETA, Martín de. ob. cit., p. 98, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 250.

quem a maior parte escolhesse [...], porque é da mesma natureza e espécie o poder com que os reis reinam e o poder com que a si mesmas se governam as cidades livres.”⁵⁷⁹

Já em solo americano, na recém-fundada Universidade do México, Alonso de Vera Cruz ensinava, seguindo os passos dos escolásticos ibéricos negando o senhorio universal do imperador, que:

“Foi opinião de muitos juristas que o imperador é senhor de todo o mundo; de modo que todas as nações e províncias e todos os reinos estão sob o seu império, de facto ou de direito. Mas segue-se da nossa análise que o imperador não goza de justo domínio sobre outras províncias, se não constar que lhe estão submetidas de direito ou de facto [...]. Conclui-se, portanto, que este Novo Mundo nunca esteve submetido ao Império Romano, nem de facto nem de direito, segundo consta, nem esses infiéis eram hostis aos cristãos, conclui-se, digo, que o imperador não pode licitamente, por autoridade própria, subtrair-lhes as suas terras e pastos e dá-los a outros, contra a vontade dos legítimos donos, razão por que pecaria o imperador, bem como quem possuísse em virtude de tal concessão.”⁵⁸⁰

Sendo assim, se o poder temporal brota da necessidade de reunião em comunidade e é a esta comunidade que compete decidir livremente sobre a transladação desse poder a um ou alguns homens, não há ninguém que, por direito divino positivo ou natural, ou por direito humano positivo (civil ou das gentes), tenha o senhorio universal de todo o *orbe*.

Por essa razão, a criação do homem por Deus como ser livre é a condição que torna possível aos homens reunidos em comunidade decidirem sobre a transferência do poder temporal a um outro indivíduo, senado ou assembléia. Estas formas de transladação do poder podem ser, por exemplo, a sucessão, a aclamação, a eleição, o pacto de vassalagem e o juramento de fidelidade; ou ainda a guerra justa. Na sequência, este poder é instituído em uma das formas de governo de raiz aristotélica, tal qual a monarquia.

Logo, o domínio dos reis Ibéricos sobre os povos do Novo Mundo somente seria idôneo se transferido por um dos meios legítimos acima mencionados, dentre os quais, certamente, não constava o juramento de fidelidade proposto no “Requerimiento” sob o medo e a coação de padecerem os índios requeridos sob

⁵⁷⁹ *Ibidem*.

⁵⁸⁰ VERA CRUZ, Alonso de, *De Iusto bello contra Indos*, (1553-54?), QuaestioII, Secunda Conclusio, tradução do latim de Pedro Calafate, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 210.

uma guerra injusta. Nesta linha de argumentação, Francisco de Vitória expressa que:

“Quando os Espanhóis chegam às Índias dão a entender aos bárbaros que são enviados pelo rei de Espanha para o seu próprio bem e exortam-nos a que o recebamos e aceitemo como senhor; e eles respondem que estão de acordo [...]. Mas esse título não é idóneo. Primeiro, porque é evidente que não deveria intervir medo e ignorância que viciam toda e qualquer eleição, e é isso precisamente o que mais se verifica naquelas eleições [...]. Por outro lado, tendo eles os seus próprios governantes e príncipes, não pode o povo, sem causa razoável, aceitar novos chefes em prejuízo dos anteriores, nem podem os chefes índios eleger novo príncipe sem o consentimento do seu povo.”⁵⁸¹

Esse também era o magistério de Fernão Pérez, na Universidade de Évora, acrescentando que a deposição de um príncipe pagão por seus súditos somente seria válida sob o argumento do repúdio à tirania:

“Não constitui título legítimo de aquisição de domínio o ato de subjugar os Índios por, persuadidos pelos Espanhóis, responderem que lhes apraz serem súditos do rei de Espanha: parece que respondem assim por medo, por a medrosa multidão ver à sua volta homens armados, por serem ignorantes e não saberem o que fazem e talvez nem o que os Espanhóis querem deles. Todavia, se sem ignorância e medo, se fizer escolha de um príncipe cristão, com consentimento do príncipe infiel (se o tiverem), a escolha não é inválida ou ilícita. Se o príncipe infiel discordar, essa eleição só pode ser válida se ele for tirano, pois neste caso a república pode repudiá-lo.”⁵⁸²

Ainda na Universidade de Évora, Pedro Simões compartilhava deste mesmo entendimento ao assumir que a tirania seria um dos únicos títulos legítimos para a deposição dos príncipes pagãos, somando, ademais, outro argumento importante, qual seja, o príncipe pagão não perde sua autoridade e jurisdição mesmo que seus súditos tenham se convertido ao cristianismo:

“Se <o príncipe pagão> não oprimir os cristãos, nem governar a república à maneira de um tirano, mas conforme o fim natural, não poderá ser privado do seu domínio, pelo simples facto de não ser cristão nem administrar a república

⁵⁸¹ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de Indis, Salmanticae*, 1537-38, ob. cit., Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, I, 2, 23, tradução desse passo de Pedro Calafate, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 168.

⁵⁸² PÉREZ, Fernão, *De bello*, ms. 3299 da BNP, Conimbricæ, 1588, ff. 217v-247v, transcrição paleográfica de Filipa Roldão, tradução do latim de António Guimarães Pinto. Sobre o passo selecionado: *op. cit.*, f. 231v, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 268.

conforme o bem espiritual, e uma vez provado o facto de que ele é o legítimo senhor, nem o sumo pontífice nem a Igreja têm jurisdição sobre ele.”⁵⁸³

Atentando-se agora ao que diz a parte final do texto de Pedro Simões acima transcrito, infere-se que, se, por um lado, o poder temporal é transmitido de Deus ao povo por direito natural, por outro lado, é doutrina comum aos escolásticos ibéricos que a autoridade política constituída nos príncipes é de direito humano, decorrente de um dos títulos legítimos de trasladação do poder temporal pelo povo ao soberano, ou de guerra justa nos termos do direito das gentes. Por conseguinte, mesmo se tratando de um príncipe pagão convertido ao cristianismo, ou de um príncipe pagão reinando sobre súditos cristãos, a fé, a graça ou a caridade, que são de direito divino, não influenciam e nem modificam a condição deste príncipe (seja pagão, seja cristão) como legítimo soberano.

Nesse sentido, tratando especificamente do primeiro caso, isto é, da manutenção do poder temporal nas mãos de um rei pagão recém-convertido ao cristianismo, manifesta-se Luis de Molina na cátedra evorense:

“A graça e a fé aperfeiçoam a natureza, mas não a contradizem, por isso, se os homens antes de receberem a fé de Cristo eram reis [...], em virtude do poder conferido pela república, que o possui por Direito Natural, é evidente que ao receberem a fé não perdem de modo algum aquele poder e domínio, ainda que quando pelo seu ingresso na Igreja se submetam ao sumo pontífice.”⁵⁸⁴

Tratando do segundo caso, qual seja, a legitimidade da autoridade de um príncipe pagão sobre súditos cristãos, Francisco Suárez opina, semelhantemente, aduzindo a seguinte argumentação:

“(...) mesmo quando os súbditos de um rei gentio se convertam à fé, não se isentam por esse mesmo facto, nem por força do Direito Divino, da jurisdição temporal do seu príncipe legítimo, pois não podem pela sua própria autoridade privar outrem do seu domínio e do seu direito, nem tão-pouco lhes foi concedido que o fizessem por autoridade de Deus, tendo em vista que não lhes foi isto revelado nem o dita a

⁵⁸³ SIMÕES, Pedro, *Annotationes in materiam de bello*, 1575, ms. da BNP 3858, ff. 301r-320r, transcrição do manuscrito latino de Joana Serafim, tradução do latim de Marina Castanho e Ana Maria Tarrío. Sobre o passo selecionado: *op. cit.*, *quaestio* i, f. 305v, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 288.

⁵⁸⁴ MOLINA, Luís de. *De Justitia et Jure*, Cuencae, 1593, tradução do latim de Gianpaolo Abbate, revisão e seleção de Pedro Calafate. Sobre o passo selecionado: tomo I, liv. I, disp. XXIX, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 282.

razão natural – ao invés, ensinam precisamente o contrário tanto a Escritura como a recta razão.”⁵⁸⁵

E prossegue o mestre granadino:

“Se um rei gentio ocupar um estado cristão por meio de guerra justa, adquire então verdadeiro domínio, e isto também está conforme ao Direito das Gentes derivado do Direito Natural, o qual não é suprimido pela fé. Nem a Igreja, por assim dizer, o impede quando o príncipe infiel é pagão e não é súbdito da mesma Igreja, como agora dizemos. Seria o mesmo, aliás, se acontecesse que um rei infiel obtivesse, por legítimo direito sucessório, um povo cristão submetido antes a um príncipe cristão, pois então também a fé dos súbditos não impede a aquisição do mando, nem tão-pouco depende da vontade daquele povo, mas advém-lhe necessariamente de uma justa instituição anterior.”⁵⁸⁶

Em síntese bastante feliz, afirma Francisco Suáres que em nada se deve diferenciar o poder dos príncipes pagãos em relação aos cristãos, pois ambos possuem a mesma natureza e finalidade:

“O poder dos príncipes cristãos, em si mesmo, não é de maior nem de distinta natureza que o poder dos príncipes pagãos; logo, em si próprio, não tem outra matéria nem outro fim.”⁵⁸⁷

Portanto, a Escola Ibérica da Paz situa a questão da legitimidade dos príncipes das gentes do Novo Mundo na esfera do direito natural e do direito humano, razão pela qual a dominação das coroas hispânicas sobre as gentes do Novo Mundo somente seria legítima se fosse feita, livremente, por uma das formas de trasladação do poder temporal das autoridades indígenas aos reis católicos. Havia também a hipótese de se invocar um título de guerra justa, mas este deveria ser estritamente conforme ao direito das gentes, como será visto na última seção deste capítulo. Em qualquer caso, a fidelidade ou infidelidade do principal indígena não deveria influenciar sobre a legitimidade do poder que exercia sobre seus súditos pagãos ou recém-convertidos à fé cristã, a menos que governasse a maneira de um tirano.

⁵⁸⁵ SUÁREZ, Francisco. *Defensio Fidei* iii, iv, 5, esta passagem não foi publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), porém, foi selecionada por Pedro Calafate no Projeto *Corpus Lusitanorum de Pace, na versão preliminar da referida obra* (p. 80).

⁵⁸⁶ SUÁREZ, Francisco. *Defensio Fidei* iii., 7-8, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 344.

⁵⁸⁷ SUÁREZ, Francisco. *De Legibus*, III, xii, 9, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 342.

6.2.3

As Relações entre o Poder Temporal e o Poder Espiritual nas Disputas sobre as Gentes do Novo Mundo

Na esteira do pensamento democrático Ibérico, se o imperador não era o senhor do mundo, por não receber o poder diretamente de Deus para governar o *orbe* inteiro, nem tampouco o era o papa. As relações entre os poderes temporal e espiritual se estabeleciam em esferas distintas. O poder do Sumo Pontífice era somente o espiritual sobre os cristãos e não sobre os infiéis, ou seja, aqueles que estavam fora do redil da Igreja por não terem recebido o batismo.

Nesse sentido, Diego de Covarrubias y Leiva, destacado jurista e canonista, era incisivo ao negar o senhorio universal pleno do Sumo Pontífice, nos termos da sempre citada Carta de São Paulo aos Coríntios:

“Relativamente aos que ainda não aceitaram a fé católica pela via do batismo, o sumo pontífice apenas tem o direito de lhes anunciar a lei evangélica, mas de modo algum possui jurisdição espiritual ou temporal sobre eles, a não ser na medida em que seja necessária para que não façam injúria à religião cristã, pois como diz S. Paulo, “*não nos compete julgar os que estão de fora*” (1 Cor, 5). O sumo pontífice não pode comunicar ao imperador um poder que não possui, principalmente não sendo conclusão segura que o papa tenha, em hábito ou em acto, poder temporal distinto do espiritual”.⁵⁸⁸

Se era admitido algum poder temporal ao papa, este poder era indireto, reconhecido apenas naquilo que fosse necessário para administrar as coisas espirituais. Dentre as potestades temporais outorgadas por Cristo ao papa em ordem ao fim sobrenatural e para a administração das coisas espirituais, Francisco de Vitória elenca a invalidação das leis civis que fomentam o pecado, a arbitragem papal nos conflitos entre os reis cristãos que levariam a uma guerra e a deposição de reis cristãos em certas ocasiões.⁵⁸⁹ Ademais, os autores ibéricos elencavam, como mais uma destas potestades temporais indiretas do papa, a concessão constante da bula alexandrina em ordem ao fim espiritual da pregação do Evangelho (o *jus praedicandi*) aos povos do Novo Mundo.

⁵⁸⁸ COVARRUBIAS Y LEIVA, Diego de *Relectio In Regulam Peccatum*, parágrafo 9, *Omnium Operum*, Salmanticae, 1577. vol. II, in: *Textos Jurídico-Políticos*, seleção e prólogo de M. Fraga Iribarne, tradução Atilano Seco, tradução para o português de Pedro Calafate, Instituto de Estudios Políticos, : Madrid, 1957, p. 66, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 192.

⁵⁸⁹ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de Indis, o Libertad de los Índios*. Madrid: CSIC, 1967. p. 80. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*. v. V. p. 50.

Nesse sentido, invocando a autoridade do Apóstolo, Melchor Cano, que foi sucessor de Francisco de Vitória na cátedra de Prima de Teologia na Universidade de Salamanca, ensinava que, ressalvado o *jus praedicandi*, o papa não tem poder temporal ou espiritual sobre aqueles que estão fora da Igreja, isto é, sobre os gentios do Novo Mundo:

“É evidente, pois apenas tem poder temporal no que diz respeito ao espiritual. Mas não tem poder espiritual sobre os Índios, segundo diz o Apóstolo: ‘*Como posso julgar os que estão de fora*’ (I Cor 5-12). Os de dentro julgais vós, os de fora o Senhor os julgará.”⁵⁹⁰

Luis de Molina, na Universidade de Évora, trilhava o mesmo pensamento, afirmando:

“Nem o imperador é senhor do mundo, nem o sumo pontífice; e ainda que o papa tenha pleníssimo poder sobre os membros da Igreja, inclusive no temporal quando tal seja necessário ao fim sobrenatural, carece em absoluto de poder sobre os infiéis que ainda não entraram no grémio da Igreja. Portanto, é evidente que pelo facto de algumas nações não obedecerem ao Sacro Império, ou pelo facto de serem infiéis e se negarem a abraçar a fé, não há justa causa para que o imperador ou o papa lhes declarem guerra ou os obriguem a entrar no grémio da Igreja.”⁵⁹¹

Nas disputas sobre os problemas das Índias Ocidentais, esta questão se agiganta ainda mais, pois, como visto anteriormente, os partidários da doutrina teocrática fundamentavam a conquista dos territórios indígenas sob o argumento da doação pontifícia aos reis católicos para que estes procedessem a guerra justa contra os infiéis que não quisessem submeter-se ao senhorio universal do Papa e nem prestar vassalagem aos reis católicos. Então quando os argumentos dos partidários da doutrina teocrática são confrontados com as teses democráticas, resta claro porque os primeiros são amplamente favoráveis à conquista sob o texto do Requerimento e os outros, se apresentam como a visão antagônica.

Como exemplo desse confronto direto na trincheira contra a tradição teocrática, tem-se o texto de Martin de Azpilcueta, em que rebate a idéia até então em voga segundo a qual o papa era *dominus orbis* tanto no temporal quanto no

⁵⁹⁰ CANO, Melchor. *De dominio indorum*, ms da Biblioteca Vaticana, Vat. Lat. 46-48, ff. 28-40. Transcrição do manuscrito latino publicada in *Corpus Hispanorum de Pace*, vol. IX, dir. Luciano Pereña, pp. 555-581, tradução do latim de Marina Costa Castanho e Pedro Calafate. Sobre o passo selecionado: p. 573.

⁵⁹¹ MOLINA, Luís de. *De Justitia et Jure*, ob. cit., tomo i, livro iii, disp. Cv, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 284.

espiritual, porque em poder da Igreja encontram-se as *duas espadas* (a espiritual e a temporal), conforme a doutrina consagrada por Álvaro Pais – o Bispo de Silves, na esteira de Enrique de Segúcio - o Cardial Hostiense e da Extravagante *Unam Sanctam* de Bonifácio VIII, escrita em 1302:

“Erra Álvaro Pais, pois ampliando o poder papal, diz que os idólatras e pagãos jamais tiveram jurisdição alguma e, por isso, todos os seus reinos pertencem à Igreja cristã e, por consequência, ao papa, que se encontra à frente da mesma. Este erro foi a causa de que, na nossa época, muitos povos do Novo Mundo tivessem sido despojados dos seus domínios.

Esta conclusão parece perigosa, em primeiro lugar, porque não se prova por nenhum direito. Em segundo lugar, porque dela e dos seus fundamentos se infere que pelo pecado mortal se perde, pelo próprio direito, a soberania [...]. Todavia, pelo menos, o domínio natural das coisas e o civil conservam-se em poder dos infieis, pagãos e idólatras [...], e não pesa em sentido contrário o que se lê no Hostiense que defende que todos os direitos e juntamente a soberania dos reinos foram transferidos para Cristo já desde o momento da sua concepção ou nascimento, e que Ele os confiou ao seu vigário Pedro [...], porque Cristo foi Senhor de todos os reinos do mundo de maneira tal que todavia a ninguém arrancou aquilo que anteriormente lhe pertencera.”⁵⁹²

Os textos a seguir transcritos de Serafim de Freitas são bastante elucidativos a esse respeito, indicando como a Escola Ibérica da Paz, em termos gerais, interpretava a citada doação papal:

“O pontífice romano, vigário de Cristo e sucessor de Pedro, não tem *directamente*, poder civil ou temporal sobre todo o mundo [...]. O pontífice romano, *como tal*, não é senhor do mar oceano, e mesmo que fosse, não podia conceder aos reis da Hispânia, nem as ilhas nem as terras das Índias [...]. Não é verdadeira a opinião que concede ao pontífice o poder dos dois gládios.”⁵⁹³

E prossegue Serafim de Freitas:

“Visto então que, como provámos, o sumo pontífice não detém esse dito poder *directamente* em todo o mundo, donde se segue que também não o tenha nas Índias, não estava em seu poder concedê-las como um feudo, na medida em que, segundo os feudistas, para isso ser possível é necessário um domínio *directo* <sobre as terras em questão>. Por isso não pode ser tida por bárbara a resposta que o bárbaro Atabaliba, rei do Império Peruano, deu ao dominicano Frei Vincente de Valverde, quando ao primeiro encontro este último o ameaçou de que haveria de perecer a ferro e fogo caso não se desse como tributário ao rei de Espanha, que tinha obtido

⁵⁹² AZPILCUETA, Martín de, *Relectio C. Nouit de iudiciis*, ob. cit. ps. 51-53, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 246.

⁵⁹³ FREITAS, Serafim de. *De Justo Imperio Lusitanorum Asiatico*, Vallisoleti, 1625b XII,1 / XII,4 / XII,7, excertos traduzidos do latim por M. Sena Monteiro e Pedro Calafate, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 228.

essa concessão do papa. A isto respondeu Atabaliba que não desejava reconhecer como seu superior alguém de quem nunca ouvira falar, e muito menos obedecer a esse papa que dava aos outros aquilo que não lhe pertencia.”⁵⁹⁴

Já na trincheira contra os regalistas, são particularmente interessantes os textos a seguir transcritos, o primeiro, ainda de Serafim de Freitas, e o segundo de Francisco Suárez, pois neles se percebe a interseção entre a questão indígena desencadeada pela chegada dos reis ibéricos no Novo Mundo e a polêmica da Liberdade dos Mares⁵⁹⁵, reivindicada a partir do final do século XVI pelas nações que abraçaram a Reforma, as quais não conferiam mais a mesma legitimidade de antes ao que dispunham as bulas papais em matéria de domínio sobre territórios e mares recém-descobertos.

Nessa polêmica, Serafim de Freitas se posiciona aduzindo que:

“No entanto, competindo ao supremo hierarca da Igreja o direito e a obrigação de enviar missionários para as regiões dos infiéis, e devendo as missões para os índios transportar-se em navios, e carecendo para isso de dinheiro, homens e armas, o que não pode de modo algum sustentar-se sem comércio e lucros dele resultantes, como meios para aquele fim sobrenatural, isto é, o de conseguir a conversão dos infiéis [...], claramente se vê que foi lícito ao sumo pontífice conceder somente aos legados por si escolhidos o direito de navegação e comércio, proibindo-o aos demais, para que não perturbassem e impedissem esta conversão e os meios a ela conducentes [...]. Daqui resulta que o rei de Portugal, se não enviar aos infiéis pregadores e ministros do Evangelho, não pode proibir às outras nações cristãs o comércio com eles [...]. É esta só a razão suficiente por que se acha interdito às outras nações esse direito, aliás comum a todas, nos termos do direito das gentes.”⁵⁹⁶

Por sua vez, Francisco Suárez argumenta que:

⁵⁹⁴ *Ibidem*, XII,5.

⁵⁹⁵ Para um estudo aprofundado do tema da disputa *sobremare liberum vs. mare clausum*, a partir do final do século XVI, conferir a introdução de Marcelo Caetano à obra de Serafim de Freitas: FREITAS, Serafim de. *Do Justo Império Lusitano Asiático*. Tradução de Miguel Pinto de Menezes. Lisboa: INIC, 1981. V. 1. Segundo indica Marcelo Caetano, esta polêmica nasce do fato do apresamento da nau lusitana Santa Catarina, com uma carga valiosíssima, em 25 de fevereiro de 1603, no caminho de Macau para Goa, pelo almirante holandês Heemskerck, e deste incidente, o parecer encomendado pela Companhia das Índias a Hugo Grotius foi dado em 1605 (*De Jure Praedae*), parte do qual resultou na obra *Mare Liberum* de 1608, publicada inicialmente sem seu nome. Somente em 1625 a resposta do português Serafim de Freitas pôde ser publicada. O interessante é notar como Hugo Grotius utilizou os argumentos da própria tradição salmantina, achados em Francisco de Vitória e Vasquez de Menchaca, para justificar a liberdade dos mares contra a posição dos reis ibéricos e como se celebrou o holandês Hugo Grotius a partir de um parecer laico para acalmar a dúvida de consciência daqueles que na verdade participaram e usufruíram de um apresamento de duvidosa legalidade.

⁵⁹⁶ FREITAS, Serafim de. *Idem*, VII, 8-9, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 232.

“O papa detém o direito de enviar pregadores onde quer que for [...]. A partir daí segue-se que o pontífice romano pode conceder esse direito a algum rei ou a um príncipe cristão, e depois de o ter concedido nenhum outro príncipe pode intrometer-se justamente na questão. Ambas as conclusões constam do costume da Igreja. Assim fez Alexandre VI com os reis de Espanha e de Portugal. O motivo pelo qual o fez é claro: traz muita utilidade à regência da Igreja e à paz e porque o pontífice pode proibir e delegar o seu direito a quem lhe aprover.”⁵⁹⁷

Portanto, a doutrina democrática era intransigente na contestação da conquista das Índias sob o fundamento da bula alexandrina e do “Requerimiento”: Se o papa não era senhor do mundo no temporal e no espiritual, consoante entendiam os autores peninsulares, três consequências imediatas eram deduzidas, a saber: Primeiramente, o poder espiritual do papa restringia-se aos cristãos, nenhum poder detendo sobre os infiéis do Novo Mundo; em segundo lugar, o poder do papa sobre os assuntos temporais relativos à pregação universal era indireto e exercia-se apenas sobre os cristãos e sobre os já batizados: para evangelizar os povos gentios e pagãos poderia preferir, aos demais príncipes cristãos, os reis ibéricos, em ordem à execução desta missão espiritual, ou seja, tratava-se de um poder indireto sobre as coisas temporais, sobretudo no que se refere ao monopólio do comércio, que se exercia sob os príncipes cristãos, em virtude da obediência que estes deviam à autoridade espiritual do papa; em terceiro lugar, portanto, a infidelidade não poderia ser título legítimo para a guerra justa, escravidão e desrespeito pelas soberanias indígenas, como será examinado nas seções a seguir.⁵⁹⁸

6.3

O Domínio dos Povos do Novo Mundo segundo a Concepção da Doutrina Democrática Ibérica

Nesse passo, é necessário esclarecer de antemão, que os autores da Escola Ibérica da Paz utilizavam a palavra *domínio* em diferentes acepções ético-jurídicas, legadas por São Tomás de Aquino. Assim, o domínio pode ser exercido por um homem sobre outro homem, ou por um homem sobre as coisas exteriores. No primeiro caso, a palavra *domínio* pode ser utilizada no sentido de *poder*

⁵⁹⁷ SUÁREZ, Francisco. *De mediis quibus infideles possint licite ab hominibus ad fidem adducit*, Roma, Universidade Gregoriana, ms. 452, ff. 365-370, tradução do latim de Miguel Sena Monteiro. Sobre o passo citado: quaestio 4ª, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 344.

⁵⁹⁸ CALAFATE, Pedro. Ob. cit. p. 193.

político, governo civil, jurisdição ou *autoridade* exercidos por um homem sobre outro homem livre. Ainda no primeiro caso, a palavra domínio pode estar relacionada com a *servidão* ou *escravidão* de um homem sobre outro servo ou cativo. No segundo caso, o domínio pode ser empregado no sentido de *propriedade privada* exercida pelo homem sobre as coisas.⁵⁹⁹

Para que se possa compreender sem ambigüidades e anacronismos as teses defendidas pelos autores da Escola Ibérica da Paz sobre o domínio dos povos do novo mundo, é essencial tomar em conta o que diz Barcia Trelles, segundo o qual o paganismo e o cristianismo aceitavam como indiscutível a pré-existência de duas épocas fundamentais na história do mundo, Para tradição patrística, perfilada por Santo Tomás de Aquino⁶⁰⁰, na idade da inocência (ou idade de ouro para a filosofia pagã) os homens eram livres e as coisas eram comuns a todos. Em seguida, após a queda de Adão expulso do Paraíso em razão do pecado original, inicia-se a idade do pecado (ou idade do ferro para a filosofia pagã), na qual são introduzidas as instituições da escravidão e da propriedade privada. Esta concepção dúplice, ainda de acordo com Trelles, exerceu grande influência sobre o conceito prático do que seria o direito natural e o direito das gentes, pois enquanto o direito natural era identificado com a idade da inocência, o direito das gentes teria sido introduzido pelos homens na idade do pecado, modificando o conteúdo do direito natural.⁶⁰¹

Assim, não é de se espantar que muitas das respostas formuladas pelos escolásticos ibéricos quanto às dúvidas sobre a legitimidade do domínio das gentes do Novo Mundo, fundadas na aplicação do direito natural e do direito das gentes, partam desse pressuposto filosófico. Por conseguinte, é necessário

⁵⁹⁹ Para um estudo aprofundado destas diversas acepções da palavra *domínio*, inclusive em sentido metafísico, considerando o homem como senhor de suas obras, conferir o estudo de Jaime Brufau Prats intitulado “La Noción Analógica del *Dominium* em Santo Tomás, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto”, in: PRATS, Jaime Brufau. *La Escuela de Salamanca ante al Descubrimiento del Nuevo Mundo*. Salamanca: San Esteban, 1989. p. 11-47. Conferir também na *Suma Teológica*, dentre outras questões fundamentais, o artigo 4 da questão 96 da Primeira Parte e as questões 62 e 66 da Segunda Seção da Segunda Parte (tomos 2 e 6 na edição Loyola já citada como referência).

⁶⁰⁰ Ressalve-se que o estado de inocência a que se refere S. Tomás de Aquino não deve ser interpretado como uma realidade histórica, mas apenas como uma tese lógica para se compreender a sociedade humana sem o pecado. Conferir o tratado do Homem, na segunda parte do tratado sobre a Criação, nas questões 75 e seguintes da Parte I da *Suma Teológica*. (tomo. 2 na edição Loyola)

⁶⁰¹ Barcia Trelles, Camilo. Francisco Suarez (1548-1617) : (les théologiens espagnols du XVIIe siècle et l'école moderne du droit international). In : Recueil des cours, Volume 43 (1933-I), ps. 424-425.

compreender que, para Santo Tomás de Aquino, o domínio de um homem livre por outro homem somente é aceito quando o dirige para o próprio bem daquele que é dirigido ou para o bem comum. Esta forma de domínio, presente no estado de inocência, é de direito natural e está relacionada com a condição do homem como ser social e materialmente desigual. Ainda de acordo com São Tomás, no estado de inocência, os homens viviam socialmente, porque, como visto, é da natureza do homem constituir-se em comunidade e, assim, era necessário que algum homem os presidisse, preferencialmente aquele que tivesse mais ciência e mais justiça. Mas a dita presidência deveria ser exercida na utilidade dos outros e do bem comum, não pela simples ambição do poder e do mando.⁶⁰²

Dessa doutrina decorrerão várias conclusões cruciais para responder à dúvida indiana: A primeira é que os governantes das gentes do Novo Mundo eram legítimos, podendo ser destituídos deste governo apenas por uma das formas de trasladação livre do poder, por guerra justa, ou pela tirania do governante contra seus súditos, como examinado na seção precedente. A segunda é que a escravidão dos povos gentios era incompatível com os títulos que a legitimavam naquela época, por sujeitar povos anteriormente livres e pacíficos, sem justa causa e sem visar o benefício destes povos escravizados. Em terceiro lugar, a doutrina sobre a propriedade, colhida em São Tomás de Aquino, afirma que no estado de inocência todas as coisas eram comuns e a posse dos bens era de direito natural. Porém, seguiu-se que a divisão e apropriação dos bens foi introduzida pelo direito das gentes e, desde então, a propriedade privada se legitimaria apenas com a destinação comum das coisas em proveito de todos e da partilha com os necessitados. Dessas considerações resulta uma quarta importante conclusão geral para o problema das Índias: se alguém causa dano ao direito de domínio do próximo, seu legítimo senhor ou proprietário, comete furto ou rapina e está obrigado a restituir.⁶⁰³

⁶⁰² Atenção ao emprego da palavra *desigualdade*, que de forma alguma deve ser interpretada no sentido formal do jusnaturalismo iluminista e nem de inferioridade e superioridade entre os homens, pois é pressuposto basilar da antropologia cristã que todos os homens foram criados à imagem e semelhança de Deus, dotados de almas racionais capazes de exercer o livre arbítrio. A desigualdade a que se refere São Tomás, no estado de inocência, é aquela que hoje se designa como desigualdade real ou material, como por exemplo a diferença entre os sexos, idade, inclinação da alma e compleição física. A este respeito, conferir os artigos 3 e 4 da questão 96 da Primeira Parte da *Suma Teológica*.

⁶⁰³ Nesse sentido, conferir, principalmente, os artigos 1, 2, 7 e 8 da questão 66, na Segunda Seção da Segunda Parte da *Suma Teológica*.

É com base nestas acepções de *domínio*, bem como nessas indicações iniciais da doutrina tomista, que se seguirá o roteiro de exposição da presente seção, tratando, primeiramente, da argumentação em defesa do *dominium jurisdictionis vel auctoritatis* e do *dominium proprietatis* dos índios e, em seguida, das causas de escravidão (civil ou natural) infligidas aos povos do Novo Mundo.

6.3.1

A Escola Ibérica da Paz ante as Teses Opostas ao Domínio dos Povos do Novo Mundo

Nesta subseção cuidarei dos problemas mais diretamente ligados a legitimidade do *dominium proprietatis* dos povos do Novo Mundo sobre seus bens, profundamente relacionada com a do *dominium jurisdictionis vel auctoritatis* cujo estudo foi já em parte desenvolvido na seção anterior. Destacarei, inicialmente, os textos nos quais os autores da Escola Ibérica da Paz refutaram as teses contrárias ao reconhecimento do domínio dos índios por considerá-los como pecadores, infiéis ou amentes. Deixarei a questão da perda do domínio pelas causas de escravidão civil ou natural para a subseção seguinte.

6.3.1.1

O Pecado e a Infidelidade não Afastam o Domínio

Para Escola Ibérica da Paz tanto a discussão sobre o *dominium jurisdictionis vel auctoritatis* dos povos ameríndios, como visto acima, quanto aquela sobre o *dominium proprietatis* eram desenvolvidas na esfera do direito natural e do direito humano (civil ou das gentes), sem subordinar a aquisição ou perda do domínio ao estado de graça ou à caridade, isto é, a titularidade do domínio, em ambas acepções, não dependiam da condição de infidelidade e nem do estado de pecado mortal em que se encontravam os homens.

Nessas disputas acirradas, para justificar a perda da titularidade do domínio dos índios do Novo Mundo, costumava-se apontar sua condição de infiéis ou pecadores. Em contraposição, os escolásticos ibéricos aludiam ao que foi ditado no Concílio de Constança (1414-1418) contra as teses defendidas pelo teólogo inglês pré-reformador John Wyclife, que pregava, no século XIV, o retorno da Igreja as suas origens de pobreza apostólica, as quais foram repercutidas por Jan

Huss no século XV e, que de certa forma, encontravam afinidades com o movimento iniciado por Pedro Valdo e seus discípulos no século XII. Outra tese do século XIV que era ainda enfrentada pelos escolásticos ibéricos no século XVI era a do Armacano, Ricardo Fitz-Ralph, arcebispo de Armagh, segundo o qual nem os infiéis, nem aqueles que estavam em pecado mortal possuíam domínio justo sobre as coisas temporais.

Após analisar tais argumentações, Francisco de Vitória posiciona-se firmemente contrário a todas elas, refutando, em primeiro lugar, que o título de domínio é o estado de graça e, portanto, não compactuava com a idéia de que aqueles que se encontravam em pecado mortal não possuíam domínio sobre coisa alguma, já que, para Vitória, o domínio deveria ser analisado no plano do direito natural e do direito humano, dizendo conclusivamente que:

“Em resumo, tudo isto é heresia manifesta. Do mesmo modo que faz Deus *sair o sol sobre os bons e sobre os maus, e chover para os justos e para os pecadores*, deu também bens temporais aos bons e aos maus.” (destaques no texto em espanhol – tradução livre)⁶⁰⁴

Em segundo lugar, Francisco de Vitória refuta também a idéia de que a infidelidade, por si só, seria causa legítima para a perda do domínio, ponderando que:

“A fé não suprime o direito natural nem o humano. Pois bem, o domínio é ou de direito natural ou de direito humano. Logo, não se perde o domínio por falta de fé. E para terminar direi que este é um erro tão manifesto quanto o anterior, e que é heresia. E disso resulta que não é lícito despojar das coisas, que possuem, os sarracenos, os judeus ou os demais infiéis pelo único fato de não serem cristãos; e fazê-lo é furto ou rapina, o mesmo que se fosse feito com os cristãos.”⁶⁰⁵ (tradução livre)

Com fundamento nessas mesmas premissas, escreve Domingo de Soto semelhantemente a Francisco de Vitória, enfatizando que a divisão das coisas, ditada pela razão natural, não depende da caridade e é conveniente à paz social:

“Deus, efectivamente, faz com que o Sol irradie a luz tanto para os bons como para os maus e envia a chuva para os justos e para os injustos; portanto, por maior que seja o estado de caridade em que alguém se encontre, não adquire por isso nenhum

⁶⁰⁴ VITÓRIA, Francisco de. *Relección De Indis, o libertad de los indios*. Ob. cit. p. 19.

⁶⁰⁵ VITÓRIA, Francisco de. *Relección De Indis, o libertad de los indios*. Ob. cit. p. 20.

direito novo sobre as coisas [...]. Porque se o título de caridade autorizasse alguém a apoderar-se das coisas alheias, poria estorvos à paz e ao bem-estar da sociedade.”⁶⁰⁶

Nesse diapasão, quanto à doutrina sotiana que negava o domínio do Imperador sobre as terras de infiéis, e particularmente, sobre as terras dos habitantes das Índias Ocidentais, compartilhada pelos demais escolásticos ibéricos, Jaime Brufau Prats sintetiza que “a infidelidade não faz perder a propriedade dos bens, nem a titularidade do poder político”, porque de acordo com a doutrina tomista, “a distinção entre fiéis e infiéis é de direito divino e, por conseguinte, ao não destruir a graça o que é conforme à razão natural, nos infiéis se preservam válidos e firmes a propriedade privada e a potestade civil”.⁶⁰⁷

6.3.1.2

A Alma Racional dos Índios e sua Capacidade de Domínio

Outra linha de argumentação que precisava ser combatida pelos autores da Escola Ibérica da Paz em prol do reconhecimento da legitimidade do domínio dos povos indígenas era a negativa da *humanidade* e, por conseguinte, da *racionalidade* dos índios. Esta questão se situa nas três respostas possíveis que na época poderiam ser dadas às três simples perguntas lançadas pelo frei Antonio de Montesinos no histórico sermão do quarto domingo do Advento de 1511: “Eles não são homens? Não têm almas racionais? Não sois obrigados a amá-los como a vós mesmos?”⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ SOTO, Domingo de. *De Justitia et Jure*, Salmanticae, 1556, lib. IV, q. II, tradução do latim de M. Sena Monteiro, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 184.

⁶⁰⁷ Conferir o artigo Domingo de Soto y su Relección “De Dominio” in: PRATS, Jaime Brufau. ob. cit. p. 96.

⁶⁰⁸ Veja-se *supra* nota 454. Nesse sentido, conferir o artigo de Patricia Seed que discute as três posições face a questão da alma racional dos índios, que citarei logo a seguir, porém, o faz à luz da capacidade de conversão dos índios ao cristianismo e, portanto, da viabilidade de cumprimento do determinado na bula alexandrina de doação do Novo Mundo aos reis da Espanha. Para meu estudo nesta subseção a utilização destas posições é bastante útil e esclarecedora, porém, a discussão central aqui desenvolvida é a capacidade de domínio dos povos do Novo Mundo e não a possibilidade de conversão de suas almas ao cristianismo. Entendo que a evangelização era um mandato importante para os autores da Escola Ibérica da Paz, como será visto na subseção 6.4, porém, a discussão da racionalidade das almas indígenas era mais ampla, já que era um pressuposto tanto para o desenvolvimento dos planos natural e sobrenatural da vida humana. Cfr. SEED, Patrícia. “Are These not also Men?”: The Indians humanity and capacity for spanish civilization. In: *Journal of Latin America Studies*. V. 25, n. 3, p. 639, outubro de 1993.

As posturas possíveis perante essas perguntas eram bem definidas: a) ou os índios eram homens dotados de almas racionais e plenamente capazes de direito; b) ou, embora homens, eram incapazes de se autodirigir por serem amentes⁶⁰⁹; c) ou eram equiparados aos brutos animais⁶¹⁰ desprovidos de razão e humanidade.

A postura da Escola Ibérica da Paz, em qualquer das suas gerações de catedráticos ou missionários, e em qualquer das latitudes geográficas em que escreveram os seus autores, era a da defesa da alma racional dos índios e, talvez, essa opção não pudesse ter sido diferente porque na base dessa doutrina estava a aplicação aos índios de uma série de postulados da antropologia cristã, sustentadas por São Tomás de Aquino e, conseqüentemente, seguidas pelos autores em causa.

A pedra angular desse entendimento está na criação do homem à imagem e semelhança de Deus, para dominar sobre os animais. Ensina Cordero Pando, à luz da doutrina tomista, que a condição de imagem de Deus, que define ao homem como ser racional, faz com que ele seja dono de suas obras, na medida em que dispõe de livre arbítrio.⁶¹¹ Ademais, como decorrência do anterior, se os índios eram homens, também eram *próximos* em relação aos cristãos, como consta do belo *Diálogo sobre a Conversão do Gentio*, escrito por Manoel da Nóbrega em meio à aspereza do cenário atlântico brasileiro de meados do século XVI:

“Gonçalo Álvares
Dizei-me, Irmão Nogueira, esta gente são próximos?”

Mateus Nogueira
Parece-me que sim.

Gonçalo Álvares
Por que razão?

⁶⁰⁹ Diz Santo Isidoro de Sevilha em suas *Etimologias* (XI): “(...) Mas a alma está referida à vida, enquanto que o ânimo o está à inteligência. Daí que os filósofos digam que a vida pode seguir existindo mesmo que falte o ‘ânimo’; e que a ‘alma’ subsiste mesmo carecendo de inteligência. Daí a palavra *amentes* (sem mente). E é que a inteligência tem como função o saber; e o ânimo, o querer.” (Tradução do espanhol para o português da autora a partir do texto latino traduzido por José Oroz Reta e Manuel A. Marcos Casquero em: SEVILLA, Isidoro de. *Etimologias*. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, Pontificia Universidade Católica de Salamanca, 1993. p. 15)

⁶¹⁰ Diz Santo Isidoro de Sevilha em suas *Etimologias* (X) sobre a palavra “bruto”: “*Bruto*, como se disséssimos *abrutus* (*enterrado*), porque está privado de sentido. É, portanto, o que carece de razão e de prudência.” (Tradução do espanhol para o português da autora a partir do texto latino traduzido por José Oroz Reta e Manuel A. Marcos Casquero em: SEVILLA, Isidoro de. *Etimologias*. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, Pontificia Universidade Católica de Salamanca, 1993. p. 807)

⁶¹¹ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio De Potestate Civili*: estudos sobre su filosofia política. Edição crítica por Jesús Cordero Pando. Madrid: CSIC, 2008. p. 325. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*, v. 15.

Mateus Nogueira

Porque nunca me acho senão com eles, e com seus machados e foices.

Gonçalo Álvares

E por isso lhes chamais próximos?

Mateus Nogueira

Sim. Porque próximos, chegados quer dizer, e eles sempre se chegam a mim, que lhes faça o que não lhes mister; e eu como a próximos lhes faço, cuidando que cumpro o preceito de amar ao próximo como a mim mesmo, pois lhes faço o que eu queria que me fizessem, se eu tivesse semelhante necessidade.

Gonçalo Álvares

Pois a pessoas mui avisadas ouvi eu dizer que estes não eram próximos, e porfiam-no muito, nem têm para si que estes são homens como nós.

Mateus Nogueira

Bem! Se eles não são homens, não serão próximos, porque só os homens, e todos, maus e bons, são próximos. Todo o homem é <de> uma mesma natureza, e todo pode conhecer a Deus e salvar sua alma e este ouvi eu dizer que era próximo. Prova-se no Evangelho do Samaritano, onde diz Cristo N. S. que aquele é próximo que usa de misericórdia.”⁶¹²

E prossegue Manoel da Nóbrega no mesmo diálogo:

“Gonçalo Álvares

Estes têm alma como nós?

Mateus Nogueira

Isto está claro, pois a alma tem três potências, entendimento, memória, vontade, que todos têm. Eu cuidei que vós éreis mestre já em Israel e vós não sabeis isso. Bem parece que as teologias, que me dizeis arriba, eram postizas do P. Brás Lourenço, e não vossas. Quero-vos dar um desengano, meu Irmão Gonçalo Álvares: que tão ruim entendimento tendes vós para entender o que vos queria dizer, como este gentio para entender as coisas de nossa fé.”⁶¹³

É importante destacar que, quanto maior o contato com os povos ameríndios, maior era a certeza e firmeza com que os escolásticos ibéricos defendiam a plena capacidade dos índios como seres humanos dotados de almas racionais. De Francisco de Vitória em Salamanca a, por exemplo, Bartolomeu de las Casas, Alonso de Vera Cruz e Juan Zapata y Sandoval, no México, Perú e América Central, ou Manoel da Nóbrega na costa atlântica brasileira, a doutrina ibérica ia se sedimentando no sentido da defesa da humanidade dos gentios do Novo Mundo, cada vez mais sem margens para acusar estes autores de vacilações.

⁶¹² NÓBREGA, Manuel da. *Diálogo sobre a Conversão do Gentio*. Manaus: Valer, 2010. ps. 18-20, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 368.

⁶¹³ Idem. p. 29.

Os índios, portanto, não eram amentes e, sim, plenamente capazes, não somente para receber a fé cristã, mas também de ser legítimos donos, pública e privadamente, ou seja, deter o domínio de jurisdição e de propriedade, nas mesmas condições que os cristãos.

Assim, Francisco de Vitória, ao discorrer, na primeira parte da *Relectio* sobre os Índios, a respeito do terceiro fundamento que levariam à conclusão de que aqueles *bárbaros* eram verdadeiros donos e senhores antes da chegada dos espanhóis, afirma, enfaticamente, refutando a tese de que os índios eram amentes:

“(...) porque em realidade não são idiotas, senão que têm, a seu modo, uso de razão. É evidente que têm certa ordem nas suas coisas; que têm cidades devidamente regidas, matrimônios bem definidos, magistrados, senhores, leis, professores, indústrias; comércio; tudo isto requer o uso de razão. Além do mais, têm também uma forma de religião e não erram tampouco nas coisas que são evidentes a outros, o que é um indício de uso de razão. Deus e a natureza não lhes abandonam no que é indispensável para a espécie; e o principal no homem é a razão, e é inútil a potência que não se reduz ao ato. (...)”⁶¹⁴ (Tradução livre).

Mais adiante, na mesma passagem, Francisco de Vitória prossegue:

“(...) Pelo que creio que o fato de que nos pareçam tão idiotas e bruscos provém na sua maior parte de sua má e bárbara educação, pois também entre nós vemos que muitos homens do campo bem pouco se diferenciam dos brutos animais.”⁶¹⁵ (Tradução livre)

Em defesa da racionalidade e humanidade dos povos gentílicos do Novo Mundo, mais incisivo ainda é o testemunho de Alonso de Vera Cruz, que afirma:

“Os habitantes deste Novo Mundo não só não são crianças ou amentes, mas são, a seu modo, bem dotados, e ao menos alguns deles, a seu modo, muito bem dotados. Isto é evidente: antes da chegada dos Espanhóis, como acabamos de constatar com os nossos olhos, havia entre eles autoridades, governos e ordenanças sumamente apropriados, e tinham comunidade política e regime não só monárquico, mas também aristocrático; e entre eles existiam leis e castigavam os malfeitores, assim como premiavam os beneméritos da república [...]. Segue-se que aqueles, quem quer que sejam, que os consideram indignos do domínio ou do reino ou de outras esferas em que eram verdadeiros donos, alegam um título injusto.”⁶¹⁶

⁶¹⁴ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de Indis*, ob. cit. ps. 29-30.

⁶¹⁵ *Ibidem*.

⁶¹⁶ VERA CRUZ, Alonso de. ob. cit. Quaestio V, Septima Conclusio, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 214.

Todavia, ao chegar na terceira parte da *Relectio De Indis*, Francisco de Vitória suscita um possível oitavo título legítimo da ocupação das terras dos índios pelos espanhóis que pode parecer, em uma primeira leitura, contraditório ao afirmado nas linhas acima transcritas, porém, o tom de dúvida com que introduz este título e a fidelidade a doutrina tomista com que conclui o seu raciocínio, não devem deixar margens para que se suspeite da posição defendida pelo mestre teólogo:

Inicia Vitória dizendo:

“Há outro título que não poderia se afirmar com certeza, mas sim discutir-se e que parece legítimo para alguns. Eu não me atrevo a dá-lo por bom e nem condená-lo em absoluto. O título é este: Esses bárbaros, apesar de, como se disse, não serem de todo incapazes, sem embargo, pouco distam dos retardados mentais que parecem não ser idôneos para constituir e administrar uma república legítima dentro de limites humanos e políticos. (...). Poderia então dizer-se que para utilidade de todos eles podem os reis da Espanha encarregar-se da administração e governo daqueles bárbaros, nomear-lhes ministros e governadores para seus povos, e mesmo dar-lhes novos príncipes enquanto constasse que era coerente para seu bem-estar”⁶¹⁷

Vitória acrescenta que seria muito fácil se convencer de tudo isso, porque, se os índios fossem todos incapazes, essas medidas não só seriam lícitas e convenientes, como também os reis estaria obrigados a fazê-las até mesmo em nome do preceito da caridade, “posto que eles são nossos próximos e estamos obrigados a procurar seu bem”, mas “com a condição de que se faça, para o bem e utilidade dos mesmos e não como pretexto do lucro dos espanhóis.”⁶¹⁸

Portanto, ainda que fosse válido este oitavo título, ele estava condicionado à busca do bem do próximo e não a sua exploração. Por isso é um erro teórico crasso posicionar a doutrina de Francisco de Vitória (e dos demais escolásticos, por consequência), como fundamento para o colonialismo de base racista do século XIX, seguido, sob outras vestes, dos sistemas de mandato e tutela que vigoraram no século XX na Sociedade das Nações e na Organização das Nações Unidas, respectivamente. A suposta inferioridade civilizacional jamais foi um argumento válido para a Escola Ibérica da Paz como justificativa de dominação e exploração do outro em benefício do explorador e dominador injusto, pois o que de fato estava acontecendo no Novo Mundo, com guerras de conquista, escravidão

⁶¹⁷ *Idem*, p. 97.

⁶¹⁸ *Idem*, p. 98.

e desapossamento dos bens dos índios, para os escolásticos ibéricos, era furto ou rapina, e nada mais.

Essas mesmas idéias sobre a necessidade de tutela real dos índios sob a coroa da Espanha, em função de uma suposta incapacidade mental dos índios, também era discutida sob a autoridade de Aristóteles, o qual menciona, na *Política*, a existência de homens que são servos por natureza, mais capazes a obedecer do que a governar a si mesmos, entretanto, sobre esse tema tratarei especificamente na subseção em seguida.

6.3.1.3

A Refutação do Descobrimento e da Ocupação da América como Terra Nullius

Em análise última, na *Relectio De Indis*, Francisco de Vitória, ao refutar o título de *descobrimento*, alegado por Cristovão Colombo, inicia expondo, ao estilo escolástico, o posicionamento daqueles que sustentavam ser este um título legítimo porque “as coisas que estão abandonadas são, por direito de gentes e natural, do que as ocupa” e, “como os espanhóis foram os primeiros que encontraram e ocuparam aqueles territórios”, estes seriam seus legítimos possuidores, tal qual o seriam “se tivessem descoberto um deserto desabitado até então”.⁶¹⁹

Para refutar tais argumentos, Vitória retoma o que havia dito na primeira parte dessa *Relectio*: que os índios eram verdadeiros senhores, pública e privadamente, antes da chegada dos espanhóis ao Novo Mundo e que os cristãos não poderiam apoderar-se de seus bens e nem depor seus príncipes, já que o domínio não era impedido pelo pecado de infidelidade ou por quaisquer outros pecados mortais e nem por serem os índios amentes ou escravos por natureza, e acrescenta o seguinte argumento:

“É de direito das gentes que se conceda ao ocupante o que não é de ninguém, como se diz expressamente nas *Institutas*. Mas como aquelas terras não careciam de dono, não podem ser compreendidos neste título. E ainda que dito título possa ter algum valor unido a outro (como se dirá depois⁶²⁰), sem embargo em si mesmo e

⁶¹⁹ VITÓRIA, Francisco de. *Relección De Indis, o libertad de los indios*. Ob. cit. p. 54.

⁶²⁰ Vitória volta ao tema da descoberta e da ocupação no Epílogo apenas para complementar que os espanhóis poderiam adquirir mercadorias dos índios mediante comércio, ou apropriar-se de

isoladamente não justifica a posse daqueles bárbaros, nem mais nem menos que se eles nos tivessem descoberto.”⁶²¹ (tradução livre)

Com esse excerto, coroando tudo o mais que foi exposto nesta subseção, é evidente que a doutrina de Francisco de Vitória (e dos demais escolásticos ibéricos) é diametralmente oposta à ficção da *terra nullius* utilizada para fins de aquisição do domínio dos territórios indígenas pelos Estados nacionais, largamente utilizada e defendida pelo positivismo jurídico prevalescente nos séculos XIX e XX, consoante analisado no subitem 3.2.1.2 deste trabalho.

6.3.2

A Doutrina Ibérica e a Escravidão dos Povos do Novo Mundo

Não tenho dúvidas de que a escravidão é um dos temas mais difíceis de se enfrentar, dentre aqueles discutidos pelos autores da Escola Ibérica da Paz, sem se incorrer em críticas anacrônicas. Por isso, antes de tudo, é necessário lembrar que a escravidão do homem pelo homem é um fato histórico e econômico que acompanha a miséria humana desde os mais remotos relatos da Antiguidade. Em contraste, não faz pouco menos que dois séculos que a escravidão é considerada um ilícito internacional, o que é geralmente aceito como uma proibição de *jus cogens*. E nem por isso o engodo e o rapto como técnicas de captura de pessoas para a compra e venda (*trata*) foram abolidas definitivamente, na prática, prosseguindo, em pleno século XXI, a exploração dos seres humanos como objetos, afinal, a natureza corrompida do homem continua a mesma.

Assim, para que se possa compreender os textos da Escola Ibérica da Paz, é preciso que se tenha em mente que, enquanto a Europa caminhava, entre os séculos XV ao XVIII para a substituição da servidão feudal pelo trabalho assalariado, no Novo Mundo implantava-se, por força do *pacto colonial*, o escravismo mercantilista. É certo que o contexto histórico e objetivos políticos que impulsionaram a constituição da sociedade e da economia coloniais, nas Américas espanhola e portuguesa, em bases escravocratas, eram bastante distintos da origem e finalidade da escravidão greco-romana na Antiguidade. Porém, deve ser sublinhado que, do ponto de vista jurídico, os títulos que se buscava para a

coisas abandonadas ou que são comuns a todos. Fala também da descoberta das rotas de navegação sob a autoridade do rei católico da Espanha. (ob. cit. p. 98).

⁶²¹ *Ibidem*.

legitimação da escravidão colonial dos índios e dos negros continuariam a ser os mesmos da Antiguidade Clássica, muito embora alguns deles já tivessem sido abolidos como prática costumeira entre os cristãos⁶²².

Por conseguinte, na época em que viveram os autores da Escola Ibérica da Paz, estava em pleno vigor a instituição da escravidão nas colônias espanhola e lusitana nas Américas, desdobrada em duas modalidades teóricas fundamentais, ligadas, genealogicamente, à divisão feita por Aristóteles na *Política* (Livro I, capítulo II): a escravidão natural e a escravidão convencional (ou legal). O primeiro título se sustentava na escravidão natural, isto é, na idéia aristotélica de que havia indivíduos inferiores que não faziam, por si mesmos, uso da razão e não tinham nada melhor a oferecer do que o uso de seus corpos e de seus membros e por isso eram condenados pela natureza à escravidão, sendo, para eles, melhor servir a um senhor do que serem entregues a si mesmos. Os títulos da escravidão convencional ou legal, por sua vez, estão relacionados com o direito das gentes (que era a escravidão derivada dos títulos de guerra justa) ou com o direito civil.

Para que se tenha uma idéia da difusão dessas modalidades, cita-se a seguir a lição de Luis de Molina, na qual enumerava os títulos de escravidão convencional ou legal em voga naquela época e que, além da escravidão natural, costumavam ser disputados nas cátedras universitárias ibéricas com fundamento em fontes romanistas e cristãs medievais:

“1.º Direito da Guerra [...] comutando-se a pena de morte em servidão perpétua [...]. 2.º Quando alguém é condenado à escravidão por algum delito que, segundo o arbítrio prudente de uma autoridade legítima seja digno de tal pena [...]. 3.º Compra e venda [...], pois o homem é senhor da sua liberdade e, portanto, atendendo apenas ao Direito Natural, pode aliená-la, fazendo-se a si próprio escravo [em estado de necessidade extrema] e além disso, por Direito Natural, os pais podem vender os seus filhos em caso de necessidade extrema [...] e de gravíssima pobreza e miséria, caso contrário será nula a alienação da liberdade [...]. 4.º Condição de nascimento. Com efeito, o que nasce de mãe escrava será escravo, porque “*o parto segue o ventre.*”⁶²³

É mister salientar, desde já, que, para além da solução do problema econômico com a mão de obra gratuita e abundante, a principal e mais importante consequência jurídica almejada pela legitimação da condição de escravos dos

⁶²² Como por exemplo, o cativo dos povos vencidos e capturados em guerra justa.

⁶²³ MOLINA, Luís de. *De Justitia et Jure*, op. cit., tomo I, liv. I, disp. XXXII, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 288.

povos indígenas do Novo Mundo, seja por natureza, seja por direito, era que os escravos não possuíam *dominium jurisdictionis vel auctoritatis*, nem *dominium proprietatis*, podendo, como consequência lógica, ser destituídos os seus príncipes e desapropriados dos seus bens e territórios.

Nesse contexto, como os escolásticos ibéricos enfrentavam a questão da escravidão indígena⁶²⁴ e os títulos invocados para legitimar esta prática corrente, e até vista como necessária devida a escassez de mão de obra colona no Novo Mundo? O início da resposta a esta pergunta está no retorno à alegoria filosófica, exposta no início desta seção, segundo a qual a História da humanidade está dividida na idade da inocência, seguida pela idade do pecado.

Segundo Francisco Suárez, “o homem foi criado por Deus naturalmente livre e cada homem só recebeu imediatamente de Deus poder para dominar os brutos animais e os seres inferiores”⁶²⁵, por isso o direito de domínio de um homem sobre outro homem tem origem na vontade humana, em razão do pecado ou de certa adversidade, o que significa dizer que a liberdade é de direito natural e a escravidão foi introduzida como modificação do direito natural pelo direito humano (civil ou das gentes).

Nesse mesmo sentido, tem-se a lição do jesuíta Cosme de Magalhães que ensinou na Universidade de Coimbra, no século XVI, e que hoje volta a lume após a recuperação de seu manuscrito latino:

“§2 Se objectares que os homens são livres por direito natural, como é patente pela lei “manumissiones”, *Digesto, De iustitia et iure*, logo a servidão é contra natura e, por conseguinte, não é licitamente introduzida, responde-se: os homens são por natureza livres negativa e não positivamente, isto é, não são escravos por natureza, do mesmo modo que dissemos que, por direito natural, todas as coisas são comuns negativamente, contudo isso não invalida que os homens possam tornar-se escravos através do direito humano, tal como não invalida que possa acontecer a divisão das riquezas; se, por outro lado, se diz que a servidão é

⁶²⁴ Acerca da escravidão dos negros da *Etiópia* e das *Guínés* (sempre referidos como lugares onde os portugueses estabeleceram a *trata* de escravos negros na África, que não guardam a exata relação geográfica com os países africanos atualmente homônimos), a Escola Ibérica da Paz não foi indiferente. Para iniciar um estudo sobre o tema, consulte-se: FERNÁNDEZ, Isacio Pérez. *Fray Bartolomé de las Casas, O.P.: De defensor de los índios a defensor de los negros, su intervención en los Orígenes de La deportación de esclavos negros a América y su denuncia de La previa esclavización en África*. Salamanca: San Esteban, 1995. Coleção Monumenta Historica Iberoamericana de La Ordem de Predicadores. v. VIII. Ver também os textos de Martinho de Ledesma, Luis de Molina e Fernão Rebelo no catálogo/livro já citado.

⁶²⁵ SUÁREZ, Francisco. *Defensio Fidei Catholica...*, III, *Principatus Politicus*, Conimbricae, 1613, tradução do latim de André Campos. Sobre o passo selecionado: ob. cit., II, 11, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 340.

contra natura porque é contra a intenção primária da natureza, esta tende a que, existindo culpa, venha de seguida o castigo, entre os quais está a escravidão legal.

§3 Adverte de seguida que a escravidão é dupla: uma é natural, a saber, porque os homens de talento mais rude são referidos como escravos no sentido de que são mais aptos para obedecerem e sujeitarem-se aos sábios do que para mandar ou governar. Contudo, esta escravidão é impropriamente escravidão, e nem é suficiente para que um homem seja senhor de outro, mas a razão postula que estas pessoas rudes se sujeitem aos sábios, por quem deverão ser educadas e governadas. Diferente é a escravidão legal: segundo esta, os escravos, naquilo que são, são dos senhores, em ordem aos trabalhos e utilidades que deles próprios podem ser recebidos. É dela que se vai falar e segundo tal escravidão pode igualmente um homem ter domínio sobre outro.”⁶²⁶

Dessas premissas decorre, por um lado, que era necessário forçar uma interpretação cristã do texto de Aristóteles pois a concepção da escravidão por natureza, em si mesma, era irreconciliável com as bases mais elementares da antropologia cristã. Por outro lado, era necessário confrontar a realidade do Novo Mundo com os demais títulos jurídicos de escravidão, para se perceber que os fatos não se ajustavam ao que previa o direito e, portanto, ainda que dentro do quadro de escravidão legal, dificilmente os títulos invocados para justificar a escravidão indígena eram legítimos.

Nas rubricas a seguir, destacarei dois dos principais títulos invocados para a legitimação da escravidão dos povos do Novo Mundo, quais sejam, a condição de inferioridade civilizacional dos povos indígenas que os tornariam escravos por natureza e a discussão sobre a existência de condição fática verdadeira para a legitimidade da venda de si mesmo ou de seus filhos pelos índios do Brasil em razão de necessidade extrema, deixando a questão da escravidão relacionada com o resultado da vitória em uma guerra justa, para a seção subsequente em que será tratado este tema em particular.

6.3.2.1

A Escravidão por Natureza e os Povos do Novo Mundo

Retomando o que foi discutido, em tópico anterior, sobre a suposta condição de amentes atribuída aos índios do Novo Mundo, por aparentarem, aos olhos dos conquistadores, colonos e *encomenderos*, não fazer uso da razão para governarem-se a si mesmos, esta categorização dava ensejo à conclusão não só da

⁶²⁶ MAGALHÃES, Cosme de. “Membrum secundum de Mancipiis” BNP, cod. 5524 In II. II. Tradução de Manuel Barbosa (texto facilitado por Pedro Calafate, no âmbito do Projeto *Corpus Lusitanorum de Pace*, em 01/08/2014).

necessidade de tutela e perda do domínio de seus bens e territórios, mas também ao enquadramento destes povos como escravos por natureza, nos moldes do pensamento aristotélico.

Na *Relectio De Indis*, Francisco de Vitória enfrenta o argumento aristotélico, apontando para a seguinte interpretação:

“Respondo que Aristóteles certamente não quis afirmar que os que têm pouco entendimento são por natureza escravos e que não têm domínio sobre si e suas coisas. Esta é servidão civil e legítima que não faz a ninguém servo por natureza. Tampouco quer dizer o filósofo que possam ser privados de seus bens, reduzidos a escravidão e vendidos aqueles que por natureza são toscos e de escassa inteligência. Quis dizer que há neles uma necessidade natural de ser regidos e governados por outros sendo-lhes muito proveitoso estar submetidos a outros, como os filhos precisam estar submetidos aos pais e a mulher ao marido. E que esta seja a intenção do filósofo é claro; porque do mesmo modo diz que há alguns que por natureza são senhores, isto é, os que estão dotados de inteligência poderosa. E é certo que não entende aqui que estes tais podem arrogar-se o império sobre os demais por serem mais sábios, senão porque tenham recebido da natureza faculdades para reger e governar aos outros.” (Tradução livre)⁶²⁷

E prossegue Vitória em sua interpretação:

“E assim, ainda que se suponha que estes bárbaros sejam tão inaptos e brutos como se diz, não por isso deve negar-se-lhes que tenham verdadeiro domínio e que tenham que ser incluídos na categoria de servos civis. Verdade é, não obstante, que por esta razão e motivo haja algum direito para submetê-los segundo diremos depois⁶²⁸. Resulta, pois, esta conclusão certa: que antes da chegada dos espanhóis, eram eles verdadeiros senhores, pública e privadamente.” (Tradução livre)⁶²⁹

Dessas considerações de Vitória, extrai-se, em primeiro lugar, que a perda do domínio era uma consequência apenas da escravidão civil e, por isso inaplicável à categoria de escravidão natural de Aristóteles. Em segundo lugar, ainda que a escravidão natural fosse considerada válida e aceitável, por hipótese, para os povos do Novo Mundo, o domínio de um homem sobre outro homem, neste caso, deveria ser conduzido para o bem daquele que é dirigido, e não daquele que o dirige, como ensina a doutrina tomista. Estas conclusões estão claras também em Domingo de Soto, quando afirma:

⁶²⁷ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio De Indis*, ob. cit. ps. 30-31.

⁶²⁸ Provavelmente aqui se refere Vitória ao suposto oitavo título sobre o qual já me referi acima.

⁶²⁹ *Idem*, p. 31.

“Mas acerca da primeira espécie de escravidão [escravidão natural] há de julgar-se de maneira muito distinta. Porque o que é senhor por natureza não pode fazer uso para seu proveito próprio dos que são naturalmente servos, como se fossem coisas de sua propriedade, senão há que servir-se deles como de homens livres e independentes para proveito e utilidade deles mesmos, instruindo-lhes, por exemplo, e formando-os nos costumes. Pelo que tampouco eles estão obrigados a servir-lhes como escravos, senão com certa moderação e dignidade natural, a não ser quando tenham sido contratados por um salário.” (Tradução livre)⁶³⁰

Outro discípulo e sucessor de Francisco de Vitória na Cátedra de Prima de Teologia, na Universidade de Salamanca, Melchor Cano, posiciona-se de igual forma, argumentando que:

“Os bárbaros não podem ser oprimidos pela força com base no argumento de que tal opressão é dirigida à utilidade dos mesmos, ainda que alguns juristas o sustentem, com base em argumentos fúteis. Com efeito, procurar a utilidade dos outros faz parte da caridade e não da justiça [...]. Mas a caridade não tem força coactiva, como é evidente acerca do preceito da esmola ou da correcção fraterna [...]. Com o argumento da utilidade poderíamos intervir pela força apenas se eles fossem oprimidos pela tirania e nos chamassem para intervir; de outro modo não.”⁶³¹

Já em Portugal, na Cátedra eborense, Fernão Pérez lecionava:

“Quanto ao que diz Aristóteles, *Política*, c. 1, que certos homens são escravos por natureza, tal deve entender-se não porque por natureza exista escravidão, como geralmente se aceita a escravidão, mas porque por sua natureza são de tal maneira rudes e boçais⁶³² que mais devem servir e ser dirigidos do que senhorearem; caso contrário seria lícito obrigar à escravidão homens por sua natureza não menos boçais que por vezes nascem entre nós.”⁶³³

Em solo americano, é mais contundente ainda a opinião de Bartolomeu de las Casas que a seguir transcrevo, para ilustrar aquilo que antes afirmei: quanto

⁶³⁰ SOTO, Domingo de. *De la Justicia y del Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968. Livro 4, questão 2, artigo 2.

⁶³¹ CANO, Melchor. *De Dominio Indorum*, ob. cit., p. 561, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 200.

⁶³² Quanto ao termo “boçais”, deve-se compreendê-lo com o sentido da época. Quando Isacio Fernández explica a o significado do léxico da escravidão negra no século XVI, ensina a diferença entre os “ladinos” e os “boçais”. Por escravos “ladinos” entendia-se aqueles que antes de serem deportados para a América, passavam um ano mais ou menos em Portugal e Espanha, onde aprendiam um pouco do idioma (chamado “ladino”), eram batizados e “domesticados”. Também eram chamados “ladinos” os filhos de escravos que nasciam em Portugal e Espanha, que mantinham a condição de escravos pelo nascimento. Em oposição, os “boçais” eram aqueles escravos deportados diretamente das Guiné e Etiópia para América, sem passar por Portugal ou Espanha. Cfr.: FERNÁNDEZ, Isacio Pérez. *Fray Bartolomé de las Casas, O.P.: De defensor de los índios a defensor de los negros*, ob. cit. p. 19.

⁶³³ PÉREZ, Fernão. *De bello*, ob. cit., f. 228, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 274.

maior a proximidade e conhecimento direto dos povos do Novo Mundo, maior era a convicção nos espíritos dos autores da Escola Ibérica da Paz sobre a injustiça da escravidão e desapossamento dos povos naturais desta terra:

“Aqueles povos e gentes são livres e a ninguém neste mundo deviam o que quer que fosse, antes de serem descobertos, quando foram descobertos e depois de serem descobertos. [...]. Manifesto é que nenhum poder existe sobre a terra com autoridade bastante para deteriorar e tornar menos livre o estado dos livres, sem culpa sua, por ser a liberdade a coisa mais preciosa e suprema de todos os bens deste mundo temporal [...]. E se esse consentimento não resultar da livre, espontânea e não forçada vontade dos mesmos homens livres, tudo será força, violência, injustiça e perversidade e, segundo o Direito Natural, de nenhum valor [...]. Porque se aos homens livres não se-lhes pode tomar com justiça os bens sem culpa sua e contra a sua vontade, muito menos deteriorar e destruir o seu estado e usurpar a sua liberdade, que é de preço e estima incomparáveis.”⁶³⁴

Portanto, seja nas cátedras universitárias hispânicas, seja na vida missionária nas Américas, a Escola Ibérica da Paz não aceitava o argumento da escravidão natural dos povos do Novo Mundo, quer em relação ao seu fundamento, quer em relação às consequências práticas almejadas. Quanto aos fundamentos, a doutrina cristã cultivada pelos escolásticos ibéricos professava a idéia da liberdade natural dos homens, criados todos a imagem e semelhança de Deus e, por isso, era necessário contornar o texto aristotélico para situar esta forma de domínio do homem sobre outro homem no plano da caridade e da ajuda ao próximo. Em seguida, quanto às consequências, a perda da liberdade e dos bens dos escravos só eram admitidas no plano da escravidão legal, o que significava dizer que, por hipótese, se ainda assim, os naturais do Novo Mundo fossem considerados escravos por natureza, essa condição não legitimaria a destituição de seus príncipes e a usurpação de suas propriedades e bens particulares.

6.3.2.2

A Escravidão em Caso de Venda por Extrema Necessidade no Brasil

⁶³⁴ LAS CASAS, Bartolomé de, *De Regia Potestate*, Frankfurt, 1571, Apêndice ii, ps. 126-127. Ed. *Corpus Hispanorum de Pace*, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 362.

Segundo Serafim Leite, “o primeiro trabalho jurídico-moral escrito no Brasil, em favor da liberdade humana em geral, e dos Índios em particular”⁶³⁵, foi escrito por Manoel da Nóbrega, em 1567, em que disputou com Quirício Caxa a legitimidade, no Brasil, do título de escravidão dos indígenas baseado na possibilidade do pai vender seu filho em caso de extrema necessidade ou se o filho, maior de vinte anos, podia vender-se a si mesmo para participar do preço da venda.

Manifestando-se contrariamente a Quirício Caxa, Manoel da Nóbrega deixou-nos este importante registro:

“O 4º. Corolário, [diz ele, Quirício Caxa], é que a determinação do Sr. Bispo e do Sr. Governador e Provedor-Mor e do Padre Luís da Grã, Provincial, que neste caso tomaram, a qual segundo pelas palavras da Monitória que se passou, se vê, são as seguintes: *O pai pode vender seu filho com grande necessidade, etc.*, se não-entender de *extrema* e outra nenhuma não, conforme ao que está dito, porque a entender-se de outra grande necessidade, que não chegue a *extrema*, seria mui perigosa e contra o que a mesma Monitória acima diz, que todos os letrados, que Sua Alteza manda ajuntar sobre estes casos e sobre as informações que os moradores da Bahia e toda a costa lá mandaram, responder que nas coisas que eram de direito natural, divino e canônico, não podia haver alteração alguma, da qual determinação do Sr. Bispo com os mais, mal entendida com os confessores e gente do Brasil, se abriu a porta a muitas desordens que nisto são feitas.”⁶³⁶

Na passagem acima transcrita, Nóbrega refuta o qualificativo de “grande” necessidade para justificar o título de escravidão indígena pela venda, reafirmando que deveria ser mantida a necessidade “extrema”, e, nesse sentido, prossegue esclarecendo que não era factível ocorrerem casos de necessidade extrema no Brasil que a tal ponto justificassem esta forma de escravidão:

“O 6º, que todos os que nesta Bahia e por toda a costa dizem vender os pais (se pai algum vendeu filho verdadeiro), desde o ano de 60, em que esta desventura mais reinou, até este de 67, mui poucos podem ser escravos, porque é notório a todos poucas vezes terem fomes, nem necessidade *extrema*, para venderem seus filhos; em todo este tempo nem me satisfaz dizer que a necessidade do resgate, com que fazem seus mantimentos, é grande, pois esse podem eles haver sem venderem os filhos, como sempre houveram, com servir certo tempo, ou suas criações ou seus

⁶³⁵ Polêmica de Manuel da Nóbrega com Quirício Caxa sobre a escravidão dos indígenas da costa brasileira in: Serafim Leite. *História da Companhia de Jesus no Brasil. T. II. Século XVI: A Obra*. Lisboa/Rio de Janeiro: Editora Portugalia/Civilização Brasileira, 1938. p. 202.

⁶³⁶ *Idem*, ps. 202-203, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 374/376.

mantimentos, e por grande necessidade que tenham, raramente chega em *extrema*, como seria necessário para a venda valer.⁶³⁷

Adverte ainda Nóbrega que este não era um costume dos indígenas, os quais viviam regidos pela lei natural, mas que foi introduzido no Brasil pela cobiça e, quanto ao segundo modo, isto é, a venda de si mesmo, o padre conclui:

“Destruído pois todo o fundamento de Va. Ra. e resolvendo a matéria, digo que, como a liberdade seja de lei natural, não se pode perder senão quando a razão, fundada em lei natural, o permitir; mas quando se presume não haver liberdade de vontade, ou outro modo de tirania, e não há causa justa para se vender, não pode ser escravo, e peca pecado de injustiça, e é obrigado a restituir; e todos aqueles a que cujas mãos vem têm a mesma obrigação, porque como coisa furtada, sempre passa com seu encargo.”⁶³⁸

Quase cem anos depois, quando a legislação da Coroa portuguesa já restringia quase que completamente a escravidão indígena, encontra-se em um documento precioso, elaborado por Antônio Vieira, o registro da “pouca justiça” como foram tomados, julgados e sentenciados por cativos setecentos e setenta e dois índios trazidos do “Rio das Amazonas”, em 1655, no Maranhão. O padre Vieira relata quatro casos, nos quais se alegou que os índios cativos eram índios de corda⁶³⁹, ou eram índios resgatados⁶⁴⁰, ou feitos escravos em guerra justa em que os portugueses haviam auxiliado os vencedores como aliados, ou ainda vendidos por seus pais. É neste último caso, que destaco aqui, em que se vêem os mesmos argumentos de Nóbrega, reproduzidos por Vieira:

“Um pai vendeu a seu filho; assim o disse o que o comprara, e assim o confessou o moço; e nem um nem outro souberam dizer mais.

O padre vigário, o comissário, o provincial, e o custódio julgaram que fosse cativo porque os pais podem vender seus filhos.

O padre Antônio Vieira votou primeiramente que, segundo o que se devia presumir em direito, aquele moço não era cativo, porque os pais só podem vender seus filhos em caso de muito grande necessidade e nestes índios (não se provando o contrário) não se pode presumir semelhante necessidade; porque esta, ou é de honra, e entre

⁶³⁷ *Idem*, p. 203, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 376.

⁶³⁸ *Idem*, p. 204, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 376.

⁶³⁹ A expressão “índio de corda” se refere àqueles gentios que são comprados como escravos de outros índios que os capturavam em guerras e os atavam à corda para serem comidos em rituais de canibalismo, o que no século XVII, segundo o padre Antônio Vieira, já era raro de se encontrar.

⁶⁴⁰ O “resgate” ocorria quando os índios eram feitos escravos em guerra (mas não era possível saber ao certo se a guerra era justa ou injusta) entre os próprios gentios, e posteriormente eram vendidos como escravos aos portugueses em troca de quinquilharias e ferramentas.

eles não há honra, ou é de vestido, e eles andam nus, ou é do sustento, e eles nunca padecem fome, porque se sustentam das frutas e caça do mato e o que têm é comum de todos. Assim que, se o pai vendeu o filho, ou foi por cobiça do pai, ou por violência de quem lho comprou, e esta segunda é mais certa.”⁶⁴¹

Do conjunto do relato de casos legado pelo padre Vieira se depreende que, tal como ocorria nas colônias espanholas, a legislação tinha pouco ou nenhuma importância para as autoridades locais, capazes de encenar farsas ao invés de julgamentos, de amoldar e acomodar os fatos ao fim econômico e desprezar a frágil legislação de proteção dos poucos direitos dos milhares de indígenas que iam sendo dia a dia dizimados.

6.4

Os Limites da Doutrina Democrática à Aplicação da Guerra Justa aos Povos do Novo Mundo

É uma verdade histórica que a disciplina do *jus in bello* por meio de convenções internacionais desenvolveu-se apenas a partir da segunda metade do século XIX, marcadamente com a Convenção de Genebra de 1864 e a criação do Comitê da Cruz Vermelha. Já a proscrição do recurso à guerra (*jus ad bello*), como forma de solução de conflitos internacionais ocorreu definitivamente com a Carta das Nações Unidas em 1945. Entretanto, estes fatos não significam dizer que antes não havia qualquer regramento ético-jurídico ou costumeiro que demarcasse limites tanto ao direito de recorrer à guerra, quanto às condutas dos beligerantes durante as hostilidades.

Assim sendo, além da escravidão, a guerra era outra instituição em pleno vigor no século XVI, e por isso era também um motivo de reflexão recorrente nos textos dos teólogos e juristas renascentistas ibéricos, os quais seguiam a doutrina da guerra justa, desenvolvida na tradição escolástica. O entendimento de uma guerra como justa desenvolve-se a partir do bispo de Hipona - Santo Agostinho, cuja doutrina influenciou o Decreto de Graciano e este, por sua vez, foi transmitido a São Tomás de Aquino, o qual, na Suma Teológica (*questio XL*, da *Secunda Secundae*) sistematiza as três condições necessárias para se configurar a licitude/legitimidade de uma guerra. Diz São Tomás de Aquino:

⁶⁴¹ VIEIRA, Antônio. *Escritos Instrumentais sobre os Índios*; seleção de textos Cláudio Giordano; ensaio introdutório José Carlos Sebe Bom Meihy. São Paulo: EDUC/Loyola, 1992. ps. 40-41.

“Para que uma guerra seja justa, são requeridas três condições: 1ª. A autoridade do príncipe, sob cuja ordem deve-se fazer a guerra. Não compete a uma pessoa privada declarar uma guerra, pois pode fazer valer seu direito no tribunal de seu superior; também porque, convocar a multidão necessária para a guerra não compete a uma pessoa particular. Já que o cuidado dos negócios públicos foi confiado aos príncipes, a eles compete velar pelo bem público da cidade, do reino ou da província submetidos à sua autoridade. (...) 2ª. Uma causa justa: requer-se que o inimigo seja atacado em razão de alguma culpa. (...) 3ª. Uma reta intenção naqueles que fazem a guerra: que se pretenda promover o bem ou evitar o mal. (...) Com efeito, mesmo se for legítima a autoridade daquele que declara a guerra e justa a sua causa, pode acontecer, contudo, que a guerra se torne ilícita por causa de uma intenção má.”⁶⁴²

Citando Santo Agostinho, o Aquinate remata estes ensinamentos afirmando que mesmo uma guerra que tenha sido declarada por um príncipe, como resposta a uma agressão injusta, pode ser considerada culpável se procedida com “o desejo de prejudicar, a crueldade na vingança, a violência e a inflexibilidade do espírito, a selvageria no combate, a paixão de dominar e outras coisas semelhantes”⁶⁴³, os quais serão preceitos constantemente lembrados e repetidos a exaustão pelos pensadores da Escola Ibérica da Paz no quadro das disputas escolásticas sobre a injustiça das guerras de conquista movidas contra os índios do Novo Mundo.

Os títulos de guerra justa apresentados pela doutrina escolástica derivavam, por conseguinte, dos três requisitos supracitados. A partir de situações concretas, questionava-se, no plano da consciência, a justiça da guerra, daí porque o elenco de hipóteses de guerras justas ou injustas disputados pelos autores ibéricos era vastíssimo, já que o *orbis christianus* era o palco de conflitos entre cristãos e muçulmanos e entre os próprios reinos cristãos sem a perspectiva objetiva de uma paz duradora no século XVI. Considerando o que dispunha o direito das gentes, o resultado prático almejado com uma guerra considerada justa, principalmente dos cristãos contra os pagãos (muçulmanos ou gentios), era a escravidão dos vencidos e a perda de seu domínio de propriedade ou de jurisdição.

No entanto, para os povos do Novo Mundo, dificilmente, lograva-se reunir as três condições necessárias para uma guerra contra eles ser considerada justa. Primeiramente, argumentava-se nos textos da Escola Ibérica da Paz, que aquela gente se encontrava mansa e pacífica em suas terras, sob a autoridade de seus

⁶⁴² AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 2. ed. S. Paulo: Edições Loyola, 2011. Tomo 5. ps. 517-518.

⁶⁴³ *Idem*, p. 518.

principais, sem nunca ter causado nenhum tipo de ofensa ou agravo aos cristãos; que, em segundo lugar, a autoridade dos reis católicos conferida pela bula de Alexandre VI era em prol de um fim espiritual e que, em terceiro lugar, as guerras de conquista eram promovidas pela cobiça e pelo desejo de enriquecimento e nelas eram praticadas as maiores crueldades e desumanidades contra os índios. Por conseguinte, estas guerras de conquista no Novo Mundo eram injustas e o que nelas se promovia eram furtos e rapinas, impondo-se o dever de restituir aos povos ameríndios tudo aquilo que lhes tinha sido usurpado com violência e injustiça.

Nesse contexto, pode-se afirmar que as questões da guerra justa aplicáveis aos povos do Novo Mundo eram pautadas pela admissibilidade de títulos bastante restritos vinculados não somente com a legítima defesa própria, mas também com a defesa dos terceiros inocentes ou ainda com a defesa do *jus communicationis* em seus vários aspectos: o *jus commercii* e o *jus praedicandi*, principalmente. Mas é de se notar que, mesmo nestes casos restritos em que se admitia a guerra justa, a escravidão e o desapossamento dos bens dos gentios não era uma consequência aceitável, como será visto em alguns dos textos selecionados a seguir. Outrossim, é importante sistematizar que outros títulos como a infidelidade, o cometimento de crimes contra a natureza ou a inferioridade civilizacional não eram aceitos pela Escola Ibérica da Paz como legítimos, embora fossem comumente referidos pelos teocratas e regalistas.

Em análise última, com exceção do prisma religioso através do qual muitos dos autores da Escola Ibérica da Paz examinavam a legitimidade do recurso à guerra justa para a defesa do direito de predicar (*jus praedicandi*), pode-se afirmar que, em geral, o direito ao recurso à guerra justa derivava do direito natural e do direito das gentes e, portanto, seus princípios eram aplicáveis universalmente aos cristãos e pagãos, como afirma Francisco de Vitória:

“Por princípio, todos os povos, tanto os Índios como os Espanhóis têm direito a defender-se, pela força das armas, da agressão injusta de infiéis ou cristãos ao seu próprio país, e têm direito a recorrer à guerra para dissuadir os agressores a que não voltem a pôr em perigo a integridade e a segurança nacionais.”⁶⁴⁴

⁶⁴⁴ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio de Indis*, ob. cit., II, 3-4, esta passagem não foi publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), porém, foi selecionada por Pedro Calafate no Projeto *Corpus Lusitanorum de Pace*, na versão preliminar da referida obra (p. 21).

Outro exemplo desse entendimento em prol da reciprocidade de tratamento acerca das regras da guerra justa, aplicável entre cristãos e pagãos, no plano do direito natural e das gentes, está o magistério de Fernão Rebelo:

“Os cristãos tomados pelos infiéis que fazem guerra justa tornar-se-ão verdadeiros escravos destes: é que, se os infiéis fazendo guerra injusta se tornam escravos dos cristãos pelo Direito das Gentes, que deve ser comum a todos, igualmente os cristãos se tornarão escravos dos infiéis que fazem justa guerra. Todavia, se a guerra for injusta por parte dos que tomam os prisioneiros, a escravidão também será sempre injusta.”⁶⁴⁵

Feitas essas considerações prévias, nas subseções seguintes, cuidarei das principais hipóteses de guerra justa peculiares ao tratamento dos povos do Novo Mundo, segundo a doutrina da Escola Ibérica da Paz.

6.4.1 Dos Crimes contra a Natureza e o Limite da Defesa dos Inocentes

O primeiro título que destaco como não autorizador da guerra justa, do ponto de vista dos autores democráticos ibéricos, era o cometimento pelos índios de “pecados” ou “crimes contra a natureza”. Embora estas práticas fossem duramente reprovadas segundo a doutrina escolástica cristã, a falta de jurisdição do papa ou dos reis cristãos sobre os infiéis do Novo Mundo impedia que se pegasse em armas para punir tais atos, por mais abomináveis que fossem aos olhos dos cristãos do século XVI. A passagem a seguir extraída, de Francisco de Vitória exemplifica este posicionamento:

“Os príncipes cristãos, nem mesmo com a autoridade do papa, podem impedir pela força que os Índios cometam pecados contra a lei natural, nem castigá-los por isso [...]. Prova-se esta conclusão porque não têm maior poder os fiéis sobre os infiéis do que os infiéis sobre os cristãos. Se não concluía-se que o rei dos Franceses poderia declarar guerra aos Italianos porque estes cometem crimes contra a natureza.”⁶⁴⁶

⁶⁴⁵ REBELO, Fernão, *Opus de obligationibus justitiae, religionis et caritatis*, Lugudni, 1608, tradução do latim de António Guimarães Pinto. Sobre o passo selecionado: *quaestio IX*, p. 67, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 328.

⁶⁴⁶ VITÓRIA, Francisco de. *Relectio De Indis*, ob. cit., II, 7-8, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 172.

Outro fundamento invocado para essa regra de não intervenção era o sempre citado preceito bíblico de São Paulo, como exemplificado no texto a seguir de Domingo de Soto

“Cristo não nasceu para castigar os pecados, mas para conceder o perdão [...] e fica claro que, entre os que habitam a totalidade do orbe, a ninguém exclui, ainda que idólatra, porque, como diz São Paulo, “não há diferença entre judeu e grego”, nem em Cristo há escravo nem livre, senão que oferece o perdão dos pecados a todos os que se arrependem, por desmedida que seja a sua mácula [...]. E ainda que nos víssemos constituídos em juízes do orbe, não deveríamos castigar pecado algum dos infiéis, senão predicar-lhes o perdão de todos eles e, em segundo lugar, nunca nos seria concedido tal poder, pois não tem sentido um poder que nunca poderia exercer-se.”⁶⁴⁷

E prossegue ainda Domingo de Soto, citando os ensinamentos paulinos:

“Antes do nascimento de Cristo, os Romanos não podiam castigar por força das armas semelhantes pecados na república dos Lacedemónios, nos mesmos termos em que o não podiam fazer os Lacedemónios em Roma. Portanto, por Direito Natural ou das Gentes, não o podemos fazer. Certamente, como ficou patente, a lei Evangélica só nos faz juízes dos que estão dentro da Igreja.”⁶⁴⁸

(...)

Por lei da natureza existem diversas repúblicas e, o que é mais, príncipes e magistrados das mesmas. Antes de se fazerem cristãos, é, pois, a eles que compete a missão de castigar todos estes pecados que se cometem contra a razão humana. E se o não fizerem, não poderão alegar ignorância que os escuse do castigo de Deus. Porque ele mesmo julgará, como diz S. Paulo, “os que estão de fora” (I Cor 5).”⁶⁴⁹

Como se pode perceber, até aqui o argumento da não utilização das armas para a punição dos “pecados” ou “crimes contra a natureza” transitam no plano do direito natural ou das gentes, cabendo a cada reino ou república reger-se segundo a luz natural e, em último caso, deixando a Deus julgar os que estão de fora do redil da Igreja. Contudo, havia uma linha vermelha, um limite neste quadro de valores cristãos que, excepcionalmente, e não sem muitas restrições, autorizavam o emprego das armas contra os gentios embasado no direito de defesa dos inocentes. Tratava-se do cometimento dos crimes contra o gênero humano, tais como as práticas de canibalismo ou sacrifícios humanos.

⁶⁴⁷ SOTO, Domingo de. *Relectio an liceat ciuitates infidelium seu gentilium expugnare ob idololatriam*, Salamanca, 1555 (?), f. 420r, Ed. E tradução do latim de Jaime Brufau Prats, tradução do espanhol de Pedro Calafate, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 188.

⁶⁴⁸ *Idem*, f. 421v, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 188.

⁶⁴⁹ *Ibidem*.

Esse entendimento pode ser constatado na cátedra eborense de Fernão Pérez, com as eloqüentes palavras a seguir transcritas:

“É contra o Direito Natural matar inocentes, quer indígenas quer estrangeiros, ou para comê-los ou para sacrificá-los aos ídolos. Pelo que, se se objectar que todos estes bárbaros consentem voluntária e livremente naquele ritual, e não se pratica injustiça contra quem anuí, responde-se [...] que eles não têm por si direito para poderem entregar-se a si ou os seus à morte. Em segundo lugar, responde-se que eles praticam uma gravíssima injustiça, pelo que podem ser vencidos por nós, que fazemos parte do género humano, na sua condição de injustíssimos [v^o] agressores do género humano.”⁶⁵⁰

Do mesmo modo, posiciona-se Pedro Simões na Universidade de Évora em palavras cuja transcrição farei a seguir, por seu ineditismo, mas que pode refletir o entendimento de tantos outros escolásticos do período:

“O quinto título <de guerra justa> radica na tirania dos senhores dos bárbaros e nas leis tirânicas para injúria dos inocentes como o sacrifício de homens inocentes ou o assassinio de homens isentos de culpa, a fim de se alimentarem das suas carnes. Em defesa dos inocentes, os Hispanos podem proibir aos bárbaros aquele costume hediondo, por meio das armas e da guerra. Aliás, são obrigados a isto, porque Deus mandou a cada um ajudar o seu próximo. Ora se os bárbaros recusassem desistir daquela injúria feita aos inocentes, os Hispanos poderiam demandar todos os direitos de guerra, depor os príncipes e criar outros, se assim fosse necessário para a libertação dos inocentes.

Mas se alguém objectar que todos os bárbaros querem ter estas leis e sacrifícios, responda-se que, neste caso, não têm o direito de entregar-se a si nem os seus filhos à morte injusta [...], da mesma maneira que aquele que se quer degolar ou atirar-se ao mar pode sem injúria ser impedido e atado.”⁶⁵¹

E conclui Pedro Simões, com a seguinte advertência:

“Ainda no que diz respeito a este título, admite-se que aqueles que combatem nesta guerra em defesa dos inocentes não podem usurpar para si todos os bens dos bárbaros, porque eles não lutam para recuperar as suas coisas nem para vingar a própria injúria.”⁶⁵²

⁶⁵⁰ PÉREZ, Fernão. *De Belo*, ob. cit., f. 228, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 270.

⁶⁵¹ SIMÕES, Pedro. *Annotationes in matériam de bello*, 1575, MS. Da BNP 3858, ff. 301r-320r, transcrição do manuscrito latino de Joana Serafim, tradução do latim de Marina Costa Castanho, coordenação científica de transcrição e tradução de Ana Maria Tarrío. Sobre o passo selecionado: *quaestio* L, f. 305v, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 298.

⁶⁵² *Ibidem*.

Na esteira do que venho defendendo ao longo deste capítulo, José de Acosta, missionário no México, experimentando a realidade local, defende uma posição ainda mais restritiva e crítica acerca do recurso à guerra justa como forma de combate aos crimes cometidos contra os inocentes, levando mesmo a desacreditar no segundo parágrafo que a seguir transcrevo, que sua prática tenha sido legítima em casos como a conquista do México e Perú:

“Segundo penso, todos estarão de acordo que defender um inocente, sobretudo se estiver em questão a sua morte, (pois mesmo que ele se cale [e aceite] será a própria natureza que nos é a todos comum a gritar) é tarefa que é exigida a todo aquele que esteja em posição capaz de prestar auxílio. Resulta pois que a defesa dos inocentes é causa de guerra justa contra os bárbaros homicidas.⁶⁵³

(...)

Mas esta tese, ainda que subtilmente discutida, se for confrontada com a realidade [da conquista do México e do Peru], revela falta de adequação. Porque por um lado, deve prestar-se auxílio <aos inocentes> com o menor dano do agressor e, portanto, não será lícito despojar os bárbaros do domínio ou da vida sempre que possam ser reprimidos por meio do temor ou com alguma sujeição; por outro lado é absurdo querer defender alguém, e causar-lhe uma mortandade ainda maior com essa defesa. E consta por infinidade de testemunhos que morreram muito mais índios nestas guerras que lhes movemos do que com a tirania dos bárbaros. Que quantidade de sacrifícios e carnificina de índios não foram cometidos por causa dos estragos provocados pela espada dos espanhóis?”⁶⁵⁴

Dos excertos selecionados, que reproduzem o conjunto das ideias geralmente defendidas pelos autores da Escola Ibérica da Paz, é possível extrair três conclusões: Primeiramente, por não haver jurisdição dos cristãos sobre os índios do Novo Mundo, aqueles não poderiam punir estes últimos pela prática dos “pecados” ou “crimes” contra a lei natural. Em segundo lugar, a exceção seriam os crimes cometidos contra o gênero humano, exemplificados com as práticas de canibalismo ou sacrifícios humanos, que autorizariam o recurso à guerra justa sob o argumento da defesa dos direitos dos inocentes. Mas, em terceiro lugar, mesmo nestas hipóteses excepcionais, duas ressalvas eram feitas: uma no sentido de que esta guerra não autorizava a perda do domínio e a escravidão como conseqüências, e outra, que os danos e prejuízos causados aos indígenas pelo recurso a esta guerra defensiva, tenham sido maiores que o benefício em razão dos

⁶⁵³ ACOSTA, José de. *De Procuranda Indorum Salute*, Salmanticae, 1588, Ed. *Corpus Hispanorum de Pace*, vol. XXIV, Madrid, 1987, II, VI, 1, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 386.

⁶⁵⁴ *Idem.*, II, VI, 2-3, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 386.

abusos cometidos pelos cristãos nestas guerras que eram, em realidade, intencionalmente de conquista.

6.4.2

Da Defesa do *Jus Amicitiae*, do *Jus Communicationis*, do *Jus Commercii* e do *Jus Peregrinandi*

Nesta subsecção, são tratados alguns dos mais importantes e controvertidos títulos de guerra justa disputados pelos autores da Escola Ibérica da Paz que culminavam no reconhecimento aos cristãos do direito de peregrinar, do direito de residir em qualquer lugar do *orbe* e do direito de estabelecer relações de comércio justo com todos os povos,. É importante consignar, entretanto, ainda neste parágrafo inicial que estes títulos derivavam do postulado aristotélico da natural sociabilidade dos homens e, portanto, não se tratava de cancelar relações humanas baseadas em práticas daninhas ao próximo ou visando o lucro excessivo ou usurário nas trocas comerciais. Era uma concepção das relações entre os homens e entre os povos bastante diferente daquela que se tem nos dias de hoje, e por isso pode parecer ingênuo ou incompreensível o que os autores ibéricos defendiam naquela época sobre o direito de viajar, estabelecer residência e comerciar entre cristãos e indígenas, na esteira das lições de Francisco de Vitória, se estas forem lidas segundo a mentalidade contemporânea corrente.⁶⁵⁵

Esses preceitos vitorianos, calcados no direito natural e das gentes, podem ser claramente identificados na lição de Antônio de São Domingos, como se segue transcrita:

“Segue-se que, sempre que os infiéis nos impedem ou negam algo que consta do Direito das Gentes, podemos justamente declarar-lhes guerra. Por exemplo, faz parte do Direito das Gentes poder qualquer pessoa viajar por terra alheia e negociar entre quaisquer povos, e também se quer ser cidadão em alguma cidade, contanto isto se faça sem qualquer dano ou simulação, e desde que os mesmos não sejam inimigos, porque faz parte do Direito Natural evitarmos os inimigos. Finalmente, que a nós se conceda o que se concede a outros estrangeiros. Logo, se os infiéis nos negam isto, estão de facto a inferir-nos [v^o] uma injustiça e, por consequência, podemos reduzi-los pelas armas, desde que, depois de expostos os motivos, eles não queiram concordar. E prova-se de acordo com o princípio: “*é licito repelir a violência com a violência.*” Ora, eles cometem violência contra nós, negando o que

⁶⁵⁵ Note-se que é identificada na doutrina ibérica também uma escola de pensamento econômico. Confira-se, por exemplo: AZPILCUETA, Martín de. *Comentario Resolutorio de Cambios*. Madrid: CSIC, 1965. Coleção *Corpus Hispanorum de Pace*. v. IV.

nos é concedido por Direito Natural e das Gentes. Logo, podemos repelir essa violência com a violência.”⁶⁵⁶

Na mesma linha argumentativa, fincada na reciprocidade de aplicação do direito natural e das gentes, Pedro Simões acrescenta, ademais, que:

“Os Hispanos que são proibidos pelos bárbaros <de se dedicarem ao comércio legítimo> não podem mover imediatamente uma guerra ofensiva, porque os bárbaros, ao verem homens estrangeiros armados e mais poderosos, com razão podem ter medo, e em consequência no princípio poderiam sem culpa proibir os Hispanos de tal comércio. Portanto, os Hispanos deverão agir de acordo com esta norma: em primeiro lugar impeçam a revolta mediante argumentos, mostrem que não vieram com ânimo de prejudicar os Índios e mostrem ainda que os bens supraditos são de todos, conforme o Direito das Gentes. Contra si próprios cometeriam injúria os bárbaros, negando-se a pactuar e tomando as armas contra os Hispanos. Poderiam então estes defender-se e fazer tudo aquilo que julgarem necessário para a sua defesa. Mas depois de alcançada a vitória não os poderão matar ou apoderar-se dos seus bens, porque tal guerra é apenas defensiva, e os bárbaros são indefensos e têm medo com razão.”⁶⁵⁷

Assim, sublinhe-se que nem mesmo a guerra invocada sob o fundamento da defesa do direito de viajar, de estabelecer residência ou de comerciar entre os povos autorizava que esta guerra fosse levada a cabo em todas as suas conseqüências, com a perda de sua liberdade e o desapossamento do domínio dos indígenas sobre seus bens e autoridades naturais.

6.4.3 Da Defesa do *Jus Praedicandi*

Os teólogos e missionários cristãos estavam de acordo quanto ao direito-dever de pregar, afinal, era sob este título que os reis católicos haviam recebido as doações de Alexandre VI. Como afirma Gustavo Gutiérrez, “ao menos formalmente, no século XVI, todos estavam de acordo em relação ao dever de anunciar o Evangelho nas Índias, convertendo seus habitantes ao cristianismo”⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ SÃO DOMINGOS, Antônio de. *De bello*, ms 5552 da BNP, fol. 58vº-86. Sobre o passo citado: fol. 67vº, excerto transcrito por Filipa Roldão e traduzido por Antônio Guimarães Pinto, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), ps. 314 e 316.

⁶⁵⁷ SIMÕES, Pedro. *Anotaciones in materiam de bello*, ob. *cit.*, *quaestio* I, f. 304v, excerto transcrito por Joana Serafim e traduzido por Ana Maria Tarrío e Marina Costa Castanho, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 298.

⁶⁵⁸ GUTIÉRRES, Gustavo. *Em Busca dos Pobres de Jesus Cristo: o pensamento de Bartolomeu de Las Casas*. S. Paulo: Paulus, 1995. p. 126.

Todavia, as divergências surgiam quanto a escolha de um dos três caminhos ou métodos a seguir para o cumprimento deste mandato de Cristo.

O primeiro caminho, fincado na doutrina teocrática *supra* referida, advogava a conquista por meio das armas como prévia condição para a eficácia da evangelização e o documento essencial para sustentar esta prática de guerra, como visto, era o *Requerimiento*. Todavia, os escolásticos ibéricos repudiavam, unissonamente, que a infidelidade poderia servir como título de guerra justa, já que nem o papa, nem o imperador, tinham poder ou jurisdição sobre os povos do Novo Mundo. A título de ilustração, como tantos outros autores poderiam ser mencionados, cito apenas o seguinte excerto de Diego de Covarrubias y Leyva:

“Não pode declarar-se guerra aos infiéis pelo simples facto de o serem, nem sequer contando com a autoridade do papa ou do imperador.”⁶⁵⁹

(...)

Os infiéis estão obrigados pela lei natural a adorar um só Deus, pois devem dar a Deus um culto que corresponde ao conhecimento que dele têm pela luz natural. Em se tratando da veneração de Deus, cada um deve agir de acordo com o que lhe foi dado conhecer pela luz da razão natural [...]. Mas este pecado não justifica a guerra contra os infiéis, de nada valendo afirmar que tal guerra é punitiva, pois o imperador não tem autoridade para a declarar, pois esses não estão submetidos ao seu poder no que se refere à jurisdição temporal [...]. Não a pode tampouco declarar o sumo pontífice, pois não tem sobre eles jurisdição temporal nem espiritual.”⁶⁶⁰

O segundo caminho, por sua vez, defendia a realização da ação missionária sob a proteção militar. Este era o caminho mais aceito entre os autores peninsulares, espanhóis e portugueses, pois, em nome do direito de pregar, a Igreja podia pedir o auxílio do braço armado dos reis cristãos, caso tal direito fosse violentamente obstruído. Em qualquer caso, este direito-dever deveria ser exercido por meios pacíficos, sendo apenas legítimo o recurso à força quando se tornasse necessário remover obstáculos violentos ao seu livre exercício, ou seja, se os outros povos o impedissem pela força e pela guerra. Mesmo assim, desde as lições de Francisco de Vitória em Salamanca, alertava-se para o recurso abusivo ao *jus praedicandi* nas guerras de conquista:

⁶⁵⁹ COVARRUBIAS Y LEIVA, Diego de. *Relectio In Regulam Peccatum*, in *Ominium Operum*, ob. cit., p. 85, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p.192.

⁶⁶⁰ *Idem*, p. 94, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), ps. 192 e 196.

“Se os Índios impedirem pela força os Espanhóis de pregarem livremente o Evangelho [...] podem os cristãos declarar-lhes guerra. [...]. Mas nem tudo o que é lícito é conveniente, pois pode ocorrer que tais guerras, extermínios e saques sejam ainda maior obstáculo à conversão dos Índios [...] e temo que tenhamos ido além do que o direito e a moral permitiam”⁶⁶¹

Seguindo essa linha de argumentação, os escritos de Pedro Simões adicionam ainda que o *jus praedicandi* não legitima a ocupação das terras indígenas e nem a destituição de suas autoridades pelo uso da força:

“Se os bárbaros, tanto os príncipes como a população, impedem os Hispanos de anunciar livremente o Evangelho, os Hispanos podem pregá-lo mesmo contra a vontade daqueles [...]. E, se for necessário, podem declarar a guerra por esta causa [...]. Idêntica resolução se aplica se os bárbaros que permitem a pregação impedirem a conversão, matando ou punindo de outra maneira aqueles que se convertem à fé [...]. Sobre esta questão, admite-se que antes de entrar em guerra por esta causa, deve apresentar-se a razão que permite provar aos bárbaros que nós temos o direito para lhes pregar o Evangelho, para que não se revoltem; em seguida, deve agir-se com a máxima moderação nesta guerra. De facto, não será permitido ocupar imediatamente as suas terras nem destituir os seus príncipes.”⁶⁶²

O terceiro caminho de evangelização, por fim, renunciava ao emprego de qualquer tipo de violência ou uso da força na missão evangelizadora. Como expoentes deste posicionamento contrário a legitimidade da guerra contra os povos que obstruíssem pela força o dever de pregar o Evangelho estão Antônio de São Domingos e José de Acosta. O texto de Antônio de São Domingos inicia-se, como era característica do método escolástico, pela referência ao posicionamento predominante, em sentido contrário ao seu, que exporá em seguida, mesmo contrariando o pensamento de Francisco de Vitória:

“Diz-se <que> se os bárbaros embaraçam os pregadores do Evangelho proibindo-os de pregarem entre eles, esta é uma justa causa para fazer-se-lhes guerra, pois podemos, através da força e das armas, compeli-los a que permitam que livremente se pregue o Evangelho. Victoria e os restantes defendem esta opinião e provam isto porque Cristo nos deu o poder de pregar o Evangelho: *Mt 28. 19.*: “*Ide e ensinai todas as gentes*” etc; e *Mc 16. 15.*: “*Ide por todo o mundo, pregai o Evangelho a toda a criatura*” etc. Logo, se alguém quiser privar-nos do nosso direito, temos motivo de justa guerra contra esses, respeitando-se aquilo que deve respeitar-se. E isto se confirma porque aqui se trata do proveito deles mesmos; logo, podemos ir

⁶⁶¹ VITÓRIA, Francisco de. *De Indis* ob. cit., I, 3, 11-12, excerto traduzido por Pedro Calafate, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 168.

⁶⁶² SIMÕES, Pedro, *Annotationes in materiam de bello*, ob. cit., *quaestio* I, f. 306, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 300.

empós disto, mesmo contra a vontade deles. E prova-se, em último lugar, porque de outro modo eles já ficariam sem remédio”.⁶⁶³

E a seguir, o autor expõe seu posicionamento:

“Todavia, e salva melhor opinião, esta causa não parece suficientemente justa, e prova-se porque o Senhor quer que o Evangelho seja pregado com mansidão, e não pela força das armas, como provámos atrás. Em segundo lugar, porque eles teriam em relação a nós um justo motivo de escândalo, porquanto não podemos provar-lhes que Cristo pôde conceder este direito. E, em relação aos argumentos, nego que o Senhor tenha dado mediante aquelas palavras um tal poder, e unicamente ordenou aos apóstolos que pregassem pelo mundo inteiro; que isto poderia fazer-se, deixou à virtude divina fazê-lo e assim se fez, como diz S. Paulo: *a vós se prega o Evangelho tal como no mundo inteiro se encontra*”.⁶⁶⁴

Por sua vez, José de Acosta argumentava que:

“Lê-se em S. Mateus “Se não vos quiserem receber, ao sair de suas casas, sacudi o pó dos pés” (Mt, 10). Não disse: “desembainhai as vossas espadas contra eles ou arrojai os vossos dardos”. Como podia mandar atacar com dardos e espadas O que mandou ir sem cajado nem báculo? O que não só mandou pregar sem armas, mas até meio desnudados e descalços, sem alforje e sem dinheiro? Pois não disse: “Mando-vos como lobos entre ovelhas”, mas ao contrário: “Como ovelhas entre lobos” [...] Pergunta, então, com que direito nos foi permitido submeter os infiéis e verás que S. Paulo, gabando-se do poder que recebeu de Cristo, concluiu: “Como poderei julgar os que estão de fora? Acaso não os julgará o Senhor?”⁶⁶⁵

Em síntese, era uníssono o *jus praedicandi*, todavia, para os autores peninsulares em estudo, havia certas limitações ao recurso à guerra para remover a resistência oposta pelos gentios. Muitos defendiam o uso de armas apenas como meio de defesa da agressão ao direito-dever de pregar e ainda assim sob certas condições bastante restritas. Outros recusavam o emprego da força por situar o *jus praedicandi* no campo do direito divino e sobrenatural, relacionado intrinsecamente com o foro íntimo de cada pessoa, razão pela qual não se justificaria o recurso à guerra justa, já que esta é matéria afeta ao direito natural e das gentes.⁶⁶⁶

⁶⁶³ SÃO DOMINGOS, Antônio de, *De Bello*, ob. cit. fol. 67vº-68, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 316.

⁶⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁶⁵ ACOSTA, José de, *De Procuranda Indorum Salute*, II, II 2-3, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 382.

⁶⁶⁶ Como fundamentos, invocavam, por exemplo, o Evangelho de São Mateus: “E, se ninguém vos receber, nem escutar as vossas palavras, saindo daquela casa ou cidade, sacudi o pó dos vossos pés” (Mt 10:14) e “Eis que vos envio como ovelhas ao meio de lobos; portanto, sede prudentes como as serpentes e inofensivos como as pombas” (Mt 10:16). Lê-se o mesmo em Lc 10; 3 e 11.

6.4.4

Do Argumento da Inferioridade Civilizacional como Título Ilegítimo para a Guerra Justa

Um último título que se costumava argumentar como autorizador da guerra justa contra os povos do Novo Mundo era a sua suposta inferioridade civilizacional. Este argumento era construído na esteira das concepções anteriormente tratadas neste capítulo, segundo as quais os índios era amentes e, disto decorreria, como consequência, a sua incapacidade para o domínio de jurisdição e de propriedade, bem como a sua condição de escravo por natureza. Como ficou assentado nas seções precedentes, estas teses eram postas em dúvida pelos autores da Escola Ibérica da Paz, com maior intensidade a medida que aumentava também o conhecimento e a proximidade do convívio quotidiano com os povos ameríndios.

Se, por um lado, a distância das cátedras ibéricas em contraste com a vida missionária nas Américas permitiu diferenças no tom dos discursos dos autores da Escola Ibérica da Paz, mais ou menos incisivos quanto à defesa da plena capacidade dos povos indígenas, por outro lado, era um consenso entre os escolásticos ibéricos que a suposta inferioridade civilizacional dos povos do Novo Mundo não poderia ser invocada como título de guerra justa, visando o desapossamento e escravidão dos índios, como são numerosos os exemplos de textos com essa mesma linha de argumentação.

Início com o seguinte excerto de Domingo de Soto quem, desde sua cátedra em Salamanca, desenvolve a argumentação fundamental acerca do tema da injustiça da guerra associada ao argumento de inferioridade civilizacional, utilizando-se, para tanto, de uma interpretação alargada da teoria aristotélica sobre a escravidão natural:

“Respondo ‘agora’ aos que, com base no argumento aristotélico da escravatura natural, dizem que os cristãos podem, em virtude da menoridade intelectual de outros povos, invadir com as armas os seus territórios e Estados. A esses digo que por esta razão não adquirimos nenhum direito sobre eles, nem os podemos submeter pela força, pois a sua inferior condição não os priva da liberdade [...] e como a liberdade é o fundamento do domínio, conservam todo o direito sobre os seus bens. Porque Aristóteles colocava esta servidão não só entre uma nação e outra, mas também entre pessoas da mesma cidade e de uma mesma família, e há entre os cristãos de uma mesma cidade “servos por natureza” que, sem embargo,

não podem por isso ser despojados dos seus bens, ainda que se recusem obedecer aos que são intelectualmente mais capazes. E quanto ao que diz Aristóteles no liv. I da Política, cap. 3, ou seja, que da mesma maneira que podem vender-se os animais podemos empreender uma guerra contra aqueles homens que nasceram para servir, há-de entender-se que podemos repelir pela força e submeter à ordem aqueles que, como as feras, andam errantes sem respeito algum pelas leis do pacto, invadindo o que é alheio por onde quer que passem.”⁶⁶⁷

Essa lição de Domingo de Soto ecoava em Coimbra, como pode ser lida no manuscrito de Martinho de Ledesma, em passagem a seguir transcrita:

“Ainda que algumas nações sejam rudes e imbecis, não é lícito fazer-lhes guerra ou ocupar as suas terras. A razão está em que aquela servidão [que resulta de, por serem limitadas, só poderem executar actividades subordinadas] não lhes tira a liberdade, como acontece àqueles que se vendem, ou são cativos de guerra, ou são reduzidos à servidão racionalmente segundo as leis. Mas contra isto poderá invocar-se aquilo que Aristóteles diz na *Política* I, cap. 3, a saber, que, tal como podemos vender os animais, assim podemos fazer guerra contra aqueles homens que nasceram para obedecer. Mas, a esta objecção, eu respondo que isso que Aristóteles diz deve ser entendido somente a respeito daqueles que vivem à maneira das feras, não respeitando nenhuns pactos entre os povos. [...] Esses tais podem ser submetidos pela força e coagidos a obedecer a alguma ordem, não, porém, todos os homens que são rudes e agrestes.”⁶⁶⁸

Ademais, é interessante ver como essa mesma fundamentação era aplicada por Fernão Pérez e Luis de Molina, na Universidade de Évora, fazendo expressa menção aos índios brasileiros. Primeiramente, cite-se o que nos legou Fernão Pérez:

“Francisco de Vitória coloca a dificuldade de saber se é lícito subjugar aqueles bárbaros que vivem sem governantes e comunidade política ao modo dos animais selvagens, tal como em algumas partes se encontram alguns africanos, indígenas do Brasil e outros. Mas só por esse título de que são excessivamente bárbaros de forma alguma é lícito combatê-los e subjugar-los, porque, se não cometem injustiça contra nós, não há motivo para termos direito para atacá-los ou, através da força ou medo, obrigá-los a serem súbditos de um príncipe cristão, e embora lhes fosse proveitosa a sujeição, não cumpre todavia que se “faça o mal para que venha o bem” (Rm 3, 8).”⁶⁶⁹

Já Luis de Molina atesta que:

⁶⁶⁷ SOTO, Domingo de. *De Justitia et Jure*, ob. cit. lib. IV, q. II, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p.184.

⁶⁶⁸ LEDESMA, Martinho de. *Secvnda Qvartae*, Conimbricae, 1560, tradução do latim e seleção dos textos de Leonel Ribeiro dos Santos. Sobre o passo citado: fol. 225v, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 256 e 260.

⁶⁶⁹ PÉREZ, Fernão. *De Bello*, ob. cit., f. 230, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p. 274.

“Nem sequer cumpre discutir se é justa causa de guerra submeter uma nação por ser bárbara ou incivilizada e mais própria para ser governada por outros e educada nos bons costumes do que para reger-se a si mesma. Mesmo quando não faltem autores que afirmem ser esta razão suficiente para submeter todos os Brasileiros e os demais habitantes do Novo Mundo, assim como os Africanos, reduzindo-os à escravatura, sendo que, como escravos, todos os seus bens passariam para os seus senhores, sendo privados das suas terras. Como já referi, de maneira alguma estamos perante causa suficiente para legitimar a escravatura.”⁶⁷⁰

Finalizo estas reflexões com as palavras do missionário José de Acosta, que vivenciando a realidade do Novo Mundo, põe por terra qualquer constrangimento filosófico em contrariar Aristóteles a bem de expor a verdade sobre a condição com que se empreendiam as guerras contra os indígenas, a pretexto de sua inferioridade civilizacional:

“Aquilo que se alega, com base em Aristóteles, sobre a guerra justa contra os bárbaros que se recusam a aceitar o domínio, é algo bem difícil de entender, e desperta não pequenas suspeitas de que essa tese não resulte de razões filosóficas mas sim da opinião popular [...]. E se Alexandre Magno (como dizem alguns, atraído pela ambição do poder) quis levar as bandeiras macedónias por todo o universo, não devemos preocupar-nos demasiado com o que Aristóteles escreveu mais por motivos de adulação do que de filosofia.”⁶⁷¹

Com José de Acosta está-se no limite da Escola Ibérica da Paz, um passo a mais significaria romper com o conjunto de crenças e valores defendidos por estes pensadores cristãos, o que de fato não ocorreu, mas a grandeza destes homens está justamente aí: defender um quadro de convivência humana racional e pacífica dentro de um sistema de valores rígidos sem pretender subjulgar os outros povos e a eles aplicar o mesmo direito natural e das gentes a si aplicáveis.

⁶⁷⁰ MOLINA, Luís de. *De Justitia et Jure*, ob. cit. tomo I, livro III, disp. CV, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p.284..

⁶⁷¹ ACOSTA, José de. *De Procuranda Indorum Salute*, Ob. cit., V, 1-2, passagem publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), ps. 382 e 386.

7 Conclusão

O problema de pesquisa que permeou a construção e exposição das três partes principais que compõem a presente tese foi a busca de um fundamento teórico para a afirmação de que os povos indígenas são sujeitos coletivos no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, considerando que os direitos humanos, por força da tradição teórica prevalecente, são concebidos em termos de direitos individuais.

A primeira resposta ao problema de pesquisa proposto, que se sobressai no conjunto do trabalho de pesquisa realizado, é que a teoria dos Direitos Humanos, tradicionalmente ensinada e pesquisada nos meios acadêmicos, é uma teoria que se pretende universal e homogênea. Porém, uma análise mais acurada demonstra o contrário. A concepção predominante dos direitos humanos vem sendo tecida a partir de contextos históricos e geográficos particulares de potências hegemônicas que, por diversos fatores de ordem política ou econômica, transformaram a sua concepção de direitos humanos como sendo a prevalecente.

Refiro-me a “genealogia quase canônica” dos estudos que se dedicam à reconstrução da evolução histórica das doutrinas dos direitos do homem, identificada por Giuseppe Tosi, “que se inicia com a *Magna Charta Libertatum*, passa pelo *Bill of Rights* da Revolução Gloriosa, para chegar à Declaração do Estado da Virgínia, e finalmente à *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* da Revolução Francesa”⁶⁷², ignorando outros momentos decisivos deste percurso.

Assim sendo, o presente trabalho de tese debruçou-se precisamente sobre um desses momentos históricos fundamentais, mas ao qual têm sido dedicados

⁶⁷² TOSI, Giuseppe. *Raízes Teológicas dos Direitos Subjetivos Modernos: conceito de dominium no debate sobre a questão indígena no século XVI* (2005). Disponível em: <http://www.ies.ufpb.br>. Acessado em 21 de julho de 2013.

poucos estudos por parte da doutrina dos direitos humanos. Trata-se do encontro entre os reinos luso-espanhóis e as civilizações indígenas no cenário do Novo Mundo com seus desdobramentos no processo de conquista e colonização da América. A partir deste marco histórico e geográfico, busquei resolver o paradoxo exposto na introdução do presente trabalho de tese e reconstruir uma fundamentação teórica autêntica para a defesa da subjetividade coletiva dos povos indígenas latino-americanos.

Seguindo essa linha de contextualização, foi na tradição cultivada pelas mais importantes Universidades da Península Ibérica, nos séculos XVI e XVII, que encontrei os alicerces para a fundamentação pretendida, já que foi nas Universidades de Salamanca, Valladolid, Alcalá, Évora e Coimbra onde se formou uma autêntica escola de pensamento coesa pelos laços da filosofia democrática cristã e do jusnaturalismo, reunida neste trabalho sob a denominação de Escola Ibérica da Paz.

Com o aprofundamento desta pesquisa, um dos aspectos gerais mais admiráveis foi perceber que, apesar da origem europeia dos mestres, fontes e método da Escola Ibérica da Paz, seu arcabouço doutrinário não se tornou hegemônico. Em questões como a da dúvida indiana, estudada à luz do direito natural e das gentes, que podia ser compreendida como um tema de direitos humanos no contexto daquele período, o pensamento peninsular cristão permaneceu quase que completamente desconhecido nos séculos seguintes. Por esta razão, a pesquisa empreendida alertou-me para o fato de que nem toda doutrina europeia de direitos humanos é a hegemônica.

Nesse sentido, através da presente pesquisa foi possível observar, com clareza, que dentro do próprio contexto imperial luso-espanhol emergiram também pensadores contra-majoritários que questionavam as doutrinas teocrática e regalista dominantes naquela época, utilizando, para tanto, o mesmo referencial de valores civilizacionais de seus opositores, demonstrando-se a falsidade da premissa de que a história da conquista da América se resume a antagonismos fáceis de se identificar pelos estereótipos do índio, do colonizador e do missionário.

Diante do impacto do *descobrimento* do *Novo Mundo*, qual deveria ser a postura ética da coroa espanhola que o recebeu, inicialmente, sob a autoridade do Papa? O suscitar desta dúvida de consciência no seio de um Império, em si

mesma, já é um fato excepcional na História. Porém, mais surpreendentes ainda, foram as respostas dadas pelos escolásticos hispânicos, que não se resumiram ao cavalo, ao arcabuz e à cruz. Por exemplo, a resposta de Domingo de Soto, ainda em 1535, é no mínimo desconcertante:

“Portanto, com que direito retemos o império ultramarino recentemente descoberto? Na verdade não sei (...), pois não vejo donde nos venha tal direito.”⁶⁷³

E qual é o fundamento doutrinário para um posicionamento tão firme e desassombrado perante a autoridade do Imperador e do Papa por parte dos autores da Escola Ibérica da Paz? Estes fundamentos estão na fidelidade destes autores ao arcabouço filosófico, teológico e jurídico construído durante oito séculos de cristianismo ocidental. Mesmo após a expansão do *orbis christianus* ao *totus orbis* vitoriano e do acréscimo do Novo ao Velho Mundo nos mapas de Seiscentos, os pensadores ibéricos não duvidaram em aplicar os preceitos desta longa tradição aos povos que apareciam no horizonte dos descobrimentos e guerras de conquistas na América.

Nessa esteira, sustento que é na filosofia democrática cristã e no *jus gentium* da Escola Ibérica da Paz (séculos XVI e XVII), fortemente ligados ao direito natural, que podem ser revisitados os fundamentos para a elevação das coletividades humanas à condição de sujeitos do Direito Internacional, e dentre estas, em particular, os povos indígenas.

*
* *

Contudo, para adentrar no exame da fundamentação da subjetividade coletiva dos povos indígenas à luz da doutrina democrática da Escola Ibérica da Paz, foi necessário percorrer antes um trajeto metodológico, a fim de se compreender o problema de pesquisa posto em toda a sua amplitude.

Para tanto, a primeira parte do trabalho foi dedicada ao estudo do fenômeno da coletivização da proteção internacional dos direitos humanos, iniciando com a

⁶⁷³ SOTO, Domingo de, *Relectio de dominio*, Salmanticae, 1535, 34, 2-3, in: SOTO, Domingo de. *Relecciones y Opusculos*. Edição, traduções e introduções de Jaime Brufal Prats, Salamanca: Editorial San Esteban, 1995, p. 177. v. 1 Tradução do espanhol para o português de Pedro Calafate, publicada no catálogo/livro *A Escola Ibérica da Paz* (vide *supra* nota 560), p.184.

análise dos fatores que julguei determinantes para que a proteção internacional de coletividades humanas não fosse desenvolvida, após a segunda guerra mundial, com a mesma amplitude e profundidade que aquela destinada aos indivíduos.

O primeiro fator foi levantado a partir da reconstrução do processo de redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, escolhido por ter sido este o instrumento normativo que influenciou a elaboração dos principais tratados e demais normas internacionais de proteção após a Segunda Guerra Mundial, tanto no plano global das Nações Unidas, quanto nos planos regionais europeu, interamericano e africano. Esta análise foi procedida através do estudo das fontes documentais, filosóficas e ideológicas que marcaram a Declaração Universal, concluindo-se que, apesar de contribuições provenientes de culturas não ocidentais e da pressão da URSS e seus aliados, o texto produzido e aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas carrega um forte viés individualista proveniente da tradição iluminista do século XVIII. Por conseguinte, os direitos humanos passaram a ser definidos ontologicamente como sendo aqueles inerentes a toda pessoa humana, dotada de razão e especial dignidade.

O segundo fator, por sua vez, foi depreendido do processo subsequente de elaboração dos dois Pactos das Nações Unidas sobre direitos humanos. Destaquei que a aprovação da resolução 543 (VI), de 05 de fevereiro de 1952 pela Assembleia Geral das Nações Unidas dividiu o projeto de pacto que estava sendo elaborado em dois, separando os direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais com o estabelecimento de mecanismos de implementação diferenciados para cada uma destas duas categorias. Sublinhei, ademais, que apesar desta dicotomização sofrer críticas severas, inclusive das quais compartilho nos dias atuais, foi a solução intermediária para as propostas mais radicais de elaboração de pactos sucessivos ou completamente separados sobre direitos humanos.

Em que pese esta categorização ter sido revisada em várias e sucessivas resoluções, a partir da Conferência Mundial de Teerã em 1968, com repercussões nos sistemas regionais de proteção, o resultado foi seu enraizamento na teoria e na prática dos direitos humanos. Por um lado, a síntese teórica da tradição individualista dos direitos humanos com a cisão destes em dois Pactos se encontra hoje consagrada na alegoria das *gerações de direitos humanos*, da qual procurei me distanciar no presente trabalho. Por outro lado, na prática, os dois fatores

acima expostos contribuíram para a dificuldade de manejar petições de vítimas de violações de direitos humanos com um viés mais acentuadamente coletivista.

No segundo capítulo da primeira parte enfoquei a demonstração do fenômeno da coletivização da proteção internacional dos direitos humanos, utilizando para tanto o método indutivo de observação da experiência internacional de peticionamentos coletivos no âmbito das Nações Unidas, sob o sistema global, em bases convencionais ou extra-convencionais, no âmbito regional, sob os sistemas das convenções européia, interamericana e africana, com suas modulações de acesso às respectivas Cortes regionais e, por fim, no âmbito do sistema de reparações às vítimas de crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, previsto no Estatuto de Roma.

Após a análise dessas experiências pude inferir que, mesmo com as resistências teóricas, na prática, as coletividades humanas, ao lado dos indivíduos, têm assegurado um papel cada vez mais evidente como sujeitos no direito internacional tanto em sentido material como processual, levando-me a propor, ao final, a transposição da teoria dos interesses transindividuais consolidada no Direito Processual Civil comparado para o processo internacional de proteção das vítimas plurais de violações de direitos humanos e, com fundamento nesta mesma teoria, apresentar uma tipologia aberta de coletividades-sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A segunda parte do presente trabalho serviu como ponte entre o exame das coletividades como sujeitos, em geral, face ao fenômeno da coletivização da proteção internacional dos direitos humanos e o recorte teórico que precisava ser feito para se avançar no tema específico da fundamentação da subjetividade coletiva dos povos indígenas no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Com esse objetivo, o terceiro capítulo iniciou com a enumeração de três razões de natureza metodológica, que justificaram a escolha dos povos indígenas latino-americanos como protagonistas desta pesquisa, a saber: a) a diversidade de coletividades que podem enquadrar-se nas características de um *povo indígena*, segundo o parâmetro estabelecido pela Organização Internacional do Trabalho; b) a necessidade de se estabelecer um marco histórico e geográfico relacionado com a Escola Ibérica da Paz, que é a teoria de base do presente trabalho; e, por fim, c) o evidente liame étnico e cultural que faz com que o gozo e o exercício de alguns

direitos humanos reconhecidos aos povos indígenas sejam de natureza coletiva, tais como a propriedade comunal de seus territórios ancestrais e o uso de seu patrimônio imaterial, revelando a forte identidade cultural coletiva dos povos indígenas.

Ainda no terceiro capítulo, o passo seguinte foi reconstituir a trajetória dos povos indígenas de objetos a sujeitos do Direito Internacional, pelo qual foi possível compreender que a exclusão dos povos indígenas do quadro de divisão do poder no final do século XVI, ocorreu em razão da crescente exacerbação da posição do Estado nas relações jurídicas internacionais, até o ápice do positivismo jusinternacionalista, na primeira metade do século XX, dando a esta disciplina um viés monosubjetivista, com ênfase no voluntarismo estatal.

Percebeu-se, ademais, que até mesmo a recente Era dos Direitos Humanos, pós-1948, passou ao largo das reivindicações dos povos indígenas, dado ao viés individualista dos instrumentos de proteção e mecanismos de implementação de direitos humanos, conforme exposto na primeira parte do presente trabalho, motivo pelo qual os êxitos alcançados pelo reconhecimento dos direitos indígenas deveu-se mais à organização do movimento indigenista e suas lutas sociais nos fóruns internacionais, a partir da década de 1970, do que propriamente a uma previsão inicialmente dirigida às suas peculiaridades coletivas na normativa internacional de proteção dos direitos humanos produzida após a Segunda Guerra Mundial.

Na última seção do terceiro capítulo analisei o modelo teórico de *horizontes constitucionais* elaborado por Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, no qual constatei o entrelaçamento entre as etapas pelas quais atravessaram as diversas Constituições latino-americanas rumo à concretização de um projeto constitucional descolonizador e a trajetória dos povos indígenas até o seu reconhecimento como sujeitos no plano internacional, resultando deste diálogo entre o Novo Constitucionalismo Latino Americano e o Direito Internacional dos Povos Indígenas, a conquista, nos dias atuais, de um acervo de normas, nos planos interno e internacional dos Estados, que se somam e complementam.

No quarto capítulo procedi ao estudo de casos que demonstraram o processo de transformação da experiência jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao reconhecimento de povos indígenas como sujeitos coletivos, vítimas de violações de direitos humanos. Sem dúvida, a Corte

Interamericana deu um grande passo no caso do povo Kichwa de Sarayaku contra o Equador (2012) ao estabelecer que as considerações de sua sentença neste caso deveriam ser entendidas em perspectiva coletiva, já que a normativa internacional relativa a povos e comunidades indígenas ou tribais reconhece direitos aos povos como sujeitos coletivos do Direito Internacional e não unicamente a seus membros⁶⁷⁴. Entretanto, apesar da Corte Interamericana, neste caso paradigmático, abandonar o critério de que apenas a pessoa humana pode ser sujeito de direitos, conforme a interpretação literal do artigo 1.2 da Convenção Americana, não transparece uma fundamentação teórica capaz de sustentar o seu atual posicionamento, ainda calcionado em um acentuado normativismo jurídico.

No entanto, a leitura dos votos do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade nos casos *Moiwana vs. Suriname* (2005)⁶⁷⁵ e *Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai* (2006), ofereceu-me uma trilha que poderia ser seguida em busca de uma fundamentação teórica para o reconhecimento da subjetividade coletiva dos povos indígenas no Direito Internacional, indo muito mais além da questão puramente hermenêutica e normativista.

Em voto separado no caso *Moiwana*, ao tratar da subjetividade jurídica dos povos no Direito Internacional, o juiz Cançado Trindade abriu uma nova linha de reflexão sobre o tema da titularidade coletiva de direitos humanos que iria muito mais além do parâmetro normatizado no artigo 1.2 da CADH. Enfatizando as bases teóricas do *jus gentium* do século XVI, o magistrado demonstrou que, até então, o direito internacional abrangia não apenas Estados, mas também povos e pessoas humanas, como indivíduos ou grupos e a humanidade como um todo. Após séculos de prevalência da lógica de Westfália, somente com a exaustão do positivismo interestatal, os seres humanos, individual ou coletivamente, emergiram como sujeitos do direito internacional do século XXI. Assim sendo, conclui o magistrado que apesar dos avanços jurisprudenciais, inaugurados no

⁶⁷⁴ Corte IDH. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245. par.. 284.

⁶⁷⁵ Corte IDH. Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124. Voto Separado do juiz A. A. Cançado Trindade. pas. 6-12.

caso da comunidade Mayagna, ainda permanecia em aberto a questão dos povos como autênticos sujeitos do direito internacional.⁶⁷⁶

No caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya, o Juiz Cançado Trindade dedicou as reflexões finais de seu voto às considerações sobre os direitos dos povos indígenas na formação e desenvolvimento do direito das gentes, apontando que “as violações dos direitos dos povos indígenas e as reparações devidas a estes últimos, se encontram, com efeito, nas raízes do proceso histórico de formação do direito de gentes, do *jus gentium*”, Invocando para demonstrar tal assertiva as Relecciones Teológicas de Francisco de Vitoria e os Tratados Doutriniais (1552-1553) de Bartolomé de las Casas.⁶⁷⁷

Seguindo esta trilha deixada pelo Juiz Cançado Trindade, a terceira parte da presente pesquisa concentrou-se no resgate da doutrina da Escola Ibérica da Paz, como alternativa de fundamentação do Direito Internacional dos Povos Indígenas e reconstrução da subjetividade coletiva destes povos no plano do Direito Internacional.

Para assim proceder, foi necessário estabelecer, previamente, no quinto capítulo, um amplo panorama para compreensão dos textos da Escola Ibérica da Paz sem pré-conceitos e anacronismos. Partindo da origem da dúvida indiana, suscitada pelo histórico sermão do frei Antônio de Montesinos, proferido em 21 de dezembro de 1511, analisei os desdobramentos da profunda crise de consciência nacional que dividia as opiniões acerca do modo pelo qual deveria ser conduzido o processo de conquista e colonização da América espanhola. Em seguida foi estudado o significado político e religioso do texto do *Requerimiento*, que deu o fundamento teocrático para as guerras de conquista contra os índios, assim como foi traçado um panorama da profusão de textos legais expedidos pela Coroa espanhola em meio ao embate entre os interesses de colonos e encomenderos de índios, de um lado, e as denúncias dos freis dominicanos contra os abusos, matanças e violências cometidos contra os naturais daquele Novo Mundo, de outro lado.

⁶⁷⁶ Corte IDH. Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124. Voto Separado do juiz A. A. Cançado Trindade. pars. 5-12.

⁶⁷⁷ Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C No. 146. *Voto Razonado* do Juiz A. A. Cançado Trindade. Par. 60.

A seção seguinte tratou especificamente da Escola Ibérica da Paz e dos alicerces doutrinários que foram utilizados pela doutrina ibérica para a construção da resposta a dúvida indiana. Iniciei pela análise dos legados mentais teocrático e democrático em disputa em meados do século XVI, personificados na disputa de Juan Ginés de Sepúlveda e Bartolomeu de las Casas, na Junta de Valladolid de 1550-1551, concluindo que o vencedor deste embate não foi nenhum dos lados contendores, mas sim o próprio imperador Carlos V que representava, naquele momento, o nascimento da corrente absolutista que prevaleceria na Europa até o final do século XVIII. Defendi, portanto, que a Escola Ibérica da Paz ocuparia um papel contra-majoritário, mas crucial, por ter colocado em causa os fundamentos éticos, políticos e jurídicos do processo de conquista e colonização da América.

Em seguida, consignei que a Escola Ibérica da Paz reuniu, durante os séculos XVI e XVII, onde atualmente se encontram os territórios de Portugal e Espanha, e posteriormente nas suas colônias americanas, uma corrente doutrinária formada por teólogos e juristas que, através do método escolástico, debatiam e aprofundavam temas essenciais para seu tempo, em busca da construção de verdades universais, a partir de fontes de conhecimento comuns para a cultura ocidental cristã, como a filosofia grega, o direito romano e suas glosas medievais, bem como as obras dos doutores da Igreja, documentos eclesiásticos e a própria Bíblia com preferência ao Novo Testamento. Dentre os principais temas de preocupação comum dos jus-teólogos desta Escola estão a origem popular do poder e a legitimidade do direito de resistência contra a tirania no quadro das disputas entre teocratas e regalistas; a realização do império universal; o direito da guerra e a manutenção da paz, assim como a própria discussão sobre a legitimidade dos títulos de conquista das terras americanas e a ética no processo de sua colonização. É neste último tema que se insere, mais especificamente, a questão indígena, a qual é debatida no quadro do direito natural e da filosofia política traçada pelas temáticas anteriores. Portanto, a Escola Ibérica da Paz foi o centro motriz de quase todas as discussões derivadas da dúvida indiana na Europa e nos territórios coloniais ultramarinos.

Na seção final do quinto capítulo expus, em primeiro lugar, a importância da visão teológica dos escritos Ibéricos para a análise da controvérsia indígena, por esta se pautar pela perspectiva do direito natural e das gentes, advertindo para o fato de que, por muitos séculos, os escritos da Escola Ibérica da Paz foram pouco

estudados em razão de suas fontes teológicas e metodologia escolástica, o que representou uma grande perda para a filosofia política e para a teoria dos direitos humanos, uma vez que o pensamento ibérico do século XVI representaria o elo entre o legado medieval cristão e as idéias secularizadas que emergiram na modernidade tardia do século XVIII.

Em segundo lugar foi essencial compreender o quadro geral da divisão escolástica do Direito e a posição que ocupa o direito natural e o direito das gentes neste esquema. A importância deste aprofundamento exsurge da freqüente menção ao direito natural e das gentes nos textos da Escola Ibérica da Paz quando da fundamentação das questões relacionadas com os povos do Novo Mundo. Para os escolásticos ibéricos, neste quadro pressupõe-se a existência de um direito divino e outro humano. O direito divino, por sua vez, é duplo: natural e positivo. Já o direito humano, que é todo positivo, subdivide-se em direito civil e das gentes, sem desvencilhar estes últimos, contudo, de sua fundamentação no direito divino natural.

É certo que não havia um consenso entre os autores da Escola Ibérica da Paz acerca da exata posição do direito das gentes no quadro da divisão geral do direito, ora aproximando-o do direito divino natural, ora do direito positivo humano. Entretanto, o mais importante resultado desta análise foi perceber que a questão indígena não era tratada à luz do direito divino positivo, o que lhe daria um matiz estritamente evangélico e nem a partir do enfoque do direito civil humano positivo, o que lhe daria um caráter eurocêntrico. Pelo contrário, ao posicionar as respostas à dúvida indiana no plano do direito divino natural e do direito das gentes, sobressai uma visão universalista da questão, pois, os princípios que a sustentam estão fundados na *recta ratio*, inerente a todos os homens e, portanto, aplicáveis tanto aos reinos cristãos quanto aos povos ameríndios.

Enfim, o que restou patente, após o estudo realizado no quinto capítulo, foi a constatação de que, muito antes das teorias protestantes dos séculos XVII e do processo de secularização iluminista do século XVIII, os pensadores da Escola Ibérica da Paz já manejavam concepções como o da origem democrática do poder civil e o do racionalismo jusnaturalista, fundamentais para a construção dos argumentos em defesa dos direitos dos povos do Novo Mundo.

No sexto capítulo, examinei, mais detidamente, os textos legados pela Escola Ibérica da Paz, distribuindo-os em quatro eixos temáticos. O primeiro eixo, no âmbito da filosofia política, tratou da origem do poder temporal (ou civil) e sua tênue relação com o poder espiritual. Os três eixos seguintes trataram dos temas relacionados com o direito (ou lei) natural e o direito das gentes, a saber: o domínio, a escravidão e a guerra justa. Frisei, ademais, que estes quatro eixos temáticos giram em torno dos pilares fundamentais da Escola que são a universal racionalidade e sociabilidade naturais dos homens e dos povos, determinando que o afirmado no plano do direito natural e das gentes para os povos europeus é válido para os demais povos do orbe.

Nesse sentido e após a análise acima, pude concluir que a lacuna doutrinária existente para a fundamentação do Direito Internacional dos Povos Indígenas contemporâneo, assim como a fundamentação do reconhecimento destas coletividades humanas como sujeitos de direitos no plano internacional, pode ser preenchida pelo pensamento da Escola Ibérica da Paz dos séculos XVI e XVII.

Para tanto elenco as contribuições mais importantes extraídas dos textos da Escola, de acordo com os eixos temáticos estudados ao longo do sexto capítulo, a saber:

É válido registrar, inicialmente, que o movimento internacional de descolonização, iniciado a partir da década de 1950, não representou uma solução satisfatória para o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos dotados de soberania, visto que a *Blue Water Doctrine*, não lhes era endereçada, razão pela qual as linhas mestras desenhadas pela doutrina ibérica democrática oferecem bases teóricas mais autênticas para a tradução do direito destes povos à autodeterminação.

Deve-se enfatizar que, nos dias de hoje, a reivindicação dos povos indígenas à autodeterminação não deve ser tratada como uma declaração de secessão. Pelo contrário, eles reclamam o direito de manter seu peculiar modo de vida com as suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas e culturais, bem como seu direito de consulta sempre que alguma decisão os afete, bem como o direito de participação como cidadãos dentro do Estado em que vivem.

Sendo assim, a fundamentação dos direitos indígenas no direito natural e das gentes, como proposta pelos teólogos-juristas hispanos para responder à dúvida indiana, favoreceu, em primeiro lugar, o respeito pela soberania inerente

dos povos do Novo Mundo. Rejeitando as teorias sobre o senhorio universal do Imperador ou do Papa, os jus-teólogos da Escola Ibérica da Paz compararam as Nações indígenas aos reinos europeus, situando-os em plano de estrita igualdade, uma vez que a origem do poder civil era de direito natural e intrinsecamente igual tanto para os reinos cristãos quanto pagãos. Por este raciocínio, também todas as regras do Direito Internacional costumeiro que eram válidas na Cristandade deveriam ter estrita aplicação na América, como os modos de transferência legítima do domínio de jurisdição entre os povos, os títulos de escravidão legal e os princípios doutrinários da guerra justa.

Em segundo lugar, a recusa dos títulos de domínio do Imperador e do Papa conduzia à explicação de que o mero fato da chegada dos navios espanhóis e portugueses à América não legitimava a perda do direito de propriedade das nações nativas sobre suas terras. Os pensadores da Escola Ibérica da Paz eram enfáticos ao afirmar que, por força do direito natural e das gentes, as nações nativas eram as verdadeiras donas daquelas terras. Então, os fundamentos do direito de possuir, usar, ocupar e controlar as terras ancestrais e seus recursos naturais pode ser encontrado nesta doutrina, afastando-se a doutrina da *terra nullius*.

E mais: os mestres da Escola Ibérica da Paz, como foi exemplificado no excerto acima transcrito de Domingo de Soto, não encontraram qualquer justiça ou legalidade para justificar as matanças e o desapossamento dos índios no Novo Mundo. Nem mesmo sob o título do *jus praedicandi* era vista com segurança a licença para cometer as atrocidades que se vinham cometendo contra os povos ameríndios. Abre-se, assim, um novo flanco de intensos debates sobre o problema da restituição, que se traduz da seguinte forma: se não há direito que sustente o domínio dos hispanos sobre as terras e gentes do Novo Mundo, então o que lá estava acontecendo era furto ou rapina e os que haviam cometido estes furtos e rapinas tinham o dever de restituir tudo aquilo que fora usurpado das gentes do Novo Mundo com enganos e violência.

Em terceiro lugar, por fim, a perspectiva do direito natural proposta pela Escola Ibérica da Paz para responder à dúvida indiana, permitiu uma abordagem respeitosa e igualitária mesmo dentro de um quadro rigoroso de valores civilizacionais cristãos. Seguindo este raciocínio, os autores em estudo rejeitaram fortemente a aplicação da teoria da escravidão natural aos povos indígenas

americanos, ainda que para isso fosse necessário contradizer a tradição aristotélica, substituindo-a pelas bases da teologia tomista. Em contrapartida, defenderam a natureza racional dos nativos americanos tal como qualquer outro membro do gênero humano e, por conseguinte, a eles aplicaram o mandamento universal de Cristo sobre o dever de amor ao próximo.

*
* *

Em síntese, neste início de século XXI, o presente trabalho de tese buscou contribuir com a construção de um *Novo Jus Gentium*, na esteira do que vem sendo proposto pelo jurista Antônio Augusto Cançado Trindade⁶⁷⁸, aportando para este esforço intelectual coletivo de reconstrução de um Direito Internacional para a Humanidade, o resgate da doutrina da Escola Ibérica da Paz dos séculos XVI e XVII. A perspectiva universalista dos autores estudados, fincada na concepção jusnaturalista da *recta ratio* como fundamento do direito natural e das gentes, proporciona a superação de uma concepção puramente inter-estatal e voluntarista do Direito Internacional, oportunizando o reconhecimento da personalidade jurídica a outros sujeitos não estatais no plano internacional, como é o caso dos povos indígenas. Já a perspectiva teológica presente na base dos autores da Escola Ibérica da Paz abre a possibilidade da reinserção da ética no direito e do amor ao próximo na teoria ocidental dos direitos humanos, tão demasiadamente individualista nos dias de hoje.

⁶⁷⁸ Confira dentre muitos outros: CANÇADO TRINDADE, A. A. *International Law for Humankind: towards a new jus gentium*. In: *Collected Courses of Hague Academy of International Law*. 2005. v. 316. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. tomos I e II.

Epílogo

“Manoel Teixeira, cônego da Sé de Elvas e vigário desta cidade de Belém do Grão-Pará e de todas as Capitanias, etc. Declaro, que me acho com os sacramentos recebidos, próximo à morte, para ir dar conta a Deus, pelo estado em que estou e por descarga de minha consciência: certifico, há muitos anos que vivo neste Estado, e assim em razão do exercício deste meu ofício, como pela comunicação dos homens mais antigos e experimentados dele, e principalmente de meu irmão o capitão-mor Pedro Teixeira⁶⁷⁹ (...) sei que nas ditas entradas, ou fossem em paz ou de guerra, se exercitaram sempre grandes injustiças e crueldades extraordinárias contra os índios, queimando-lhes suas povoações, matando muitos milhares deles, sem piedade, nem causa, e trazendo muitos cativos, sem mais razão, nem justiça, que ser maior o nosso poder, tirando-os de suas terras com enganos e não se guardando fé, nem palavra aos que se sujeitavam, e faziam vassalos de Sua Magestade, antes tratando-os com tanto rigor e excesso de trabalho que no espaço de trinta e dois anos, que há, que se começou a conquistar este Estado, são extintos a trabalho e a ferro, segundo a conta dos que ouviram mais de dois milhões de índios de mais de quatrocentas aldeias, ou para melhor dizer cidades muito populosas...

... e certifico que os moradores deste Estado se tem servido desde o princípio de grandíssimo número de índios a título de escravos, aos quais por sua morte foram sucedendo outros de que ao presente se servem, tomando-os e vendendo-os pela maior parte com a mesma injustiça acima dita, os quais índios além de serem tratados rigorosissimamente, trazendo-os despídos, assim homens como mulheres, com grande indecência e dando-lhes muito mal de comer e chamando-lhes nomes muitos feios e afrontosos, de que eles muito se sentem (...) E os índios que vivem nas aldeias com o nome de livres (...) padecem ainda muito mais (...) porque os governadores e capitães-mores os tratam não só como escravo, mas como escravos que não lhes custaram dinheiro...

Assim que em suma, Senhor, fala com Vossa Magestade Manoel Teixeira, com perto de setenta anos de idade, esperando cada hora a morte, e desencarregando como pastor destas tão mal governadas ovelhas, sua consciência sobre a de Vossa Magestade e da dos seus ministros...

... e assim peço ao Padre meu confessor, que mandando fazer dois traslados autênticos deste papel, o faça remeter logo ao reino, por via que possa chegar às reais mãos de Sua Magestade...

... E para tudo que tenho dito faça fé, o juro pelo juramento de minha ordem.

Belém do Grão-Pará, 5 de janeiro de 1654. – Manoel Teixeira.”⁶⁸⁰

⁶⁷⁹ Pedro Teixeira foi Capitão-Mor da Capitania do Grão-Pará, título este que recebeu em reconhecimento ao seu importante papel, no século XVII, na conquista e consolidação da posse da Coroa portuguesa sobre as terras da atual Amazônia brasileira.

⁶⁸⁰ Texto extraído da obra coletiva: FREIRE, José Ribamar Bessa (Coord.). *A Amazônia Colonial* (1616-1798). Manaus: Metro Cúbico, 1994. p. 75.

Referências Bibliográficas

Livros e Coleções

ABELLAN HONRUBIA, Victoria. La responsabilité internationale de l'individu. in: **Recueil des cours**, 280, 135-428 (1999).

ACOSTA, José de. **De Procuranda Indorum Salute – Pacificación y Colonización**. Madrid: CSIC, 1984. Coleção **Corpus Hispanorum de Pace**. v. XXIII.

ANAYA, James. **Indigenous Peoples in International Law**. 2. ed. Nova York: Oxford University Press, 2004.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2008. t. I.

_____. **Suma Teológica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005. t. II.

_____. **Suma Teológica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2009. t. III.

_____. **Suma Teológica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2010. t. IV.

_____. **Suma Teológica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2011. t. V.

_____. **Suma Teológica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2012. t. VI.

_____. **Suma Teológica**. 1. ed. São Paulo: Loyola, 2005. t. VII.

_____. **Suma Teológica**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2009. t. VIII.

_____. **Suma Teológica**. 1. ed. São Paulo: Loyola, 2006. t. IX.

_____. **Suma Teológica**: Tradução de Alexandre Corrêa. Organização e Direção de Rovílio Costa e Luis Alberto de Boni. 2. ed. Caxias do Sul/Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Universidade de Caxias do Sul/Livraria Sulina Editora em co-edição com Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Grafosul, 1980. volumes I-XII.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo – anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AZPILCUETA, Martín de. **Comentario Resolutorio de Cambios**. Madrid: CSIC, 1965. Coleção **Corpus Hispanorum de Pace**. v. IV.

BAKER, Judith (Ed.). **Group Rights**. Toronto: University of Toronto Press, 1994.

- BARBERIS, Julio A. Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale. **in: Recueil des cours**, 179, 145-304(1983-I).
- BARCIA TRELLES, Camilo. Francisco Suarez (1548-1617) : (les théologiens espagnols du XVIe siècle et l'école moderne du droit international). **In :** Recueil des cours, Volume 43 (1933-I).
- BARRETO, José-Manuel. **Human Rights from a Third World Perspective: critique, history and International Law.** Cambridge: Cambridge School Publishing, 2013.
- BELLO, Emmanuel G.. The African Charter on Human and People's Rights: a legal analysis. **In: Recueil des cours**, 194, 32 (1985-V).
- BENHABIB, S. **The Rights of Others.** Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- BEREZOWSKI, Cezary. Les sujets non souverains du droit international. **in: Recueil des cours**, 65, 1-85 (1938-III).
- BERRAONDO, Mikel (ciird.). **Pueblos Indígenas y Derechos Humanos.** Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 27. ed. S. Paulo: Malheiros, 2012.
- BOSON, Gerson de Brito Mello. **Direito Internacional Público: o Estado em direito das gentes.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BOURQUIN, Maurice. Règles générales du droit de la paix. **in : Recueil des cours**, 35, 1-232 (1931-I).
- BURKE, Peter **et al.** (Ed.). **History of Humanity: scientific and cultural development.** Londres: UNESCO, 1999. V. V (From the Sixteenth to the Eighteenth Century)
- CALAFATE, Pedro (org.). **A Escola Ibérica da Paz nas Universidades de Coimbra e Évora (século XVI).** Lisboa: Almedina, 2015. vs. I e II.
- _____. **A Escola Peninsular da Paz e as Origens do Direito Internacional Moderno.** Caderno do Curso realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em setembro de 2010.
- _____. **Da Origem Popular do Poder ao Direito de Resistência: doutrinas políticas no século XVII em Portugal.** Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2012.

_____. GUTIÉRREZ, Ramón E. Mandado (dir.). **A Escola Ibérica da Paz: a consciência crítica da conquista e colonização da América/ Escuela Ibérica de la Paz: la consciencia critica de la conquista y colonización de América: 1511 – 1694**, Prefácio de Antônio Augusto Cançado Trindade. Santander: Editora da Universidade da Cantábria, 2014.

CANÇADO TRINDADE, A. A. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos: esencia y trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991 – 2006)**. México: Editorial Porrúa, 2007.

_____. **El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: memórias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

_____. **International Law for Humankind: towards a new jus gentium**. In: *Collected Courses of Hague Academy of International Law*. 2005. v. 316. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. tomos I e II.

_____. **The Access of Individuals to International Justice**. Nova York: Oxford University Press, 2011.

_____. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris: 1997. v. 1.

_____. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris: 1999. v. 2.

_____. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris: 2003. v. 3.

CANÇADO TRINDADE, A. A. ROBLES, Manuel E. Ventura. **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 3. Ed. São José da Costa Rica: ACNUR, 2005.

CASSIN, René. La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. In: **Recueil des Cours**, 79, 245 (1951-II).

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Tradução de Amador Cisneiros. São Paulo: Escala, 2006.

- _____. **The Political Works of Marcus Tullius Cicero:** Comprising his Treatise on the Commonwealth; and his Treatise on the Laws. Traduzido do original com introduções e notas em dois volumes por Francis Barham, Esq. (Londres: Edmund Spettigue, 1841-42) p. 26. v. 2.
- CITADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2003.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos em el umbral Del siglo XXI:** Informe: Bases para um proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección /Relator: Antônio Augusto Cançado Trindade – San José, C.R., 2001.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Romano.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.
- DUMAS, Jacques. La sauvegarde internationale des droits de l'homme. **in: Recueil des cours**, 59, 1-97 (1937-I).
- DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. **In: LANDER, Edgardo. A Colonialidade do Saber. Eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas Latino-americanas.** São Paulo: Clacso Livros, 2005.
- EHRENFREUND, Norbert. **The Nuremberg Legacy:** how the nazi war crime trials changed the course of history. Nova Iorque: Palgrave MacMillian, 2007.
- ERMACORA, Felix. The protection of minorities before the United Nations. **Recueil des cours**, Volume 182 (1983-IV).
- EUSTATHIADES, Constantin Th. Les sujets du droit international et la responsabilité internationale: nouvelles tendances. **in: Recueil des cours**, 84, 397-633 (1953-III).
- FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte Del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a La descolonización. **In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). El Derecho en América Latina – un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI.** Buenos Aires Siglo Veintiuno Editores, 2011.

FEINBERG, Nathan. La pétition en droit international. **in: Recueil des cours**, 40, 525-644 (1932-II).

FELDMANN, David. International personality. **in: Recueil des cours**, 191, 343-414 (1985-II).

FELICE, Willian. **Taking Suffering Seriously**: the importance of collective human rights. Albany : State University of New York Press, 1996.

FERNÁNDEZ, Isacio Pérez. **El Derecho Hispano-Indiano**: dinâmica social de su proceso histórico constituyente. Salamanca: Editorial San Esteban, 2001.

_____. **Fray Bartolomé de las Casas, O.P.**: De defensor de los índios a defensor de los negros, su intervención en los Orígenes de La deportación de esclavos negros a América y su denuncia de La previa esclavización en Africa. Salamanca: San Esteban, 1995. Coleção Monumenta Historica Iberoamericana de La Ordem de Predicadores. v. VIII.

_____. **Frey Toribio Motolinía, O. F. M. frente a Frey Bartolomé de Las Casas, O. P.**: estudio y edición crítica de la Carta de Motolinía al emperador (Tlaxcala, a 2 de enero de 1555). Salamanca: Editorial San Esteban, 1989.

FREIRE, José Ribamar Bessa (Coord.). **A Amazônia Colonial** (1616-1798). Manaus: Metro Cúbico, 1994.

FREITAS, Serafim de. **Do Justo Império Lusitano Asiático**. Tradução de Miguel Pinto de Menezes. Lisboa: INIC, 1981. V. 1.

GÂNDAVO, Pero de Magalhães. **Tratado da Terra do Brasil e História da Província Santa Cruz, aquela que vulgarmente chamamos Brasil**. Brasília: Edições do Senado Federal, 2008. Vol. 100.

GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El Derecho en América Latina – un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI**. Buenos Aires Siglo Veintiuno Editores, 2011.

GRACIANO. **Decretum Gratiani** - Corpus Juris Canonici, Segunda Edição Lipsiensis, Cura Ludouici Richteri et Aemilii Friedeberg, Ed. Tanchnitz, Lipsiae, 1879.

GUTIÉRRES, Gustavo. **Em Busca dos Pobres de Jesus Cristo**: o pensamento de Bartolomeu de Las Casas. São Paulo: Paulus, 1995.

HANKE, Lewis, **All Mankind is One**: a study of the disputation between Bartolomé de las Casas and Juan Ginés de Sepúlveda in 1550 on the intellectual and religious capacity of the American Indians. Illinois: Northern Illinois University Press, 1994.

- _____. **Aristotle and the American Indians**: a study in race prejudice. Literary Licensing, LLC, 2011.
- _____. **The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America**. Filadelfia: Philadelphia University of Pensilvania Press: 1959.
- HEYDTE, F. A. von der. L'individu et les tribunaux internationaux. **in: Recueil des cours**, 107, 287-359 (1962-III).
- HÔFFNER, Joseph. **La Ética Colonial Española Del Siglo de Oro, cristianismo y dignidad humana**. Rivadeneyra, Madrid, 1957.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Visão do Paraíso**: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil. Rio de Janeiro: José Olympio, 1959.
- JOVANOVIC, Miodrag A. **Collective Rights**: a legal theory. Cambridge, U.K.; New York: Cambridge University Press, 2012.
- JONES, Peter (Ed.). **Group Rights**. Farnham, England; Burlington, VT: Ashgate, 2009.
- JUSTINIANO. **Cuerpo Del Derecho Civil**. Tradução de Ildefonso García Del Corral. Barcelona: Editor Consejo de Ciento, nº. 287. s. d.
- _____. **The Digest of Justinian**. Tradução de Charles Henry Morro. Cambridge: Cambridge University Press, 1904. V. 1.
- KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural**: Una teoría liberal de los derechos de las minorías. tradução de Víctor Viano, Barcelona, Paidós, 1996.
- _____. **Contemporary Political Philosophy**. Nova York: Oxford University Press, 1990.
- _____. **Multicultural Odysseys**: navigating the new international politics of diversity. Nova York: Oxford University Press, 2007.
- _____. **Multicultural Citizenship**: A Liberal Theory of Minority Rights. Nova York: Oxford University Press, 1995.
- LAFER, Celso, **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LANGENHOVE, Fernand van. Le problème de la protection des populations aborigènes aux Nations Unies. **Recueil des cours**, Volume 89 (1956-I).
- LAS CASAS, Bartolomeu de. **De Regia Potestate o Derecho de Autodeterminación**. Madrid: CSIC, 1969. Coleção **Corpus Hispanorum de Pace**. v. VIII.

_____. **História de Iãs Índias**. Edição de Agustín Millares Carlos e estudo preliminar de Lewis Hanke México: Fondo de Cultura Economica, 1986. vs. I-III.

_____. **Liberdade e Justiça para os Povos da América**: Oito Tratados Impressos em Sevilha em 1552; obras completas. Coordenação geral, instruções e notas de Carlos Josaphat. Tradução de Helio Lucas **et al.** São Paulo: Paulus, 2010. Coleção Frei Bartolomeu de Las Casas Obras Completas v. 2.

_____. **Único Modo de Atrair Todos os Povos à Verdadeira Religião**: obras completas I. Tradução de Noelia Gigli e Helio Lucas. São Paulo: Paulus, 2005. Coleção Frei Bartolomeu de Las Casas Obras Completas v. 1.

LAUTERPACHT, H. The international protection of human rights. **In: Recueil des cours**, 70, 1-108 (1947-I).

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos**: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. tomos I a VI.

LOIS, Cecília Caballero (org.). **Justiça e Democracia**: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da Justiça. São Paulo: Landy, 2005.

LOPETEGUI, Leon. ZUBILLAGA, Felix. **Historia de la Iglesia en la América Española**: desde el descubrimiento hasta comienzos del siglo XIX: México, América Central, Antillas. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1965.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: conceito e legitimação para agir. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANDELSTAM, André N. La protection internationale des droits de l'homme. **in: Recueil des cours**, 38, 125-232 (1931-IV).

MARTÍN, Ramón Hernández. **Francisco de Vitoria y su “Relección sobre los Indios”**: los derechos de los hombres y de los pueblos. Madrid: Edibesa, 1998.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. GARCÍA, Eusebio Fernández. ROIG, Francisco Javier Ansuátegui **et ali.** (coord.) **.História de los Derechos Fundamentales**, Madrid: DYKINSON, 2003. Tomo I: Tránsito a la Modernidad, Siglos XVI y XVII.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, público e outros interesses. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2.004. vs. 1 e 2.
- MERON, Theodor. International law in the age of human rights: general course on public international law. **in: Recueil des cours**, 301, 9-489 (2003)
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. Quelques problèmes de la mise en oeuvre de la Déclaration universelle des droits de l'homme. **In : Recueil des cours**, 83, 324-325 (1953-II).
- MOLINA, Luis de. **De Justitia et Ure - Libro Primero de la Justicia**. Madrid, 1946.
- MORRALL, John B. **Political Thought in Medieval Times**. Londres: Hutchinson, 1958.
- NEWMAN, Dwight G. **Community and Collective Rights: a theoretical framework for rights held by groups**. Oxford; Portland, Or.: Hart Pub., 2011.
- NÓBREGA, Manuel da. **Diálogo sobre a Conversão do Gentio**. Manaus: Valer, 2010.
- PARRY, Clive. Some considerations upon the protection of individuals in international law. **in: Recueil des cours**, 90, 653-726 (1956-II).
- PEÑA, Juan de la. **De Bello contra Insulanos - Intervención de España en América**. Madrid: CSIC, 1982. Coleção **Corpus Hispanorum de Pace**. V. IX.
- PEREÑA, Luciano (dir.). **Carta Magna de los indios: fuentes constitucionales, 1534-1609**. Madrid: CSIC, 1988. Coleção **Corpus Hispanorum de Pace**. v. 27.
- _____. **La idea de Justicia en la Conquista de América**. Madrid: Editorial Mapfre, 1992.
- _____. (dir.) **La Ética em la Conquista de América**. Madrid: CSIC, 1984. Coleção **Corpus Hispanorum de Pace**. v. XXV.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PLATÃO. **As Leis**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1999. Livro I.
- POOLE, Hilary (org.) **et al. Direitos Humanos: referências essenciais**. Tradução de Fábio Larsson. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2007
- PRATS, Jaime Brufau. **La Escuela de Salamanca ante al Descubrimiento del Nuevo Mundo**. Salamanca: San Esteban, 1989.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder. Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. **A Colonialidade do Saber. Eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas Latino-americanas.** São Paulo: Clacso Livros, 2005.

RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom.** Oxford: Clarendon Press, 1986.

RIDRUEJO, José Antonio Pastor. Les procédures publiques spéciales de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies. In :. **Recueil des cours**, 228, 182-272 (1991-III).

SANTOS, Thomaz Francisco Silveira de Araújo. **As Reparações às Vítimas no Tribunal Penal Internacional.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011.

SARANYANA, Josep-Ignasi. **La Filosofia Medieval desde sus Orígenes Patristicos hasta la Escolástica Barroca.** 2. ed. Pamplona: EUNSA, 2007.

SCELLE, Georges. Règles générales du droit de la paix. in: **Recueil des cours**, 46, 327-703 (1933-IV).

SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court.** 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SCHEININ, Martin. „Indigenous Peoples’ Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights“, in: CASTELINO, Joshua. WALSH, Niamh (ed.), **International Law and Indigenous Peoples** (Nijhoff, Leiden 2005).

SEFERIADES, Stélio. Principes généraux du droit international de la paix. in: **Recueil des cours**, 34, 177-492 (1930-IV).

SEVILLA, Isidoro de. **Etimologias.** Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, Pontificia Universidade Católica de Salamanca, 1993.

SGARBOSSA, Luis Fernando. JENSEN, Geziela. **Elementos de Direito Comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SIOTTO PINTOR, Manfredi. Les sujets du droit international autres que les états. in: **Recueil des cours**, 41, 245-361 (1932-III).

SOTO, Domingo de. **De la Justicia y del Derecho,**(Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.

_____. **Relecciones y Opusculos.** Edição Crítica e Tradução de Jaime Brufau Prats. Salamanca: San Esteban, 1995. v.1. Coleção **Biblioteca de Teólogos Espanhóis.**

- SPERDUTI, Giuseppe. L'individu et le droit international. **in: Recueil des cours**, 90, 727-849 (1956-II).
- SPIROPOULOS, J. L'individu et le droit international. **in : Recueil des cours**. 30, 191-270 (1929-V).
- STEINER, Henry I. ALSTON, Philip. GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in Context: law, politics, morals**. 3. ed. Nova York: Oxford University Press, 2008.
- SUÁREZ, Francisco. **Defensio Fidei III: principatus politicus o la soberania popular**. Madrid: CSIC, 1965. Coleção **Corpurs Hispanorum de Pace**. v. II.
- _____. **De Juramento Fidelitatis: Defensio fidei VI**. Madrid: CSIC, 1979. Coleção **Corpus Hispanorum de Pace**. v. XVIII.
- _____. **De Legibus (II, 1-12 De Lege Naturali)**. Madrid: CSIC, 1974. Coleção **Corpus Hispanorum de Pace**. v. XIII.
- _____. **De Legibus (II, 13-20 De Iure Gentium)**. Madrid: CSIC, 1973. Coleção **Corpus Hispanorum de Pace**. v. XIV.
- _____. **De Legibus (III, 1-16 De Civili Potestate)**. Madrid: CSIC, 1975. Coleção **Corpus Hispanorum de Pace**. V. XV.
- SUESS, Paulo (org.). **A Conquista Espiritual da América Espanhola: 200 documentos – século XVI**. Petrópolis: Vozes, 1992.
- TAYLOR, Charles. **Sources of the Self: the making of the modern identity**. Boston: Harvard University Press, 1992.
- _____. The politics of recognition. **In: GUTMANN, A (ed.). Multiculturalism: examining the politics of recognition**. Princeton: Princeton University Press, 1995
- TIERNEY, Brian. **Religion, law, and the growth of constitutional thought 1150-1650**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- _____. **The Idea of Natural Rights: studies on natural rights, natural law and Church law 1150-1625**. Atlanta: Emory UniverSIty Press, 1997.
- TODOROV, Tzvetan. **A Conquista da América: a questão do outro**. 2. ed. Tradução de Beatriz Perrone Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- VARGAS, Diego Uribe. La troisième génération des droits de l'homme. **In : Recueil des Cours**, 184, 355-376 (1984-I).
- VASAK, Karel. Le droit international des droits de l'homme. **In: Recueil des Cours**, 140, 344-345 (1974).

VERDUM, Ricardo (org.). **Povos Indígenas**: constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioculturais, 2009.

VIEIRA, Antônio. **Escritos Instrumentais sobre os Índios**; seleção de textos Cláudio Giordano; ensaio introdutório José Carlos Sebe Bom Meihy. São Paulo: EDUC/Loyola, 1992.

VITÓRIA, Francisco de. **Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás**. Edição preparada por Vicente Beltrán de Heredia. Salamanca, 1952. Coleção Biblioteca de Teólogos Españoles Dirigida por los Dominicos de la Provincia de España. v. 17.

_____. **Doctrina sobre los Índios**. Edição, tradução e estudo preliminar de Ramón Hernández. Salamanca: San Esteban, 2009. Coleção Clasicos de la Escuela.

_____. **La Justicia**. Estudo preliminar e tradução de Luis Frayle Delgado. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. **La Ley**. Estudo preliminar, tradução e notas de Luis Frayle Delgado. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **Relectio De Indis**: o libertad de los índios. Edição crítica bilíngüe de L. Pereña e J. M. Pérez Prendes. Madrid: CSIC, 1967. Coleção **Corpus Hispanorum de Pace**. v. V.

_____. **Relectio De Jure Belli o Paz Dinámica**. Madrid: CSIC, 1981. Coleção **Corpus Hispanorum de Pace**. v. VI.

_____. **Relectio De Potestate Civili**: estúdios sobre su filosofia política. Edição crítica por Jesús Cordero Pando. Madrid: CSIC, 2008. Coleção **Corpus Hispanorum de Pace**, v. 15.

_____. **Sobre el Homicidio**. Estudo preliminar e tradução de Luis Frayle Delgado. Salamanca: San Esteban, 2010. Coleção Clasicos de la Escuela.

_____. **Sobre el Matrimonio**. Estudo preliminar, tradução e notas de Luis Frayle Delgado. Salamanca: San Esteban, 2005. Coleção Clasicos de la Escuela.

_____. **Sobre el Poder Civil**. Estudo preliminar, tradução e notas de Jesús Cordero Pando. Salamanca. San Esteban, 2009. Coleção Clasicos de la Escuela.

VOEGELIN, Eric. **Ordem e História**: Platão e Aristóteles. São Paulo: Loyola, 2009. V. III.

WEFFORT, Francisco C. **Espada, Cobiça e Fé**; As origens do Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

WESTRA, Laura. **Human Rights: the commons and the collective**. Vancouver : UBC Press, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos **et al.** (org.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. S. Paulo: Saraiva, 2010.

Artigos de Periódicos

ABRAMOVICH, Victor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **in: SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 11, n. 6, ps. 07-40, jul./dez. 2009.

_____. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **in: SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 2, ps. 189-223, jan/jun. 2005.

ANAYA, James. International Human Rights and Indigenous Peoples: the move toward the multicultural state. **In: Arizona Journal of International and Comparative Law**, v. 21, ps. 13-61, primavera de 2004.

_____. WILLIAMS JR. R. A. The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System. **in: Harvard Human Rights Journal**, v. 14, ps. 33-86, primavera de 2001.

BARROS, José D'Assunção. Escolástica e História: discussões historiográficas **In: Textura**, Canoas, n. 13, ps. 17-24, jan./jun. 2006.

BARSH, R. L. Current Development: Indigenous Peoples: an emerging object of International Law. **In: American Journal of International Law**, v. 80, ps. 369-385, abril de 1986.

_____. Indigenous Peoples in the 1990's: From object to subject of International Law?, **in: Harvard Human Rights Journal**, v. 7, ps. 33-86, 1994.

BOWEN, Jhon R. Should We Have a Universal Concept of 'Indigenous Peoples' Rights?: Ethnicity and Essentialism in the Twenty-First Century. **In: Anthropology Today**, v. 16, n. 04, ps. 12-16, ago. 2000.

CALAFATE, Pedro, LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. A Escola Peninsular da Paz: a contribuição da vertente portuguesa em prol da construção de um novo direito das gentes para o século XXI. **in: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, ANO 13, v. 13, n. 13, ps. 262-283, 2013.

CANÇADO TRINDADE, A. A. Os Indivíduos como Sujeitos do Direito Internacional. **in: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, ano 12, v. 12, n. 12, ps. 24-58, 2012.

_____. **Totus Orbis: A visão universalista e pluralista do jus gentium: sentido e atualidade da obra de Francisco de Vitória. Separata de Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, ano XXIV, nº. 32 e 33, ps. 197-212, 1º. e 2º. semestres, 2008.

CASTAÑEDA. C. E. “Spanish Medieval Institutions in Overseas Administration: the prevalence of medieval concepts. **In: The Americas**, v. 11, n. 02, ps. 115-129, outubro de 1954.

CONTRERAS-GARDUÑO, Diana e ROMBOUTS, Sebastiaan. Collective Reparations for indigenous communities before the Inter-American Court of Human Rights. **in: Merkourios – Criminal Justice and Human Rights**, v. 27, ps. 04-17, 2010.

_____. Collective Reparations for Victimized Indigenous Communities: Exemples of Human Rights Violations before the Inter-American Court of Human Rights. **In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, ano 11, v. 11, n. 11, ps. 67-83, 2011.

GRAHAM, Lorie M. Resolving Indigenous Claims to Self-Determination. **In: ILSA Journal of International & Comparative Law**, v. 10, ps. 385-642, primavera de 2004.

KIWANUKA, Richard N. The Meaning of “People” in the African Charter on Human and Peoples’ Rights. **In: American Journal of International Law**, v. 82, ps. 80-101, janeiro de 1988.

KYMLICKA, Will. Federalismo, nacionalismo y multiculturalismo. **In: RIFP**. n. 7, ps. 20-54, 1996.

MACKLEM, P. Indigenous Recognition in International Law: theoretical observations. **In: Michigan Journal of International Law**, v. 30, ps. 177-210. outono de 2008.

MARTIN, Luciano Barcia. El Derecho Natural em el Decreto de Graciano,. **In: Anuario de Filosofia Del Derecho**. n. 01, ps. 265-283, 1984.

MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no sistema interamericano de direitos humanos **in: SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 3, n. 4, ps. 30-47, jan./jun. 2006.

- MIRANDA, Lillian Aponte. Uploading the Local: Assessing the Contemporary Relationship Between Indigenous Peoples' Land Tenure Systems and International Human Rights Law Regarding the Allocation of Traditional Lands and Resources in Latin America. **In: Oregon Review of International Law**. v. 10, ps. 419-452 2008..
- NEWMAN, Dwight G. Lands, Liberties, and Legacies: Indigenous Peoples and International Law: Teoretical Approaches to International Indigenous Rights: Theorizing Collective Indigenous Rights. **In: American Indian Law Review**, v. 31, ps. 273-289, 2006.
- PADILLA, Guillermo. Pluralismo Jurídico y Paz em Guatemala. **In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Revista do IIDH**. n. 41, ps. 209-224, 2005.
- PARISH, Austen L. Theoretical Approaches to International Indigenous Rights: Changing territoriality, fading sovereignty, and the development of indigenous rights. **In: American Indian Law Review**. v. 31, ps. 291-313, 2006.
- PASQUALUCCI, Jo M. International Indigenous Lands Rights: a critique of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **In: Wisconsin International Law Journal**, v. 27, ps. 51-98, primavera de 2009.
- RINALDI, Karine. Casos Pueblo Saramaka y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku: ¿um paso atrás em cuanto al fundamento de los derechos de lãs sociedades tradicionales? **in: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, ano 12, v. 12. n. 12, ps. 244-257, 2012.
- SCOTT, P. W. The Guatemala Genocide Cases: Universal Jurisdiction and Its Limits. **In: Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law**. v. 9, ps. 100-129, 2009.
- SEED, Patrícia. “Are These not also Men?”: The índians humanity and capacity for spanish civilization. **In: Journal of Latin America Studies**. V. 25, n. 3, ps. 629-652, outubro de 1993.
- SILVA, Lucas Duarte. A Escola de Salamanca: entre o medievo e a modernidade. **In: Seara Filosófica**. n. 6, ps. 76-84, Inverno, 2013,
- WIESSNER, Siegfried The Rights and Status of Indigenous Peoples: A global comparative and international legal analysis. **in: Harvard Human Rights Journal**. v. 12, ps. 57-127, 1999.