

ARTIGOS / ARTICLES

REFLEXÕES SOBRE A PERENIDADE DA DOCTRINA DOS “PAIS FUNDADORES” DO DIREITO INTERNACIONAL*

REFLECTIONS ON THE LONGSTANDING IMPORTANCE OF THE DOCTRINE OF THE “FOUNDING FATHERS” OF INTERNATIONAL LAW

ANTÔNIO AUGUSTO CAÑADO TRINDADE**

SUMÁRIO - 1. Considerações Preliminares. 2. A *Recta Ratio* em Projeção e Perspectiva Históricas. 3. A Consciência Humana (*Recta Ratio*) como Fonte Material Última do Direito das Gentes. 4. O Universalismo do Direito das Gentes: A *Lex Praeceptiva* para o *Totus Orbis*. 5. Universalidade do *Jus Gentium*: Direito e Justiça Universais. 6. Os Indivíduos como Sujeitos de Direitos. 7. A Titularidade Internacional de Direitos da Pessoa Humana. 8. A Centralidade das Vítimas no Ordenamento Jurídico Internacional. 9. A Concepção Humanista na Jurisprudência Internacional e Sua Irradiação. 10. A Relação da Presente Temática com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. 11. A Importância dos Princípios Fundamentais. 12. O Princípio Fundamental da Igualdade e Não-Discriminação. 13. O Dever de Reparação de Danos. 14. Considerações Finais.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Em minha percepção, os escritos dos “pais fundadores” da disciplina, ainda insuficientemente estudados em nossos dias, são verdadeiros clássicos do direito internacional, dadas a perenidade e a atualidade de seus ensinamentos, como a ineludível vinculação que estabelecem entre o jurídico e o ético, sua visão universalista, e a posição central que atribuem à pessoa humana em seu enfoque essencialmente humanista da disciplina. Ater-me-ei às idéias básicas e essenciais que naqueles clássicos se encontram ou que deles derivam, para demonstrar precisamente a perenidade de seus ensinamentos, a partir de uma

* Este artigo foi gentilmente cedido pelos professores Arno Dal Ri Júnior e Lucas Carlos Lima à Revista da Faculdade de Direito, vez que tal capítulo se dedicava a compor o Segundo volume do livro ‘A Formação da Ciência do Direito Internacional’.

** Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília; Doutor *Honoris Causa* em diversas Universidades na América Latina e na Europa; Membro do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional da Haia, do *Institut de Droit International*, e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

ótica fundamentalmente humanista, sempre atenta aos princípios gerais do direito, a informar e conformar as normas jurídicas.

Para isto, resgatarei algumas das reflexões que tenho desenvolvido nestas três últimas décadas, em meus Votos Arrazoados, Concordantes e Dissidentes, tanto na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH)¹ como na Corte Internacional de Justiça (CIJ)², na esperança de que possam servir para ensejar maior atenção por parte das novas gerações de estudiosos da disciplina. As referências a alguns de meus Votos em duas jurisdições internacionais são aqui feitas a título tão só de ilustração, não exaustiva, das idéias básicas ou centrais dos referidos clássicos dos “pais fundadores” do direito internacional, fundamentados, de modo pioneiro, nos direitos fundamentais inerentes aos seres humanos.

Procedo a tais referências ao completar três décadas de exercício da magistratura internacional, em duas jurisdições internacionais distintas (a CtIADH e a CIJ), com permanente e fiel atenção aos ensinamentos dos “pais fundadores” do direito das gentes. Ao legado desta notável escola de pensamento tenho constantemente recorrido em ambos tribunais internacionais, na adjudicação de casos contenciosos surgidos de circunstâncias as mais diversas, assim como na emissão de Pareceres Consultivos, - o que revela a perenidade e atualidade notáveis dos referidos ensinamentos.

De início, concentrar-me-ei na *recta ratio*, na consciência humana, - em projeção e perspectiva históricas, - como fonte *material* última do direito das gentes. A partir daí, abordarei o universalismo do direito das gentes (a *lex praeceptiva* para o *totus orbis*), destacando a visão da universalidade do *jus gentium* como atinente ao direito e justiça verdadeiramente universais. A seguir, abordarei a titularidade internacional de direitos da pessoa humana (os indivíduos como sujeitos de direitos), a *centralidade* das vítimas no ordenamento jurídico internacional, consoante a concepção humanista na jurisprudência internacional e sua irradiação.

Em seqüência lógica, passarei a demonstrar a relação desta temática com o Direito Internacional dos Direitos Humanos de nossos tempos, realçando a importância dos princípios fundamentais do direito, com atenção especial ao princípio fundamental da igualdade e não-discriminação. Em seguida, abordarei

1 Hoje reunidos em volumosa coletânea, a saber, A.A. Cançado Trindade, *Esencia y Transcendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2008)*, vols. I-III, 2ª. ed. rev., México D.F., Ed. Cámara de Diputados, 2015, vol. I, pp. 3-687; vol. II, pp. 3-439; vol. III, pp. 3-421.

2 Hoje igualmente reunidos em outra volumosa coletânea, a saber, Judge A.A. Cançado Trindade - *The Construction of a Humanized International Law - A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, vol. I (Inter-American Court of Human Rights), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 9-852; vol. II (International Court of Justice), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 853-1876; vol. III (International Court of Justice - 2014-2016), Leiden, Brill/Nijhoff, 2017 [no prelo].

o reconhecimento, presente já na doutrina clássica, do dever de reparação de danos. O campo estará então aberto à apresentação de minhas considerações finais.

2. A *RECTA RATIO* EM PROJEÇÃO E PERSPECTIVA HISTÓRICAS

Permito-me, de início, assinalar que a *recta ratio* passou, com efeito, a ser identificada, a partir das obras dos chamados “pais fundadores” do direito internacional, nos séculos XVI e XVII, como pertencente ao domínio dos fundamentos do direito natural, e, para alguns, a identificar-se ela própria integralmente com este último. As raízes do pensamento humanista, próprio dos “pais fundadores” do direito internacional, remontam a um passado mais distante, o das *Institutas* de Justiniano com sua reconceitualização do *jus gentium* (abarcando todo o gênero humano)³, e dos ensinamentos magistrais no *De Officiis* de Cícero (baseados na *recta ratio*).

A contribuição dos “fundadores” do *jus gentium* se inspirou assim em grande parte na filosofia escolástica do direito natural, em particular, na concepção estoíca-tomista da *recta ratio* e da justiça, que reconheceu o ser humano como um ser social, racional, e dotado de dignidade intrínseca; a *recta ratio* passou a afigurar-se como indispensável à sobrevivência do próprio direito internacional. Ademais, concebeu, face à unidade do gênero humano, um direito universal, aplicável a todos - *tanto aos Estados como aos indivíduos* - em todas partes (*totus orbis*)⁴. Ao contribuir à emergência do *jus humanae societatis*, mestres como Francisco de Vitoria e Domingo de Soto permearam suas lições do pensamento humanista que os antecedeu.

Foi Cícero quem efetivamente formulou a mais célebre caracterização da *recta ratio*, ao sustentar que tudo aquilo que é correto é determinado, em muitos aspectos, pelo *orthos logos*. Consoante os princípios da *recta ratio*, cada sujeito de direito deve comportar-se com justiça, boa-fé e benevolência. São princípios cogentes que emanam da consciência humana, e afirmam a relação inelutável entre o jurídico e o ético. O direito natural reflete os ditames da *recta ratio*, em que se fundamenta a justiça. Cícero conceituava o direito emanado da *recta ratio* como dotado de validade perene, a afigurando-se como inderrogável: sua validade intransgressível se estende a todas as nações em todas as épocas⁵. Inspirado no

3 Segundo as *Institutas* de Justiniano, o que a “razão natural” estabeleceu entre as nações é que se chama *jus gentium*.

4 O propósito de Francisco de Vitoria foi precisamente o de fazer com que o *jus gentium* se aplicasse não só às relações entre indivíduos, mas também às relações entre as nações; Vitoria considerava o termo *gentes* como sinônimo de *nationes*. Cf. A..A. Cançado Trindade, “*Totus Orbis: A Visão Universalista e Pluralista do Jus Gentium: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria*”, 24 *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas* - Rio de Janeiro (2008) n. 32, pp. 197-212.

5 Na célebre síntese formulada por M.T. Cícero em sua obra clássica *De Republica*, “o verdadeiro

pensamento dos antigos gregos, Cícero deixou um legado precioso aos mestres “fundadores” do direito internacional, ao situar a *recta ratio* nos fundamentos do próprio *jus gentium*.

O novo *jus gentium* veio, sobre estas bases, a ser construído pelos chamados “fundadores” do direito das gentes, precisamente os expoentes da Escola Peninsular da Paz (Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Serafim de Freitas, Martín de Azpilcueta, Martinho de Ledesma, Pedro Simões, António de São Domingos, Francisco Suárez, dentre outros), nas Universidades de Salamanca, Coimbra e Évora, e também nas de Valladolid e Alcalá de Henares, e alhures, no “Novo Mundo” (como os missionários Bartolomé de Las Casas e António Vieira, dentre outros), a partir dos séculos XVI e XVII. Este novo *jus gentium* passou a ser associado com a própria humanidade, buscando assegurar sua unidade e satisfazer suas necessidades e aspirações, consoante uma concepção essencialmente universalista (ademais de pluralista).

O *jus communicationis* de F. Vitoria, por exemplo, foi concebido como um Direito para todos os seres humanos. Assim, já nos séculos XVI e XVII, para os autores da escola peninsular ibérica, o Estado emergente não era um sujeito exclusivo do direito das gentes, e este último também abarcava os povos e os indivíduos. A partir de então, a *recta ratio* passou a ser invocada para fundamentar a visão do direito internacional nascente como *necessário*, ao invés de simplesmente “voluntário”. Desde então se admitiu o aprimoramento do *jus gentium* na medida em que o sentimento ou noção de uma humanidade comum a todos se desenvolvesse em todas as nações.

As raízes do que já se afigurava como o direito comum da humanidade podiam, assim, se identificar nesta considerável evolução do *jus gentium*. Na verdade, bem antes dos “fundadores” do direito internacional, já no século XIII, Tomás de Aquino (1225-1274) considerou o conceito de *jus gentium* (em sua *Summa Theologiae*), apreendido pela própria razão natural (sendo assim mais perfeito do que o direito positivo), e revelando uma consciência da dimensão temporal, como se revestindo de uma validade universal, e voltado à realização do bem comum, em benefício último de todos os seres humanos, - pois de outro modo seria injusto.

Em seu correto entender, é a própria *recta ratio* que revela que “o bem comum é melhor” do que o bem de um ou de outro individualmente. A *synderesis*, para ele, denotava uma forma de conhecimento, ou disposição da razão de aderir a princípios voltados à realização do bem comum. Na visão de Tomás

Direito é a *recta ratio* em conformidade com a natureza; é de aplicação universal, inalterável e perene (...), um Direito eterno e imutável (...) válido para todas as nações em todos os tempos” (*De Republica*, livro III, cap. XXII, par. 33). Cícero ainda ponderou, em seu igualmente célebre *De Legibus* (livro II, *circa* 51-43 a.C.), que nada havia mais destrutivo para os Estados e mais contrário ao direito do que o uso da violência nos assuntos públicos, em um país dotado de uma constituição (livro II, *circa* 51-43 a.C.).

de Aquino, o *jus gentium* se propunha regulamentar as relações humanas com uma base ética, formando uma espécie de “razão comum de todas as nações” em busca da realização do bem comum. A *recta ratio* dotou efetivamente o *jus gentium*, em sua evolução histórica, de bases éticas, e lhe imprimiu um caráter de universalidade, ao ser um direito comum a todos, emanando, em última análise, da *consciência jurídica universal*, - sua fonte material *par excellence*, tal como a identifico e concebo⁶.

3. A CONSCIÊNCIA HUMANA (*RECTA RATIO*) COMO FONTE MATERIAL ÚLTIMA DO DIREITO DAS GENTES

Na linha do pensamento jusnaturalista, os direitos não emanam de expressões da simples vontade, mas transcendem esta última, e se conformam à luz de imperativos éticos. Reconhece-se a necessidade de uma justiça objetiva, e a *opinio juris* emana da consciência, de modo a atender as aspirações da humanidade⁷. Em conformidade com o jusnaturalismo, as atenções se concentraram, do século XVI ao XVIII, - de F. Vitoria a E. Vattel, *via* H. Grotius, - nos ditames da *summae conscientiae*⁸ na busca da justiça. De minha parte, fiel ao pensamento jusnaturalista, sempre renascente do século XVI até a atualidade, tenho sustentado, ao longo dos anos, que acima da vontade se encontra a consciência, que inspira a *opinio juris* (cf. *infra*).

Efetivamente, ao longo dos anos, tenho me referido em meus Votos e escritos à fonte *material* por excelência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como de todo o Direito Internacional, que identifico na *consciência jurídica universal*, e não na mera vontade dos Estados, articulada no direito positivo, e por eles acordado consoante suas relações de poder e de interesse estatal. No meu entender, a consciência situa-se necessariamente acima da vontade. Esta concepção se encontra por mim desenvolvida em vários de meus escritos em distintos países, assim como em meus Votos, tanto na CtIADH como na CIJ (cf. *infra*).

No âmbito da CtIADH, permito-me recordar, *inter alia*, a passagem de meu Voto Concordante no histórico Parecer Consultivo n. 18 sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados* (de 17.09.2003), na qual situo a continuada presença da cláusula Martens em sucessivos instrumentos do Direito Internacional Humanitário, por mais de um século, precisamente no plano

6 Cf. A.A. Cançado Trindade, “La *Recta Ratio* dans les Fondements du *Jus Gentium* comme Droit International de l’Humanité”, 58 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG - Belo Horizonte* (2011) pp. 91-121.

7 Cf. F. Castberg, “Natural Law and Human Rights”, 1 *Revue des droits de l’homme / Human Rights Journal* (1968) pp. 21, 34-35 e 37.

8 Cf. L. Ehrlich, “The Development of International Law as a Science”, 105 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1962) pp. 186, 215, 236 e 241.

da *fonte material* por excelência de todo o direito das gentes (par. 29), dando expressão à *razão de humanidade* e impondo limites à *razão de Estado*⁹. Outras ponderações congêneres encontram-se em meu Voto Arrazoado (pars. 63 e 68) no caso da *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguai* (Sentença de 29.03.2006), e no meu Voto Arrazoado (par. 28) no caso *Almonacid Arellano versus Chile* (Sentença de 26.09.2006), entre outros.

No âmbito da CIJ, permito-me aqui me referir, por exemplo, ao caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado*. Diante da decisão da CIJ, de 06.07.2010, de rechaçar a demanda reconvençional da Itália, emiti um longo Voto Dissidente no qual sustentei, *inter alia*, que era inadmissível e infundado sugerir - nem mesmo com base nos ultrapassados dogmas positivistas - que os crimes de trabalho forçado e escravo da época do Terceiro Reich não eram proibidos. Repliquei que eram claramente proibidos pela consciência humana, e que não poderiam ser acobertados por imunidades estatais; já na época da Alemanha nazista, e mesmo antes dela, a impossibilidade de impunidade do Estado por crimes contra a humanidade¹⁰ encontrava-se “profundamente arraigada na consciência humana, na *consciência jurídica universal*, que é, em meu entendimento, a *fonte material última de todo o Direito*” (para. 125).

Da concepção que sustentei neste caso (assim como em outros) emanam várias conseqüências, como, de início, o reconhecimento de que os seres humanos não são meros *objetos* de regulamentação do Direito Internacional, mas *sujeitos* de direitos que deste emanam diretamente. No mesmo Voto Dissidente no dramático caso da *Imunidades Jurisdicionais do Estado* (2010), ponderei ter sido o “despertar gradual da consciência humana” que levou à evolução da conceitualização dos *delicta juris gentium*”, das “violações do direito internacional humanitário”, e acrescentei:

“Com o despertar gradual da consciência humana, do mesmo modo, os seres humanos deixaram de ser *objetos* de proteção e foram reconhecidos como *sujeitos* de direitos, a começar pelo direito fundamental à vida, abarcando o *direito de viver* em condições dignas. Os seres humanos foram reconhecidos como *sujeitos* de direitos em quaisquer circunstâncias, em tempos de paz assim como de conflito armado” (pars. 145-146).

Outra conseqüência da referida *fonte material* do direito (*supra*) - a par das fontes formais - é a prevalência da concepção humanista, que sustento, do próprio direito internacional, o direito das gentes (*droit des gens*). No mesmo Voto Dissidente me permiti advertir ainda que

9 Ponto que desenvolvo em meu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, 2003, pp. 497-509.

10 Como os massacres, perpetrados pelas tropas nazistas, em Civitella (Itália) e em Distomo (Grécia), e a sujeição de pessoas arbitrariamente detidas a trabalho forçado e escravo na indústria bélica alemã, em 1943-1945.

“Não se pode erguer (e tentar manter) um ordenamento jurídico internacional por cima do sofrimento dos seres humanos, com o silêncio dos inocentes abandonados ao esquecimento. (...) Acima da vontade está a consciência, que, no final das contas, é a que move o Direito adiante, como sua fonte *material* última, removendo a injustiça manifesta” (par. 179).

Daí resulta um *ordre public* internacional humanizado. Tal como elaborei em meu Voto Arrazoado na CtIADH, no caso da *Prisão de Castro-Castro versus Peru* (Interpretação de Sentença de 02.08.2008),

“Estamos diante de um *ordre public* humanizado (ou mesmo verdadeiramente humanista) em que o interesse público ou o interesse geral coincide plenamente com a primazia dos direitos humanos, - o que implica o reconhecimento de que *os direitos humanos constituem o fundamento básico, eles próprios, do ordenamento jurídico*, nos planos internacional e nacional. Subjacente ao conceito de *jus cogens* encontra-se o pensamento jusnaturalista, que leva a normas peremptórias a partir da afirmação e consagração de valores éticos que buscam beneficiar a humanidade como um todo” (par. 155).

Do anteriormente exposto, decorre uma conseqüência adicional inescapável, a saber, os direitos humanos se sobrepõem aos interesses e conveniências dos Estados, são *anteriores e superiores aos Estados*. Nesse entendimento, elaborei, em meu supracitado Voto Dissidente no caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado* na CIJ, sobre a inalienabilidade dos direitos inerentes ao ser humano:

“(...) [Q]ualquer pretendida renúncia pelo Estado dos direitos inerentes à pessoa humana seria contrária, em meu entendimento, à *ordre public* internacional, e estaria desprovida de quaisquer efeitos jurídicos. Afirmar que isto ainda não estava reconhecido à época da II guerra mundial (...), - uma visão própria da velha postura positivista, com sua inevitável subserviência ao poder estabelecido, - seria, a meu ver, infundado. Equivaleria a admitir que os Estados poderiam perpetrar crimes contra a humanidade com total impunidade, que poderiam sistematicamente perpetrar massacres, humilhar e escravizar grupos de pessoas, deportá-las e submetê-las a trabalho forçado, e então escudar-se por detrás de uma cláusula de renúncia negociada com outro[s] Estado(s), e tentar resolver todas as contendas por meio de tratados de paz com seu[s] Estado[s] contraparte[s]” (par. 124).

Mais recentemente, retomei a mesma linha de reflexões em um contexto distinto, atinente à Sentença da CIJ de 16.04.2013, no caso da *Disputa Fronteiriça entre Burkina Faso e Níger*. Neste caso, a CIJ procedeu, a pedido das partes, a determinar o curso de parte de sua fronteira, tendo presente a promessa de ambas de que as condições de vida das populações locais - nômades e semi-nômades - que habitam a região não seriam afetadas pelo traçado da fronteira. Em meu Voto Arrazoado, concentrei-me sobretudo no “fator humano” (pars. 11-105), e assinaléi que as próprias partes litigantes, no decorrer do procedimento perante a CIJ (particularmente na fase oral), haviam expresado sua preocupação com as populações locais (principalmente nas extensas respostas a perguntas que me permiti formular-lhes em uma audiência pública perante a CIJ). Chegaram elas

inclusive a externar seu entendimento no sentido da conformação de um regime de *transhumance* como um verdadeiro “sistema de solidariedade”.

Em meu referido Voto Arrazoadado, ponderei que o presente caso revelava que, mesmo um tema clássico como o do território, é hoje abordado conjuntamente com a população. Subjacente a esta construção jurisprudencial, - agreguei, - “encontra-se o *princípio de humanidade*, orientando à busca da melhoria das condições de vida da *societas gentium* e a consecução e realização do bem comum”, no âmbito do “novo *jus gentium* de nossos tempos” (párr. 90). Observei, ademais, que a lição básica a se extrair do presente caso reside na constatação de que “é perfeitamente permissível e viável determinar uma linha fronteira tendo em mente as necessidades das populações locais” (par. 99).

O direito, - prossegui, - “não pode ser aplicado de forma mecânica” (par. 104), e o direito das gentes não pode ser abordado ou estudado adequadamente a partir de um paradigma exclusivamente inter-estatal. No final das contas, “em perspectiva histórica ou temporal, as populações nômades e semi-nômades, assim como sedentárias, precederam em muito a emergência dos Estados no *jus gentium* clássico” (par. 104). Os Estados, - concluí em meu referido Voto Arrazoadado, - “não são entidades perenes, sequer na história do direito das gentes”; formaram-se eles

“a fim de cuidar dos seres humanos sob suas respectivas jurisdições, e para avançar rumo ao bem comum. Os Estados têm fins humanos. Mais além da soberania estatal, a lição básica a extrair-se do presente caso está, em minha percepção, centralizada na solidariedade humana, *pari passu* com a necessária segurança jurídica das fronteiras. Isto se encontra em linha com a sociabilidade, emanando da *recta ratio* nos fundamentos do *jus gentium*. A *recta ratio* marcou presença no pensamento dos ‘pais fundadores’ do direito das gentes, e continua a ressoar na consciência humana em nossos dias” (par. 105).

A *recta ratio* encontra-se profundamente arraigada no pensamento humano, e a *consciência jurídica universal* constitui-se na fonte *material* última do direito das gentes, assim como de todo o Direito, transcendendo em muito o positivismo jurídico. Como assinalai e busquei demonstrar em meu Curso Geral de Direito Internacional Público ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia em 2005, às manifestações da consciência jurídica universal devemos, em última análise, o que vislumbro como a construção de um novo *jus gentium* (reconhecendo a idéia de uma justiça objetiva), o Direito Internacional *para a humanidade*¹¹.

11 Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2a. ed. rev., The Hague/Leiden, The Hague Academy of International Law/Nijhoff, 2013, pp. 139-161 e 638-639.

4. O UNIVERSALISMO DO DIREITO DAS GENTES: A *LEX PRAECEPTIVA PARA O TOTUS ORBIS*

Os “pais fundadores” do direito das gentes, já a partir do século XVI, afiguravam-se como precursores da noção da prevalência do *Estado de Direito*; em suas aclamadas *Relecciones Teológicas* (1538-1539), por exemplo, Francisco de Vitoria ensinou que o ordenamento jurídico obriga a todos - tanto governados como governantes, - e, nesta mesma linha de pensamento, sustentou que a comunidade internacional (*totus orbis*) prima sobre o livre arbítrio de cada Estado individual¹². Em sua concepção, o direito das gentes regula uma comunidade internacional constituída de seres humanos organizados socialmente em Estados e coextensiva com a própria humanidade¹³; a reparação das violações dos direitos humanos reflete uma necessidade internacional atendida pelo direito das gentes, com os mesmos princípios de justiça aplicando-se, em conformidade com a *recta ratio*, tanto aos Estados como aos indivíduos ou povos que os formam.

Em um mundo marcado pela diversificação (dos povos e culturas) e pelo pluralismo (de idéias e cosmovisões), o novo *jus gentium* assegurava a unidade da *societas gentium*, da própria humanidade. Este novo *jus gentium* não poderia assim derivar da “vontade” de seus sujeitos de direito (dentre os quais começavam a sobressair-se os Estados nacionais), mas se baseava, ao invés disso, em uma *lex praeceptiva*, apreendida pela razão humana¹⁴. A partir dessa unidade da humanidade, podia-se depreender que o *jus gentium* fornecia o fundamento jurídico (decorrente de uma *lex praeceptiva* do direito natural) para o *totus orbis*, suscetível de ser descoberto pela razão humana, a *recta ratio* inerente à humanidade. O caminho estava assim aberto para a apreensão de um verdadeiro *jus necessarium*, transcendendo as limitações do *jus voluntarium*¹⁵. Decorridos mais de quatro séculos e meio, sua mensagem retém uma impressionante atualidade.

12 Cf. Francisco de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), in: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

13 O novo ordenamento jurídico internacional passava, assim, a ser concebido (particularmente em sua *Relectio De Indis Prior*) como *gentium*, inteiramente emancipado de sua origem de direito privado (no Direito Romano), imbuído de uma visão humanista, respeitosa das liberdades das nações e dos indivíduos, e de âmbito universal. Passava a regular, com base nos princípios do direito natural e da *recta ratio*, as relações entre todos os povos, com o devido respeito a seus direitos, aos territórios em que viviam, a seus contatos e liberdade de movimento (*jus communicationis*).

14 Nas palavras do próprio F. Vitoria, *quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur jus gentium*; em seu *De Lege - Commentarium in Primam Secundae*, deixou ele claro que o próprio direito natural se encontra não na vontade, mas sim na *recta ratio*.

15 Nos capítulos VI e VII de seu *De Indis*, Vitoria esclarece seu entendimento do *jus gentium* como um direito para todos (indivíduos e povos assim como Estados), ou seja, um direito conformado, em sua visão, pelo “consenso comum de todos os povos e nações”; *ibid.*, pp. 140 e 170.

No século XVII, na visão de F. Suárez, o direito das gentes revelava a unidade e universalidade do gênero humano; afinal, os Estados têm necessidade de um sistema jurídico que regule suas relações, como membros da sociedade universal. Em sua consagrada obra *De Legibus ac Deo Legislatore* (1612), F. Suárez mantinha que o *jus gentium* - transcendendo em muito o *jus civile* e o direito privado - é formado pelos usos e costumes comuns à humanidade, sendo conformado pela razão natural para toda a humanidade como um direito universal. Na visão de F. Suárez, os preceitos do *jus gentium* encontram-se imbuídos de equidade e justiça; o *jus gentium* se afigura em completa harmonia com o direito natural, de onde emanam suas normas, revelando, um e outro, o mesmo caráter verdadeiramente universal.

É notável a contribuição dos “pais fundadores” do *droit des gens* à formação e consolidação do *jus gentium*. F. Vitoria e F. Suárez, entre outros, sentaram as bases de um direito de aplicação universal (*commune omnibus gentibus*), de um direito para toda a humanidade. Lamentavelmente, a emergência do positivismo jurídico (em fins do século XVIII e no século XIX) personificou o Estado, dotando-o de “vontade própria”, e reduzindo os direitos dos seres humanos aos que o Estado a estes “concedia” (o positivismo voluntarista). Dificultou, assim, a própria compreensão da comunidade internacional, e enfraqueceu o próprio Direito Internacional, reduzindo-o a um direito estritamente inter-estatal, não mais *acima* mas *entre* Estados soberanos. As conseqüências desastrosas desta distorção são sobejamente conhecidas. A personificação do Estado todopoderoso teve uma influência nefasta na evolução do Direito Internacional em fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX.

Esta corrente doutrinária resistiu com todas as forças ao ideal de *emancipação* do ser humano da tutela absoluta do Estado, e ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do direito internacional. A idéia da soberania estatal absoluta (com que se identificou o positivismo jurídico, inelutavelmente subserviente ao poder, inclusive nos regimes autoritários, ditatoriais e totalitários), levou à irresponsabilidade e à pretensa onipotência do Estado, não impedindo as sucessivas atrocidades por este cometidas contra os seres humanos sob sua jurisdição. Tal soberania estatal absoluta mostrou-se com o passar do tempo inteiramente injustificável e descabida.

Desde a escola dos “pais fundadores” do *droit des gens* dos séculos XVI e XVII até nossos dias, a concepção jusnaturalista do Direito Internacional jamais se desvaneceu; superou todas as crises por que este passou, esteve sempre presente na doutrina jusinternacionalista mais lúcida, - do que dá testemunho constante seu perene renascimento como reação da consciência humana contra as sucessivas atrocidades cometidas contra o ser humano. Tais atrocidades lamentavelmente contaram, em sucessivas ocasiões, com a subserviência e a covardia do positivismo jurídico.

Poder-se-ia argumentar que o mundo contemporâneo é inteiramente distinto do da época dos chamados fundadores do Direito Internacional, que propugnaram por uma *civitas maxima* regida pelo direito das gentes. Ainda que se trate de dois cenários mundiais diferentes (ninguém o negaria), não há como negar que a aspiração humana permanece a mesma, qual seja, a da construção de um ordenamento internacional aplicável tanto aos Estados (e organizações internacionais) quanto aos indivíduos, consoante certos padrões universais de justiça. Estamos ante um “renascimento” contínuo do direito natural, ainda que este último jamais tenha desaparecido. Não mais se trata de um retorno ao direito natural clássico, mas sim de seu ressurgimento renovado, mediante a afirmação ou restauração de um padrão de justiça, pelo qual se avalia o direito positivo.

5. UNIVERSALIDADE DO *JUS GENTIUM*: DIREITO E JUSTIÇA UNIVERSAIS.

Encontram-se arraigadas na linha do pensamento jusnaturalista a importância atribuída aos princípios fundamentais, a idéia de uma justiça objetiva, e sua presença nas leis que passam assim a obrigar em consciência¹⁶. Desprovidas de justiça, deixam as leis de obrigar em consciência, segundo F. Suárez¹⁷. No entender de F. Vitoria, expoente do jusnaturalismo, não se dissociam o direito e a ética¹⁸. Tanto F. Vitoria como F. Suárez tiveram em mente o *jus gentium* universal, e não um *jus inter gentes* fragmentado¹⁹. F. Vitoria, em particular, teve o mérito de insistir na importância da responsabilidade de cada um pelos demais, de modo a fomentar uma solidariedade universal, que propiciaria avanços na civilização, no âmbito do *jus gentium*²⁰.

F. Vitoria lançou as bases para o surgimento do direito internacional (tal como passou a ser conhecido), a partir da renovação da escolástica, com a atenção voltada aos princípios fundamentais, aos direitos e deveres de todos *inter se*²¹. A partir do *jus naturale*, tanto F. Vitoria como F. Suárez visualizaram, com raciocínios distintos, um direito das gentes universal²². Seus escritos foram em seguida retomados por H. Grotius, que sustentou a necessidade do direito para a sociedade das nações (*jus necessarium*)²³.

16 B. Hamilton, *Political Thought in Sixteenth Century Spain - A Study of the Political Ideas of Vitoria, De Soto, Suárez, and Molina*, Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 20, 28 e 50-52.

17 *Ibid.*, p. 56.

18 *Ibid.*, p. 160.

19 *Ibid.*, pp. 106-107.

20 *Ibid.*, pp. 166 e 168-169.

21 J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Lectures on Francisco de Vitoria (1480-1546) and Francisco Suárez (1548-1617)*, Washington D.C., Georgetown University, 1928, pp. 15 e 20-21.

22 *Ibid.*, pp. 92-94, 99 e 101-102.

23 *Ibid.*, p. 120.

As raízes do pensamento humanista, próprio dos “pais fundadores” do direito internacional (F. Vitoria e F. Suárez, seguidos de H. Grotius, dentre outros) remontam a um passado mais distante, passando pelas *Institutas* de Justiniano com sua reconceitualização do *jus gentium* (abarcando todo o gênero humano), e alcançando os ensinamentos magistrais no *De Officiis* de Cícero (baseados na *recta ratio*)²⁴. Frente à unidade do gênero humano, concebeuse um direito universal, aplicável a todos - *tanto aos Estados como aos indivíduos* - em todas partes (*totus orbis*)²⁵. Ao contribuir à emergência do *jus humanae societatis*, autores como F. Vitoria e D. De Soto permearam suas lições do pensamento humanista que os antecederam²⁶.

Segundo as *Institutas* de Justiniano, o que a “razão natural” estabeleceu entre as nações é que se chama *jus gentium*. O propósito de F. Vitoria foi precisamente o de fazer com que o *jus gentium* se aplicasse não só às relações entre indivíduos, mas também às relações entre as nações²⁷. A concepção de F. Vitoria do direito internacional deixava claro que este último muito devia ao direito natural e aos princípios gerais²⁸. F. Suárez debruçou-se sobre a obra de F. de Vitoria; mas enquanto Vitoria se concentrou em “princípios gerais de justiça”²⁹, a conformar os princípios do direito das gentes emergente, F. Suárez desenvolveu “uma filosofia do direito aplicável a situações concretas”³⁰.

Na atualidade, no seio da CIJ, em meu Voto Arrazoado no Parecer de 22.07.2010 sobre a *Declaração de Independência de Kosovo*, evoquei a o ideal da *civitas maxima gentium* cultivado nos escritos dos chamados “pais fundadores” do direito internacional (*supra*). Já então, em sua época, o *jus gentium* já se havia liberado de suas origens de direito privado (de direito romano) para aplicar-se universalmente a todos os seres humanos (par. 72). A partir daí, procedi à advertência de que “os Estados existem para os seres humanos e não vice-versa. O direito internacional contemporâneo já não é indiferente ao destino da população, o mais precioso elemento constitutivo da qualidade de Estado” (par. 238).

24 Cf. J. MoreauReibel, “Le droit de société interhumaine et le *jus gentium* - Essai sur les origines et le développement des notions jusqu’à Grotius”, 77 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye* (1950), pp. 489-490, 492, 495-496, 503, 514-515, 566, 572 e 582.

25 Cf. *ibid.*, pp. 494, 507-508, 510, e cf. pp. 585-586.

26 Cf. *ibid.*, p. 538, e cf. pp. 588-590.

27 F. de Vitoria considerava o termo *gentes* como sinônimo de *nationes*; J. Brown Scott, *The Catholic Conception of International Law* [Francisco de Vitoria and Francisco Suárez], Clark/N.J., Lawbook Exchange Ed., 2008, p. 18.

28 *Ibid.*, p. 25.

29 Cf. *ibid.*, pp. 127-128 and 130.

30 *Ibid.*, p. 130. Embora seus enfoques respectivos fossem distintos, lograram eles alcançar “uma meta comum - o estabelecimento de um único padrão universal de certo e errado nas relações dos indivíduos dentro de um Estado, nas relações dos Estados entre si, e nas relações da comunidade internacional composta destes indivíduos e destes Estados”; *ibid.*, p. 130.

Efetivamente não se sustenta a inversão dos fins do Estado, a qual lamentavelmente levou “os Estados a considerar-se depositários finais da liberdade humana, e a tratar os indivíduos como meios e não como fins em si mesmos, com todas as desastrosas conseqüências que daí derivaram. A expansão da personalidade jurídica internacional acarretou a expansão da responsabilidade internacional” (par. 238) em nossos tempos. E, ao referir-me à “eterna saga do gênero humano em sua busca da emancipação da tirania e da opressão sistemática”, concluí que “os Estados que se transformaram em máquinas de opressão e destruição” deixaram de ser Estados aos olhos de sua população vitimada (par. 239). Abandonadas em meio à inobservância generalizada da lei, suas vítimas buscaram refúgio e sobrevivência em outras partes, no *jus gentium*, no direito das gentes, e, em nossos tempos, no *Direito das Nações Unidas*.

Nos últimos anos, tanto na CtIADH como mais recentemente aqui na CIJ, tenho voltado minhas reflexões à complexa temática da responsabilidade internacional *dos Estados* em meio a circunstâncias *agravantes*, que se encontra em grande parte ainda aberta na doutrina jusinternacionalista contemporânea. Não obstante, creio poder dizer que a justiça internacional contemporânea tem logrado alguns avanços, embora ainda haja um longo caminho a percorrer.

É o que indica a adjudicação internacional (impensável há alguns anos atrás) de casos de massacres pela CtIADH, na década passada, na qual tive o privilégio, ademais da enorme responsabilidade, de participar como magistrado³¹. A este ciclo se somam casos congêneres, inclusive, na atualidade, diante da CIJ. Este ciclo de casos nos põe em contato com o que há de mais sombrio na natureza humana; tenho me empenhado em adjudicá-los a partir do que visualizo como o advento do novo *jus gentium* de nossos tempos, o Direito Internacional para a pessoa humana, e, em última análise, para a humanidade³².

6. OS INDIVÍDUOS COMO SUJEITOS DE DIREITOS

Houve os que vislumbraram, no legado dos “pais fundadores” do direito internacional da escola peninsular ibérica, um *jus humanae societatis*, caracterizando o novo *jus gentium*³³ como o *direito comum* de toda a humanidade³⁴. As raízes desta cosmovisão remontam aos escritos de Cícero, e sua visão de que as máximas da justiça aplicam-se aos Estados assim como aos

31 Para um estudo, cf. A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71.

32 Para minha própria concepção, cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, op. cit. supra n. (11), pp. 1-726; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368.

33 J. Moreau-Reibel, “Le Droit de société interhumaine et le *jus gentium*”, 77 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1950) pp. 515, 547, 572 e 588-590.

34 *Ibid.*, pp. 542 e 510.

indivíduos³⁵. Autores como F. de Vitoria, Domingo de Soto e Melchor Cano, entre outros, imbuíram suas lições de *humanismo*³⁶ (tal como veio este a ser concebido posteriormente). Seu precioso legado jusnaturalista continuou a ser cultivado por estudiosos (como H. Grotius) das gerações seguintes, concebendo os direitos dos indivíduos como membros da sociedade humana internacional (*jus humanae societatis*), - direitos estes oponíveis a outros indivíduos e a grupos assim como ao próprio Estado³⁷.

Bartolomé de Las Casas (1474-1566) foi efetivamente um precursor humanista a advogar a *igualdade* dos povos (independentemente de seus distintos graus de desenvolvimento), e a partir dela a sustentar a *unidade* do gênero humano, tal como F. Vitoria e F. Suárez. B. de Las Casas rechaçou a pretensão de “superioridade” de uns sobre outros, e se opôs com veemência à barbárie perpetrada pelos conquistadores contra os indígenas³⁸. Atento às lições de F. Vitoria, B. de Las Casas elaborou seu próprio pensamento, apoiando-se nos discursos do Renascimento³⁹. Com o advento do Humanismo, as idéias de ambos passaram a ecoar com mais influência.

B. de Las Casas formulou a crítica mais contundente do colonialismo dos conquistadores, e pregou incansavelmente a compaixão pelos indígenas, e inclusive o dever de reparação aos mesmos. Rechaçou como ilegítimas a dominação dos povos e a guerra, inteiramente ilegítimas⁴⁰. A pessoa humana passou a ser vista como *sujeito* de direito, uma idéia básica que se projetou nos séculos seguintes⁴¹. A partir da asserção da idéia da *igualdade humana*, F. Vitoria e B. de Las Casas tornaram-se pioneiros na postura contra a opressão⁴².

35 *Ibid.*, pp. 494 e 514.

36 *Ibid.*, p. 538.

37 *Ibid.*, p. 586.

38 Cf., para uma análise circunstanciada, e.g., N. Matsumori, *Civilización y Barbárie - Los Asuntos de Indias y el Pensamiento Político Moderno (1492-1560)*, Madrid, Edit. Biblioteca Nueva, 2005, pp. 71, 73, 83, 86 e 88-90. Na visão de Las Casas, todos os seres humanos necessitam não só a razão, mas também a prudência; niguém foi criado por Deus para ser servo dos demais, a todos foi concedido o livre arbítrio (*ibid.*, p. 40). Cf. também, e.g., P. Borges, *Quién Era Bartolomé de Las Casas*, Madrid, Edic. RIALP, 1990, pp. 282-283, 293-298 e 305-306.

39 Recorde-se que os humanistas renascentistas se concentravam na *dignitas hominis*, celebrando a *centralidade* do ser humano; sobre este ponto em particular, cf., e.g., A. Pele, *El Discurso de la Dignitas Hominis en el Humanismo del Renacimiento*, Madrid, Univ. Carlos III de Madrid/ Edit. Dykinson, 2010, pp. 17, 19-21, 29-30, 37, 41-42, 45, 47, 55, 58, 62-68, 92, 101, 108 e 119.

40 Cf. L. Mora-Rodríguez, *Bartolomé de Las Casas - Conquête, domination, souveraineté*, Paris, PUF, 2012, pp. 19, 25, 114, 149, 156, 160, 228-229 e 231-233 e 235-239-241.

41 A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-212; A.A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens - L'accès des individus à la justice internationale: Le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 7-184.

42 Bartolomeu de Las Casas tinha, em particular, um problema religioso: empenhou-se, a partir

7. A TITULARIDADE INTERNACIONAL DE DIREITOS DA PESSOA HUMANA

Em meu Voto Arrazoadado no caso da *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguai* (Sentença da CtIADH de 29.03.2006), observei que transcorridos sete anos da Sentença paradigmática da CtIADH no caso dos “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, mérito, Sentença de 19.11.1999),

“os abandonados e esquecidos do mundo voltam a alcançar um tribunal internacional de direitos humanos em busca de justiça, nos casos dos membros das *Comunidades Yakye Axa* (Sentença de 17.06.2005) e *Sawhoyamaxa* (a presente Sentença). No *cas d’espèce*, os arrancados forçosamente de seus lares e terras ancestrais, e socialmente marginalizados e excluídos, efetivamente alcançaram uma jurisdição internacional, perante a qual finalmente encontraram a justiça” (par. 37).

Procedi, então, a recapitular, nas origens do direito das gentes, os ensinamentos dos mestres da escola peninsular ibérica, particularmente as célebres *Relecciones Teológicas* (1538-1539) de Francisco de Vitoria e os *Tratados Doctrinales* (1552-1553) de Bartolomé de las Casas (par. 62), com sua fiel observância do *princípio da humanidade*. Recordei (par. 63), as palavras de F. Vitoria, que sustentava residir o fundamento último do Direito

“na dignidade da pessoa humana como *ser racional*. O homem se constitui em (...) sujeito capaz de direitos e deveres por sua racionalidade, já que pelo uso de sua faculdade racional e sua conseqüente liberdade tem *domínio de seus próprios atos* e é também dono de eleger livremente seus destinos (...). A faculdade racional é, pois, a raiz fundamento formal que outorga ao homem o *ser capaz de domínio* e de direitos”⁴³.

Por sua vez, B. de las Casas denunciou, em seus *Tratados Doctrinales* do mesmo século XVI, a “crueldade e desumanidade” das conquistas no “Novo Mundo” (par. 65), transgredindo assim o direito natural e o das gentes (par. 66). Em seu entender, cada agente do poder público deveria possibilitar a cada criatura racional “alcançar o seu fim” (sobretudo o espiritual). Em sua *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias* (1552), ao expressar su indignação ante as destruições das populações, matanças, servidão e outras crueldades perpetradas contra os indígenas, B. de Las Casas também invocou expressamente a *recta ratio* e o direito natural (par. 66). Os discursos penetrantes de F. Vitoria e B. de las Casas no século XVI continuam a ressoar na consciência humana e a se revestir de triste atualidade: na presente era dos tribunais internacionais, a existência de

de 1514, na luta em defesa dos índios, em busca da salvação eterna, - e sua própria e a dos demais; foi sincero em seus firmes argumentos, e atuou como um Dom Quixote de La Mancha do pensamento jusinternacionalista; cf. P. Borges, *op. cit. supra* n. (39), pp. 305-306.

43 *Cit. in Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 521, e cf. p. 552.

uma jurisdição internacional dos direitos humanos (como a da CtIADH) tem-se com efeito transformado na última esperança dos marginalizados e esquecidos nas jurisdições nacionais (par. 67).

Na adjudicação do caso da *Comunidade Moiwana versus Suriname* (mérito, Sentença da CtIADH de 15.06.2005) pude me concentrar na titularidade internacional dos direitos da pessoa humana. Tratava-se do massacre, perpetrado pelo exército em 1986, da grande maioria dos membros da Comunidade Moiwana (excetuados os poucos sobreviventes que escaparam, adentrando-se pela floresta amazônica). Em meu Voto Arrazoadado, recordei que

“mais de dois séculos antes de ter o Suriname alcançado a condição de Estado, seus povos *Maroon* celebraram acordos de paz com as autoridades coloniais, subsequentemente renovados, e obtiveram assim sua liberdade da escravidão. E os *Maroons*, - os *N'djuka* em particular, - consideravam estes tratados como ainda válidos e autênticos nas relações com o Estado sucessor, o Suriname. Isto significa que aqueles povos exerceram seus atributos de pessoas jurídicas no direito internacional, bem antes de o território em que viviam ter alcançado a condição de Estado. Isto reforça a tese que sempre sustentei, no sentido de que os Estados não são, e jamais foram, os sujeitos únicos e exclusivos do Direito Internacional. Este enfoque puramente inter-estatal foi forjado pelo positivismo, a partir do reducionismo vatteliano em meados do século XVIII⁴⁴, e tornou-se *en vogue* ao final do século XIX e início do século XX, com as bem conhecidas consequências desastrosas - as sucessivas atrocidades perpetradas em distintas regiões do mundo contra os seres humanos individualmente e coletivamente - que marcaram a história trágica e horrenda do século XX. No entanto, desde suas origens históricas no século XVI, o direito das gentes (*droit des gens*) abarcava não só os Estados, mas também os povos, e a pessoa humana, individualmente e em grupos), e a humanidade como um todo” (pars. 6-7).

Recordei, ademais, o legado da escola peninsular ibérica, a partir da aula em Salamanca, *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), capítulos VI-VII, em que Francisco de Vitoria avançou seu entendimento no sentido de um *jus gentium* como um direito para todos, - indivíduos e povos assim como Estados, “toda fração da humanidade”. E resaltei a importância de “resgatar este enfoque universalista, no processo corrente de *humanização* do direito internacional e de construção do novo *jus gentium* do século XXI” (par. 8). O presente caso da *Comunidade Moiwana*, - prossegui, - proporcionava a ocasião para seguir avançado, ainda mais, a “visão universalista do direito das gentes”⁴⁵ (par. 9). E acrescentei:

44 Encontrado na obra de E. de Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758).

45 Propugnada, e.g., por Francisco de Vitoria (*Relecciones Teológicas* (1538-1539) e Francisco Suárez (*De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), - que exerceram influência sobre a obra do próprio H. Grotius, - em seu enfoque essencialmente universalista, como já havia eu ressaltado em meu anterior Voto Concordante no Parecer Consultivo n. 18 da CtIADH sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados* (2003, pars. 4-12) (par. 62).

“Os seres humanos, individualmente e coletivamente, emergiram como sujeitos do direito internacional. Os direitos protegidos revelam uma dimensão tanto individual como coletiva ou social, mas são os seres humanos, membros de tais minorias ou coletividades, que, em última análise, são *titulares* daqueles direitos. Esta visão foi adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na decisão sem precedentes (o primeiro pronunciamento do gênero de um tribunal internacional) no caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicarágua* (2001), que salvaguardou o direito à propriedade comunal de suas terras (sob o artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) dos membros de toda uma comunidade indígena” (par. 10).

Em meu Voto Arrazoado no mencionado caso da *Comunidade Moiwana*, abordei ainda a projeção do sofrimento humano no tempo (pars. 24 e 29-33), tal como o fiz igualmente em meus Votos Arrazoados no caso dos “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, reparações, Sentença de 26.05.2201) e no caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (reparações, Sentença de 22.02.2002). Mais recentemente, em meu Voto Arrazoado no caso *Servellón García e Outros versus Honduras* (Sentença de 21.09.2006), retomei este ponto, face à tragédia contemporânea dos atentados contra os direitos humanos em meio à decomposição do tecido social, e alertei:

“A violência gratuita e desnecessária por parte de órgãos e agentes do poder estatal, sobretudo contra os segmentos mais vulneráveis da população, e a exclusão e punição, assim como o confinamento, dos ‘indesejáveis’ como ‘respostas’ estatais a um ‘problema social’, tem sido uma constante na história do Estado moderno. Não têm ocorrido só nos países da América Latina, mas também da Europa e de todo o mundo. (...) O assassinato de crianças nas ruas do mundo é, ademais de uma violação grave dos direitos humanos, uma manifestação da loucura dos ‘civilizados’, a mais enfática e assustadora negação da razão” (par. 24).

O caso *Servellón García e Outros*, - acrescentei, - era “um dos muitos casos congêneres que ocorrem diariamente em toda a América Latina e em todo o mundo. O Estado cria os ‘indesejáveis’, ao deixar de cumprir as funções sociais para as quais foi historicamente criado, e depois os marginaliza, exclui, confina, ou mata (ou deixa que os matem)” (par. 26). Ao menos, no presente caso, - concluí, - os esquecidos do mundo tiveram sua causa alçada ao conhecimento de um tribunal internacional de direitos humanos, a CtiADH, e

“As humilhações e sofrimentos de que padeceram foram judicialmente reconhecidos, com suas conseqüências jurídicas para os responsáveis pelos mesmos. Na presente Sentença, a Corte advertiu para a perigosa estigmatização de que crianças e jovens pobres estariam condicionados à delinqüência, que cria um ‘clima propício’ para que aqueles menores em situação de risco se encontrem diante de uma ameaça latente a sua vida e integridade e liberdade pessoais” (par. 113).

8. A CENTRALIDADE DAS VÍTIMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

A partir desta ótica essencialmente humanista, um dos pontos que assinalo, em meus Votos recentes, que tenho emitido tanto aqui na CIJ como anteriormente na CtIADH, é o da *centralidade* das vítimas e das condições de vida da população no ordenamento jurídico internacional contemporâneo. No seio da CtIADH, fiz questão de ressaltar a centralidade das vítimas (ainda nas condições da mais completa vulnerabilidade), como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e.g., em meu Voto Arrazoado, entre outros, no mencionado caso da *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguai* (Sentença de 29.03.2006):

“O presente caso da *Comunidade Sawhoyamaxa* revela a centralidade, não da posição do Estado que invoca circunstâncias presumivelmente eximentes de sua responsabilidade, mas sim das vítimas, em uma situação de alta vulnerabilidade, e que, ainda que sobrevivendo em condições de indigência total, e virtual abandono, não obstante têm logrado que sua causa fosse examinada por um tribunal internacional de direitos humanos para a determinação da responsabilidade internacional do Estado em questão. A centralidade das vítimas, nas circunstâncias mais adversas, como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, realça seu *direito ao Direito*, seu direito à justiça sob a Convenção Americana [sobre Direitos Humanos], o qual abarca a proteção judicial (artigo 25) conjuntamente com as garantias judiciais (artigo 8). Tal direito abarca toda a proteção jurisdicional, até a fiel execução da Sentença internacional (o direito de acesso à justiça internacional *lato sensu*), devidamente motivada, e fundamentada no direito aplicável no *cas d'espèce*. O artigo 25 da Convenção Americana constitui efetivamente um pilar do Estado de Direito em uma sociedade democrática, em estreita relação com as garantias do devido processo legal (artigo 8), dando a devida expressão aos princípios gerais do direito universalmente reconhecidos, que pertencem ao domínio do *jus cogens* internacional” (par. 35).

Nos últimos oito anos tenho retomado esta mesma linha de reflexão em outros casos recentes, na Corte da Haia (CIJ), a saber: a) em meu Voto Dissidente (par. 48) no caso *Bélgica versus Senegal* (no qual sustento a aplicação do princípio da jurisdição universal, com base na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura); b) em meu extenso Voto Arrazoado (pars. 161-168) no Parecer Consultivo sobre a *Declaração de Independência de Kosovo*; c) em meu Voto Dissidente (pars. 1-214) no caso *Geórgia versus Federação Russa*; d) em meu Voto Dissidente no caso da *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Croácia *versus* Sérvia, Sentença de 03.02.2015 - cf. *infra*) sobre os conflitos armados na Ossétia do Sul e em Abkhazia (no qual sustento a necessidade da interpretação da cláusula compromissória em questão, consoante o objeto e fim da Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial); e e) em meus três recentes Votos Dissidentes, nos três casos das *Obrigações Atinentes ao Desarmamento Nuclear* (interpostos

pelas Ilhas Marshall contra o Reino Unido, a Índia e o Paquistão, Sentenças de 05.10.2016 - cf. *infra*).

A centralidade das vítimas tem-se feito presente inclusive em casos de violação sistemática de seus direitos fundamentais, em meio a circunstâncias particularmente *agravantes*, tal como ilustrado dramaticamente pela adjudicação, ao longo da década passada, do referido ciclo de casos de massacres. Nestes casos, as vítimas, circundadas da mais completa vulnerabilidade, por vezes inteiramente indefesas, lograram ter sua causa alçada às instâncias internacionais, na busca da realização da justiça.

No seio da CIJ, bem recentemente, em um período de menos de dois anos (de fevereiro de 2015 a outubro de 2016), apresentei quatro extensos e contundentes Votos Dissidentes, nos quais alertei para a premente necessidade de os tribunais internacionais enfrentarem, com lucidez e coragem, os grandes desafios que dizem respeito à humanidade como um todo (tais como lograr a correta aplicação da Convenção contra o Genocídio, e proceder de imediato ao desarmamento nuclear), em sua missão comum e ineludível da realização da justiça. Deixei claro o importante papel hoje reservado, neste propósito, aos tribunais internacionais.

No primeiro desses meus recentes e contundentes quatro Votos Dissidentes, no caso da *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Sentença de 03.02.2015), *inter alia* critiquei a decisão da CIJ de rejeitar a demanda, não tomando em conta a jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos (para a determinação da responsabilidade internacional do Estado) e dos tribunais penais internacionais (para a determinação da responsabilidade penal internacional do indivíduo), no sentido de admitir uma carga probatória razoável e não indevidamente exigente⁴⁶, em uma livre avaliação probatória, incluindo presunções com base em provas circunstanciais⁴⁷.

Com isto, - agreguei, - persistia a impunidade dos perpetradores de genocídio, afetando o próprio acesso à justiça por parte de suas vítimas e familiares, e tornando a aplicação da referida Convenção quase impossível, reduzindo-a assim a uma quase letra morta⁴⁸. Assinalei a importância de estar atento (a exemplo de R. Lemkin) aos ensinamentos dos “pais fundadores” do direito internacional (como F. de Vitoria e B. de Las Casas), particularmente quando se trata da adjudicação de casos atinentes a brutalidades humanas⁴⁹. Recordei que a Convenção contra o Genocídio não é estatocêntrica, concentrando-se, mais precisamente, nos grupos de pessoas, nas vítimas, que busca proteger⁵⁰.

46 Parágrafos 96-124 e 125-148.

47 Parágrafos 122-123 e 143.

48 Parágrafos 94, 143-144 e 531.

49 arágrafo 232.

50 Parágrafos 59 e 529. - Para um subsequente estudo de caso, cf., recentemente, A.A. Cançado

Em meus três outros Votos Dissidentes recentes, nos três casos das *Obrigações Atinentes ao Desarmamento Nuclear* (interpostos pelas Ilhas Marshall contra o Reino Unido, a Índia e o Paquistão, Sentenças de 05.10.2016), ao assinalar a atenção dedicada pela Carta das Nações Unidas aos povos⁵¹, ponderei *inter alia* que cabia ter sempre em mente a *raison d’humanité* (ao invés da *raison d’État*)⁵². O *princípio de humanidade*, - prossegui, - permeia todo o direito internacional contemporâneo, em uma visão universalista, em que o *jus necessarium* transcende as limitações do *jus voluntarium*⁵³.

Em nossos dias, a despeito da rejeição pela maioria da CIJ das demandas das Ilhas Marshall, - concluí em meus referidos três Votos Dissidentes, - há uma *opinio juris communis* claramente formada em prol da obrigação universal do desarmamento nuclear, emanada da consciência humana, e não da “livre vontade” de cada Estado individualmente⁵⁴. Também nestes três casos, novamente me referi à doutrina dos “pais fundadores” do direito das gentes, que atribuí grande importância aos princípios⁵⁵, e reconhece a necessidade de ir mais além de um enfoque estritamente inter-estatal, pois o direito das gentes abarca, entre seus sujeitos, a humanidade como um todo⁵⁶.

Trata-se de um ponto da maior relevância, ainda mais por dizer respeito à comunidade internacional como um todo, à própria humanidade. (como as questões do desarmamento nuclear, e da prevenção e punição do genocídio). Em minha percepção, cabe ter em mente a missão dos tribunais internacionais contemporâneos desde uma visão essencialmente humanista⁵⁷. No seio da CtIADH, a partir de 1998-1999, e na CIJ, a partir de 2009, tenho insistido, em sucessivos Votos (no exercício das funções tanto consultiva como contenciosa, e em medidas provisórias de proteção) na relevância deste processo histórico da *humanização* do direito internacional⁵⁸, com a devida atenção aos ensinamentos clássicos dos “pais fundadores” da disciplina.

Trindade, “La responsabilité de l’État sous la Convention contre le Génocide: Plaidoyer en défense de la dignité humaine”, XLII *Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano* (2015), Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2015, pp. 187-404.

51 Parágrafos 123-131, 119-127 e 113-121, respectivamente.

52 Parágrafos 201-209, 197-205 e 191-199, respectivamente.

53 Parágrafos 221-233, 217-229 e 211-223, respectivamente.

54 Parágrafos 300-314, 296-310 e 290-304, respectivamente.

55 Parágrafos 132, 136 e 126, respectivamente.

56 Parágrafos 217, 219 e 323; 221, 223 e 327; e 211, 213 e 317; respectivamente. - E, para um subsequente estudo de caso, cf., recentemente, A.A. Caçado Trindade, *A Obrigação Universal de Desarmamento Nuclear*, Brasília, FUNAG, 2017, pp. 41-221.

57 Cf. A.A. Caçado Trindade, *A Visão Humanista da Missão dos Tribunais Internacionais Contemporâneos*, Haia/Fortaleza, IBDH/IIDH, 2016, pp. 11-283; A.A. Caçado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185.

58 Para um estudo geral, cf. A.A. Caçado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª. ed. rev., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2015, pp. 3-789.

9. A CONCEPÇÃO HUMANISTA NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL E SUA IRRADIAÇÃO

Em uma ampla dimensão, a concepção humanista do ordenamento jurídico internacional requer a promoção contínua da cultura dos direitos humanos no seio das sociedades nacionais, inclusive para superar as resistências e incompreensões nestas presentes e reincidentes, e buscar evitar os abusos do passado. Há, ademais, que buscar capacitar os círculos jurídicos nos mais diversos países, sobretudo face à pouca familiaridade com o Direito Internacional, demonstrada notoriamente por muitos Judiciários nacionais. Tenho sempre presentes as interações entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional no presente domínio de proteção da pessoa humana.

Não há que passar despercebido que, no caso *A.S. Diallo (Guiné versus R.D. Congo*, Sentença de 30.11.2010), a CIJ, pela primeira vez em toda a sua história, estabeleceu violações de dois tratados de direitos humanos, o Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos, e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em decorrência das detenções arbitrárias de A.S. Diallo no Congo seguidas de sua expulsão do país. Tal como assinalei em meu Voto Arrazoadado (pars. 1-245) naquele caso, a Corte da Haia, movendo-se da dimensão *inter-estatal* à *intra-estatal*, igualmente pela primeira vez em toda a sua história procedeu a um reconhecimento explícito da contribuição, à matéria em apreço, da jurisprudência de dois tribunais internacionais de direitos humanos, as Cortes Interamericana e Européia de Direitos Humanos, além da prática da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (precursora da recém-estabelecida Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos). Isto teria sido impensável há poucos anos atrás aqui na Corte da Haia.

No mesmo Voto Arrazoadado no caso *A.S. Diallo*, destaquei a relevância da nova posição assumida pela CIJ, e invoquei o princípio da humanidade (que a meu ver transcende o Direito Internacional Humanitário convencional e se estende ao próprio direito internacional geral) assim como o princípio *pro persona humana*, no âmbito da jurisprudência - agora realmente em evolução - da CIJ, no combate à arbitrariedade. Ademais, endossei as conclusões da CIJ e sua determinação adicional da violação do direito individual à informação sobre assistência consular (artigo 36(1)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares), mas o fiz com base no enfoque pioneiro e inovador avançado pela CtIADH em seu Parecer Consultivo n. 16 sobre o *Direito à Informação sobre Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (1999), testemunhando o processo histórico em curso da *humanização* do direito consular em particular, e do direito internacional em geral⁵⁹.

59 Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law

Não há como fazer abstração dos seres humanos, destinatários últimos das normas do direito das gentes, titulares de direitos emanados diretamente do direito internacional. São efetivamente sujeitos do Direito Internacional, dotados de personalidade jurídica internacional, como hoje o reconhece inequivocamente a própria CIJ. Não há como eludir a posição dos indivíduos como sujeitos do Direito Internacional, nem sequer no contencioso interestatal clássico, próprio da Corte da Haia. Este desenvolvimento, ademais de alentador na busca da *realização da justiça* nos planos, a um tempo, nacional e internacional, parece-me, ademais, irreversível, dado o despertar da consciência humana para sua necessidade.

10. RELAÇÃO DA PRESENTE TEMÁTICA COM O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O “renascimento” contínuo do direito natural reforça a universalidade dos direitos humanos, porquanto inerentes a todos os seres humanos, - em contraposição às normas positivas, que carecem de universalidade, por variarem de um meio social a outro; daí se depreende a importância da personalidade jurídica do titular de direitos, inclusive como limite às manifestações arbitrárias do poder estatal. O legado humanista dos “pais fundadores” do direito das gentes, fundamentado nos direitos inerentes à pessoa humana, encontra-se subjacente à reconstrução do direito internacional, a partir do segundo meado do século XX, mediante o reconhecimento da importância de seus princípios fundamentais, afigurando-se, ademais, como precursor da emergência e considerável evolução, nas sete últimas décadas, do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O “eterno retorno” do jusnaturalismo vem contribuindo em muito à afirmação e consolidação do primado, na ordem dos valores, das obrigações estatais em matéria de direitos humanos, *vis-à-vis* os seres humanos sob as jurisdições respectivas de cada Estado, assim como em relação à comunidade internacional como um todo. Esta última, testemunhando a moralização do próprio direito, assume a vindicação dos interesses comuns superiores. Resgatar, nesta segunda década do século XXI, o legado do *jus gentium* em evolução, - como me venho propondo fazer há anos⁶⁰, - equivale a sustentar a concepção universalista do direito internacional, voltada ao mundo em que vivemos. É esta uma tarefa que me parece crucial em nossos dias, em um mundo dilacerado por conflitos e disparidades, de modo a tornar o direito internacional capaz de responder às necessidades e aspirações da humanidade na atualidade.

Em meu Voto Concordante no histórico Parecer n. 18 (de 17.09.2003) da CtIADH, sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*,

and Practice”, in 6 *Chinese Journal of International Law* (2007) n. 1, p. 1-16.

60 Cf., e.g., A.A. Caçado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 1040-1109.

destaquei a importância crescente da prevalência de determinados direitos, como o direito de acesso à justiça (no sentido *lato sensu* de direito à realização da justiça), o direito à vida privada e familiar (compreendendo a unidade familiar), o direito a não ser submetido a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, de modo a transcender a dimensão puramente estatal ou inter-estatal (a meu ver insatisfatória, e eivada de uma ideologia insustentável). O grande problema apresentado à CtIADH, objeto de seu paradigmático Parecer n. 18 de 2003, veio uma vez mais ilustrar a atualidade e a continuada necessidade do pensamento visionário dos mestres “fundadores” do direito das gentes, inclusive para encontrar soluções a dificuldades que afligem o cotidiano de milhões de seres humanos em nossos dias.

No capítulo dos *sujeitos* do direito internacional, a par dos Estados e organizações internacionais, figuram hoje também os indivíduos, a pessoa humana. Ora, se o direito internacional contemporâneo reconhece direitos aos indivíduos e grupos de particulares, - como o ilustram os múltiplos instrumentos internacionais de direitos humanos de nossos dias, - não há como negar-lhes a *personalidade* jurídica internacional, sem a qual não poderia dar-se aquele reconhecimento. O próprio direito internacional, ao proclamar direitos inerentes a todo ser humano, - por definição *anteriores e superiores ao Estado*, - desautoriza o arcaico dogma positivista que pretendia autoritariamente reduzir tais direitos aos “concedidos” pelo Estado.

O reconhecimento dos indivíduos como sujeitos tanto do direito interno como do Direito Internacional representa uma verdadeira *revolução jurídica*, à qual temos o dever de contribuir. Esta revolução jurídica, que vem enfim dar um conteúdo ético às normas tanto do direito público interno como do direito internacional, culmina na atual consagração do acesso direto dos indivíduos aos tribunais internacionais (Cortes Européia e Interamericana, seguidas mais recentemente da Corte Africana) de direitos humanos⁶¹.

A relação dos ensinamentos dos “pais fundadores” do direito internacional com o que hoje conhecemos como o Direito Internacional dos Direitos Humanos manifesta-se em nossos dias na própria conceituação do ser humano como sujeito do direito à reparação de danos por ele sofridos. A consciência da necessidade da reparação de danos, em quaisquer circunstâncias, marcou presença nos escritos dos “pais fundadores” do direito das gentes, como veremos mais adiante (cf. seção XIII, *infra*).

61 O *jus standi* dos indivíduos já é uma realidade sob a Convenção Européia de Direitos Humanos (emendada pelo Protocolo n. 11, em vigor desde fins de 1998); o *locus standi in judicio* em todas as etapas do procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos é do mesmo modo uma realidade (com a entrada em vigor, em 2001, do quarto e atual Regulamento da Corte Interamericana, sob minha Presidência). Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104.

11. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Encontramse arraigadas na linha do pensamento jusnaturalista a importância atribuída aos princípios fundamentais, a idéia de uma justiça objetiva, e sua presença nas leis, que passam, assim, a obrigar em consciência. Desprovidas de justiça, deixam as leis de obrigar em consciência, segundo F. Suárez. No entender de F. Vitoria, expoente do jusnaturalismo, não se dissociam o direito e a ética; F. Vitoria teve o mérito de insistir na importância da responsabilidade de cada um pelos demais, de modo a fomentar uma solidariedade universal, que propiciaria avanços na civilização, no âmbito do *jus gentium*. Sua concepção do direito das gentes foi desenvolvida a partir da renovação da escolástica, com atenção voltada aos princípios fundamentais, aos direitos e deveres de todos *inter se*.

A partir do *jus naturale*, tanto F. Vitoria como F. Suárez visualizaram, com raciocínios distintos, um direito das gentes universal. Enquanto a concepção de F. Vitoria do *jus gentium* realçava a importância dos princípios, entendidos estes como “princípios gerais de justiça”, F. Suárez desenvolveu “uma filosofia do direito aplicável a situações concretas”; a partir de enfoques distintos, alcançaram a meta comum de conceber um ordenamento jurídico universal (abarcando os indivíduos e os Estados), baseado na *recta ratio*, proibindo o que é mal, e buscando o *bem comum*. Para F. Vitoria e F. Suárez, não há como dissociar o jurídico do ético; o Estado nada mais é do que uma organização social de seres humanos, e toda *rule of law*, nacional ou internacional, cria obrigações legais, de conteúdo ético⁶².

O pensamento de F. Vitoria em muito contribuiu à conscientização do *princípio básico da igualdade*, abarcando tanto a igualdade de todos os seres humanos como a igualdade jurídica de todos os povos⁶³. Os ensinamentos de F. Vitoria e F. Suárez se projetaram na gradual conceitualização da personalidade jurídica internacional, e ambos contribuíram a uma visão da sociedade universal do gênero humano⁶⁴. E F. Vitoria fez questão de situar o cumprimento das normas do direito das gentes acima da soberania estatal⁶⁵. Estava plantada a semente para a construção conceitual de uma comunidade internacional organizada.

Em meu Voto Arrazoado no recente Parecer Consultivo da CIJ (de 01.02.2012) sobre a *Revisão de uma Sentença (n. 2867) do Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho (OIT)*, tive a ocasião

62 Por sua vez, F. Suárez, ainda que atento à equidade, abre um certo espaço à vontade individual, ao livre arbítrio; mas para ele não há uma associação de seres humanos (nos planos nacional e internacional) que não tenha uma base ética.

63 A.M. Palamidessi, *Alle Origini del Diritto Internazionale - Il Contributo di Vitoria e Suárez alla Moderna Dottrina Internazionalistica*, Roma, Aracne Edit., 2010, pp. 52 e 66-69.

64 *Ibid.*, pp. 83, 169 e 176.

65 *Ibid.*, p. 53.

de, uma vez mais, recordar que o direito das gentes, na visão de F. Vitoria e F. Suárez, revelava a unidade e a universalidade do gênero humano. Foi concebido como um ordenamento verdadeiramente universal, para a realização do bem comum, baseado na *recta ratio* (par. 62). A pessoa humana passou a ser vista como *sujeito* de direito, uma idéia básica que se projetou nos séculos seguintes⁶⁶ (pars. 57-59).

Os mesmos princípios de justiça, e normas deles emanadas, - prossegui no referido Voto Arrazoadado, - vieram a aplicar-se tanto aos Estados, como as povos e indivíduos que os formavam (par. 58). Ressaltei, então, em relação ao assunto *sub iudice*, a relevância do princípio básico da *igualdade jurídica das partes* (*égalité des armes/equality of arms*), ligado ao princípio geral da boa administração da justiça (*la bonne administration de la justice*), ainda mais na atualidade, em que se afirma nas Nações Unidas o *rule of law* nos planos tanto nacional como internacional, tornando imprescindível assegurar a fiel observância dos princípios gerais do direito em todas e quaisquer circunstâncias (par. 110).

12. O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Há que ter em mente que a idéia da igualdade humana já estava presente nos primórdios do direito das gentes, bem antes de encontrar expressão nos instrumentos internacionais que conformam seu *corpus juris gentium*, tal como o conhecemos em nossos tempos. Assim, a idéia da *igualdade humana* era subjacente à concepção da *unidade do gênero humano* (presente, por exemplo, no pensamento de Francisco de Vitoria e de Bartolomé de Las Casas, pioneiros na postura contra a opressão). O princípio fundamental da igualdade e não-discriminação é um dos pilares básicos do *corpus juris* da proteção internacional dos direitos humanos. O referido princípio foi captado pela consciência humana ao longo da história, da época dos “pais fundadores” do direito internacional aos nossos dias.

E tanto F. Vitoria como F. Suárez propugnaram pela *igualdade* tanto entre as nações assim como entre os indivíduos; a comunidade internacional era tida como uma verdadeira *comunidade*, e o *princípio da igualdade* era fundamental para ambos, F. Vitoria e F. Suárez, - não havendo qualquer razão jurídica ou justificativa para a desigualdade entre os indivíduos ou entre os Estados⁶⁷. Ambos destacaram as relações entre a igualdade e a justiça, e seus ensinamentos - também neste particular - têm, em meu entender, se mostrado perenes, resistindo à erosão do tempo.

66 A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-212; A.A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens - L'accès des individus à la justice internationale: Le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 7-184.

67 Cf., e.g., J. Brown Scott, *The Catholic Conception of International Law* [Francisco de Vitoria and Francisco Suárez], *op. cit. supra* n. (28), pp. 25, 130, 137-142 e 239.

Para F. Suárez, o direito natural, universal, se baseia na *recta ratio*, desta emana, proibindo o que é mal, e buscando o *bem comum*⁶⁸; mesmo assim, F. Suárez abre um certo espaço à vontade individual, ao livre arbítrio⁶⁹. Atento à equidade, a concepção de F. Suárez toma o direito natural como fundamento para erguer a “estrutura da justiça, nacional e internacional”, - a primeira aplicandose a indivíduos dentro do Estado, a segunda a indivíduos agrupados em Estados⁷⁰. Para F. Suárez, não há uma associação de seres humanos que não tenha uma base moral; toda *rule of law*, nacional ou internacional, cria uma obrigação legal e natural, e violar a boa fé (*bona fides*) é violar o direito natural⁷¹.

Na concepção de F. de Vitoria e F. Suárez, o Estado “não é algo em si mesmo”, nada mais é do que “uma organização humana”, ou seja, “homens, mulheres e crianças em sociedade organizada”⁷². F. Suárez acrescentava que a existência de Estados como entidades isoladas e autosuficientes era impossível, pois o mundo é uma “comunidade internacional”, ainda que “inorgânica”⁷³. Estava plantada a semente para a construção conceitual de uma comunidade internacional organizada.

Tanto F. Vitoria como F. Suárez propugnaram pela *igualdade* entre as nações assim como entre os indivíduos⁷⁴. Ambos destacaram a tríade justiça / boa fé / igualdade⁷⁵, e seus ensinamentos têm se mostrado perenes, resistindo à erosão do tempo. Para ambos, F. Vitoria e F. Suárez, a comunidade internacional era de fato uma comunidade, de Estados iguais; o *princípio da igualdade* é fundamental para ambos (no que permanecem modernos), - não havendo qualquer razão jurídica ou justificativa para a desigualdade entre os indivíduos ou entre os Estados⁷⁶.

Na concepção de F. Vitoria, o direito das gentes, em sua universalidade, abarca efetivamente os Estados assim como os indivíduos organizados socialmente em seu seio, de modo co-extensivo com a própria humanidade⁷⁷. O direito das gentes se aplica assim a todas as pessoas, tenham nele consentido

68 Cf. *ibid.*, pp. 138-142, 155 e 163-164.

69 *Ibid.*, pp. 142-143.

70 *Ibid.*, pp. 137 e 157.

71 *Ibid.*, pp. 239-240.

72 *Ibid.*, p. 481.

73 *Ibid.*, pp. 483-484.

74 *Ibid.*, p. 486.

75 *ibid.*, p. 487.

76 Cf. *ibid.*, p. 493. Daí também adveio o princípio da nacionalidade; cf. *ibid.*, p. 494. Os professores (como F. Vitoria e F. Suárez) são mais artistas do que os pintores e escultores (que trabalham com materiais inanimados), pois seu trabalho é o de ‘formar almas’, não só dos seres humanos como também das nações”; *ibid.*, p. 494.

77 J. Brown-Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford, 1934, pp. 140, 163 e 282-283.

ou não⁷⁸; situa-se *acima* da vontade. Há uma obrigação de *reparação* de suas violações, por ele estabelecida para satisfazer uma necessidade da própria comunidade internacional, com os mesmos princípios de justiça aplicando-se tanto aos Estados como aos indivíduos e povos que os conformam⁷⁹.

Consoante o próprio legado tomista, as regras de direito são captadas pela consciência humana; a partir dos ensinamentos dos “pais fundadores” do direito internacional, as construções doutrinárias jusnaturalistas subseqüentes buscaram desenvolver-se a partir da *consciência jurídica* e dos “sentimentos de sociabilidade internacional”⁸⁰. Esta linha de pensamento abriu caminho para a interpretação teleológica (buscando os fins), e não exegética (buscando a vontade), dos textos legais⁸¹.

Como se vê, a emergência e formação do *direito das gentes* muito deve ao pensamento de seus “pais fundadores”, que encontraram seus fundamentos no pensamento jusnaturalista em evolução. O *jus gentium*, tal como por eles entendido, deriva seu caráter obrigatório dos “padrões éticos de uma coexistência justa das nações”; desse modo, ensinava F. Vitoria, se lograria a realização do bem comum da comunidade internacional (*bonum commune totius orbis*). Posteriormente, F. Suárez introduziu um elemento voluntarista neste panorama, ao buscar fundamentar o direito das gentes nascente no *consenso* entre os Estados emergentes⁸². De todos modos, não obstante estes distintos matizes, os “pais fundadores” do direito internacional comungaram todos a visão própria do jusnaturalismo.

Os autores da escolástica ibérica (séculos XVI-XVII), tidos como “pais fundadores” do direito internacional, a partir do legado tomista construíram sua doutrina, em que rechaçaram a injustiça da violência e tirania dos colonizadores, e ressaltaram o papel capital da *solidariedade* nas relações internacionais em escala universal, no novo *jus gentium* que florescia. Assim o fizeram, entre outros, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto⁸³, Francisco Suárez⁸⁴. No *De Justitia et Jure* de Domingo de Soto (e também na obra de F. Vitoria) no século

78 *Ibid.*, pp. 158 e 172.

79 *Ibid.*, pp. 150 e 282-283.

80 N. Matesco, *Doctrines - écoles et développement du droit des gens*, Paris, Pédone, 1951, pp. 10-11, 16 e 45.

81 *Ibid.*, pp. 48-49.

82 Cf. W.G. Grewe, *The Epochs of International Law* (transl. M. Byers), Berlin, W. de Gruyter, 2000, cap. V, pp. 189-197, esp. pp. 189-190.

83 J. Brufau Prats, “Francisco de Vitoria y Domingo de Soto - Proyección de Su Doctrina en la Evangelización de América”, in *Actas del II Congreso Internacional sobre los Dominicos y el Nuevo Mundo* (Salamanca, março-abril de 1989), Salamanca, Edit. San Esteban, 1990, pp. 47-53, 56 e 58.

84 Cf. P.E.V. Borges de Macedo, *O Nascimento do Direito Internacional*, São Leopoldo/R.S., Edit. Unisinos, 2009, pp. 249 e 285-286.

XVI já se encontravam as sementes do princípio básico da igualdade e não-discriminação⁸⁵.

Não obstante, não deixa de ser paradoxal, se não trágico, constatar que os avanços, nos dois últimos séculos, no domínio do conhecimento científico e tecnológico, tenham gerado desigualdades recorrentes entre os seres humanos, como evidenciado - em lugar da distribuição - concentração de riqueza nas mãos de poucos, com uma conseqüente marginalização social de segmentos mais amplos da população. A insuficiente atenção dedicada pela doutrina jurídica até o presente, ao princípio básico da igualdade e não-discriminação, encontra-se longe de guardar proporção com a fundamental importância de tal princípio, tanto na teoria como na prática do Direito.

Nas últimas décadas, a igualdade e a não-discriminação passaram a ser invocadas em relação a indivíduos e grupos de indivíduos, em situação de vulnerabilidade, nas mais variadas circunstâncias⁸⁶. As bases para atendê-los e protegê-los já se encontravam - desde meados do século XX - em instrumentos básicos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁸⁷, a Carta das Nações Unidas de 1945⁸⁸. Com efeito, o direito das gentes, e, mais particularmente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tem se confrontado com formas distintas e sucessivas de discriminação, e a proibição desta última continua a ter vigência em nossos dias. O combate à discriminação parece, em última análise, tal como em Sísifo, um trabalho ou uma luta sem fim.

A gradual consolidação, nas últimas décadas do século XX, dos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, veio refletir a crescente conscientização do princípio, - pilar básico de todos estes sistemas de proteção, - do respeito da dignidade humana, contribuindo assim à prevalência do princípio da igualdade e não-discriminação. Determinadas expressões passaram a emergir sucessivamente, tais como, e.g., “igualdade perante a lei”, “igual proteção da lei”, e “não-discriminação por força de lei”, nesta seqüência. Subjacentes a elas encontram-se valores humanos; a cristalização da expressão “igualdade perante a lei” se deve a sua presença marcante no direito público interno comparado. Estas expressões vieram associar-se às obrigações correspondentes do Estado,

85 Cf. J. Brufau Prats, *op. cit. supra* n. (83), pp. 46 e 56-57.

86 Para um estudo recente, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*, Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2013, pp. 39-748.

87 Cujo artigo 1 proclama: - “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados como estão de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros”.

88 Que começa por afirmar a determinação dos “povos das Nações Unidas” de “reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade dos direitos de homens e mulheres e das nações grandes e pequenas” (segundo parágrafo preambular).

consagradas em numerosos instrumentos internacionais de direitos humanos hoje existentes.

A partir de então, o princípio básico da igualdade e não-discriminação veio a ter uma incidência em setores distintos das relações humanas, e tem logrado avanços na eliminação da discriminação racial (final dos anos sessenta e década dos setenta), na promoção da igualdade entre os sexos (final dos anos setenta e década dos oitenta), na proteção das pessoas deslocadas (final dos anos oitenta e década dos noventa). Desde então (fins dos anos noventa) e até o presente (início de 2017), concentra-se nos desafios da condição das pessoas mais recentemente afetadas pelo empobrecimento, das vítimas de distúrbios e conflitos internos, e dos migrantes indocumentados.

No final das contas, o princípio básico da igualdade e não-discriminação encontra-se nos fundamentos do próprio Direito das Nações Unidas, assim como nos sistemas regionais de direitos humanos dotados de tribunais internacionais de direitos humanos. Estes últimos (CtEDH, CtIADH, e CtADHP), estabelecidos por Convenções regionais de direitos humanos, operam em continentes distintos no âmbito da universalidade dos direitos humanos.

13. O DEVER DE REPARAÇÃO DE DANOS

Francisco de Vitoria expressou, com fidelidade ao jusnaturalismo, seu sentimento da existência de uma *justiça objetiva internacional*. É significativo que F. Vitoria tenha desenvolvido esta sensibilidade em uma era de construção imperial. Durante sua época, quase todos os internacionalistas, a começar pelos da própria Península Ibérica, eram expansionistas, abertamente favoráveis ao colonialismo (europeu-cristão)⁸⁹, - a exemplo, *inter alii*, de Juan Ginés de Sepúlveda, notório imperialista, oponente de Bartolomé de Las Casas nos célebres debates da “Junta de Valladolid” (1550-1551).

Para F. Vitoria, a própria *sociabilidade* humana, de direito natural, explicava a universalidade do direito das gentes (no que diferia de F. Suárez, mais consensualista e não tanto universalista). F. Vitoria logrou, assim, expandir a própria concepção do *jus gentium*, além de abrir caminho para o reconhecimento de que princípios fundamentais regem a vida internacional⁹⁰. A idéia de *solidariedade* marcava presença, tanto em seus ensinamentos como nos de outros “pais fundadores” do direito das gentes. Seu principal legado encontra-se em suas *Relecciones - De Indis*, mais do que em suas lições sobre o direito de guerra (justa), das quais se podem extrair conseqüências contraditórias. F. Vitoria mostrou-se atento à preservação e defesa do bem público, ao dever de consciência, e à *raison d’humanité*⁹¹ (ao invés da *raison d’État*).

89 C. Barcia Trelles, “Francisco de Vitoria et l’École moderne du Droit international”, 17 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1927) pp. 143 e 328, e cf. p. 332.

90 *Ibid.*, pp. 196, 198, 200, 212 e 331, e cf. pp. 204-205.

91 *Ibid.*, pp. 228, 248, 256, 279, 292, 315 e 331.

Outros autores, como José de Acosta, somados a F. Vitoria, denunciaram a falta de piedade e a extrema violência dos colonizadores, que faziam a guerra para se enriquecer⁹². Mas nenhum foi mais veemente nas denúncias do que Bartolomé de Las Casas. Tanto em sua *Brevíssima Relação da Destruição das Índias* (1542), como, posteriormente, nos debates da já mencionada “Junta de Valladolid” (1550-1551), B. de Las Casas denunciou, em um misto de compaixão e indignação, a tirania, a brutalidade e os crimes perpetrados pelos conquistadores⁹³; para ele, eram estes últimos, e não os autóctones, que se afiguravam bárbaros, matando pessoas inocentes⁹⁴.

Em nada surpreende que os “pais fundadores” do direito das gentes sustentassem o dever de *reparação* dos danos causados aos vitimados. Tanto B. de Las Casas como F. Vitoria avançaram uma visão humanista do direito das gentes nascente, revelando a consciência da dignidade inerente a todos os seres humanos⁹⁵. A conceituação do ser humano como sujeito do direito à reparação de danos por ele sofridos veio à tona no contencioso não só diante dos referidos tribunais internacionais de direitos humanos, mas inclusive da própria CIJ. No já mencionado caso *A.S. Diallo*, dediquei atenção, - em meus Votos Arrazoados nas Sentenças da CIJ tanto quanto ao mérito (2010) como às reparações (2012), - à necessidade de decidir a questão das reparações, em casos do gênero, a partir da perspectiva das próprias *vítimas*, os seres humanos (e não de seus Estados respectivos).

Assim, na Sentença de reparações da CIJ (de 19.06.2012) naquele caso, em meu Voto Arrazoado assinalei que o dever de reparação, a partir do princípio *neminem laedere*, “tem raízes históricas profundas”, remontando aos escritos dos “pais fundadores” do direito das gentes, em seus primórdios. O próprio F. Vitoria, por exemplo, em sua segunda *Relectio - De Indis* (1538-1539), afirmava o dever de reparação de “todos os danos”, inclusive em meio a hostilidades armadas⁹⁶ (par. 14). Tal dever de reparação se impunha em todos os tipos de disputas, - entre Estados, ou entre grupos, ou entre indivíduos; a reparação, assim entendida, correspondia a “uma necessidade” da comunidade

92 Cf. L. Pereña Vicente, “Francisco de Vitoria: Conciencia de América”, in *Actas del II Congreso Internacional...*, op. cit. supra n. (83), pp. 94 e 101-106.

93 Cf. P. Leuprecht, Reason, *Justice and Dignity - A Journey to Some Unexplored Sources of Human Rights*, Leiden, Nijhoff, 2012, pp. 78-84, e cf. p. 88.

94 Cf. *ibid.*, pp. 84-86, e cf. p. 95.

95 Cf. *ibid.*, pp. 100-101.

96 Cf. Francisco de Vitoria, “*Relección Segunda - De los Indios*” [1538-1539], in *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1955, p. 827, e cf. pp. 282-283; e cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez: Contribution des théologiens au Droit international moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 73-74, e cf. pp. 169-170.

internacional regida pelo novo direito das gentes (pars. 14-15). E acrescentei, no mesmo Voto Arrazoado no caso *A.S. Diallo*, que

“Os ensinamentos dos ‘pais fundadores’ do direito das gentes (...) jamais se desvaneceram. Sucessivas violações graves dos direitos da pessoa humana (alguns em escala maciça) despertaram a consciência humana para a necessidade de restaurar ao ser humano a posição central da qual havia sido indevidamente despojado pelo pensamento exclusivamente inter-estatal que veio a prevalecer no século XIX. A reconstrução [do Direito Internacional], em bases humanas, de meados do século XX em diante, tomou, como fundamento conceitual, os cânones do ser humano como sujeito de direitos (*titulaire de droits*), da garantia coletiva da realização destes últimos, e do caráter objetivo das obrigações de proteção, e da realização de valores comuns superiores. O indivíduo passou novamente a ser visto como sujeito do direito à reparação pelos danos sofridos” (par. 21).

Tendo abordado este ponto em meu Voto Arrazoado na Sentença de reparações (de 2012) da CIJ no caso *A.S. Diallo* (*supra*), venho recentemente de retomar o tema dos ensinamentos dos “pais fundadores” do direito internacional em matéria de direito a reparações em meu Voto Arrazoado na Resolução de 06.12.2016 da CIJ, desta vez no caso das *Atividades Armadas no Território do Congo* (R.D. Congo *versus* Uganda, reparações), com o propósito de singularizar um ponto importante (pars. 11-13), a saber:

“(...) já na primeira metade do século XV, Francisco de Vitoria sustentou, em sua célebre Segunda *Relectio - De Indis* (1538-1539), que ‘o inimigo que perpetrou a violação está obrigado a prover toda [a] reparação’⁹⁷; há um dever, mesmo em meio a hostilidades armadas, to prover restituição (das perdas) e reparação de ‘todos os danos’⁹⁸. F. Vitoria buscou inspiração nos escritos bem anteriores de Tomás de Aquino (do século XIII), e seguiu um enfoque antropocêntrico em suas aulas na Universidade de Salamanca⁹⁹.

O novo pensamento humanista veio assim a marcar presença no direito das gentes emergente. Na segunda metade do século XVI, Bartolomé de Las Casas, em sua obra *De Regia Potestate* (1571), após invocar as lições de Tomás de Aquino, também afirmou o dever de *restitutio* e reparação de danos¹⁰⁰. Em um de seus mais conhecidos escritos, *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias* (1552), B. de Las Casas não só denunciou os numerosos massacres de povos nativos, mas também afirmou o dever de reparações de danos¹⁰¹.

97 Franciscus de Victoria, *Second Relectio - On the Indians [De Indis]* [1538-1539], Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford, 1934 [reed.], p. LV.

98 *Ibid.*, p. LV; e cf. Francisco de Vitoria, “Relección Segunda - De los Indios [1538-1539], in *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdañoz), Madrid, BAC, 1955, p. 827.

99 A partir de sua primeira aula; cf. Francisco de Vitoria, *Sobre el Poder Civil [Relectio de Potestate Civili, 1528]* (ed. J. Cordero Pando), Salamanca, Edit. San Estéban, 2009 [reed.], pp. 22 e 44.

100 Bartolomé de Las Casas, *De Regia Potestate o Derecho de Autodeterminación* [1571] (eds. L. Pereña, J.M. Pérez-Prendes, V. Abril e J. Azcárraga), CSIC, Madrid, 1969, p. 72.

101 Bartolomé de Las Casas, *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias* [1552], Barcelona, Ediciones 29, 2004 [reed.], pp. 14, 17, 23, 27, 31, 45, 50, 72-73, 87 e 89-90 (massacres),

Ainda no século XVI, o dever de *restitutio* e reparação de danos foi repaldado por Juan Roa Dávila, em seu *De Regnorum Iusticia* (1591), também se referindo a Tomás de Aquino¹⁰².

Posteriormente, no século XVII, Hugo Grotius, em seu bem conhecido *De Jure Belli ac Pacis* (1625), dedicou todo um capítulo à obrigação de reparação de danos (livro II, capítulo 17)¹⁰³. Teve em mente os dictames da *recta ratio*. Para ele, a “parte lesada” não era necessariamente um Estado; referiu-se a distintos tipos de dano causados por violações de ‘direitos nossos’, ou de ‘perdas sofridas por negligência’; tais danos ou perdas criavam uma obrigação de reparação¹⁰⁴”.

Em seguida, assinei, no mesmo Voto Arrazoado (pars. 14-15), que, também no século XVII, Samuel Pufendorf, em seu livro *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law* (1673), ressaltou a necessidade de prover reparações de danos, de modo a assegurar a paz. Com base no pensamento jusnaturalista, condenou a vingança, e advertiu que, sem prover a *restitutio*, “men in their wickedness will not refrain from harming each other (...)”¹⁰⁵. Posteriormente, no século XVIII, também na linha do jusnaturalismo, Christian Wolff, em seu livro *Principes du droit de la nature et des gens* (1758), do mesmo modo afirmou o dever de reparação apropriada de danos¹⁰⁶.

Em nada surpreende, - prossegui, - que os “pais fundadores” do direito internacional estivessem particularmente atentos ao dever de reparações de danos; abordaram as reparações em relação a distintos tipos de disputas, atinentes a distintos sujeitos, - Estados assim como nação, povos, grupos e indivíduos (par. 15). E acrescentei (pars. 16-18):

“Já no século XVI, F. de Vitoria vislumbrava a comunidade internacional de Estados emergentes como ‘co-extensiva com a humanidade’, e o provimento de reparação correspondia a ‘uma necessidade internacional’¹⁰⁷ em conformidade com a *recta ratio*. O *jus naturae et gentium* emergente era universalista,

Bartolomé de Las Casas, *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias* [1552], Barcelona, Ed. Galaxia Gutenberg / Universidad de Alicante, 2009, pp. 91-92 e 116-117.

102 Juan Roa Dávila, *De Regnorum Iusticia o El Control Democrático* [1591] (eds. L. Pereña, J.M. Pérez-Prendes and V. Abril), Madrid, CSIC/Instituto Francisco de Vitoria, 1970, pp. 59 e 63.

103 Hugonis Grotii, *De Jure Belli Ac Pacis* [1625], livro II, cap. XVII, Haia, M. Nijhoff, 1948, pp. 79-82.

104 *Ibid.*, pp. 79-80, pars. I e VIII-IX; e cf. H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* [1625] (eds.D. Alland and S. Goyard-Fabre), Paris, PUF, 2005 [reed.], pp. 415-416 e 418, paras. I e VIII-IX.

105 Samuel Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law* [1673] (eds. J. Tully e M. Silverthorne), Cambridge, Cambridge University Press, 2003 [reimpr.], pp. 57-58, e cf. pp. 59-60.

106 Christian Wolff, *Principes du droit de la nature et des gens* [1758], vol. III, Caen, Ed. Université de Caen, 2011 [reed.], cap. VI, pp. 293-294, 296-297 e 306.

107 Cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez: Contribution des théologiens au Droit international moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 73-74, e cf. pp. 169-170; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford, 1934, pp. 282-283.

voltado a todos os povos; direito e ética caminhavam juntos, na busca da justiça¹⁰⁸. Reminiscentes do ideal de Cícero da *societas hominum*¹⁰⁹, os ‘pais fundadores’ do direito internacional concebiam uma ‘sociedade universal do gênero humano’ (*commune humani generis societas*) abarcando todos os mencionados sujeitos do direito das gentes (*droit des gens*).

O enfoque reducionista do ordenamento jurídico internacional, que veio a prevalecer nos séculos XIX e XX, tendo em vista somente as soberanias estatais absolutas e a elas sujeitando os seres humanos, levou as reparações a um impasse e bloqueou seu desenvolvimento conceitual. Este último vem de ser retomado na atualidade contribuindo ao processo histórico de humanização do direito internacional contemporâneo.

O legado dos ‘pais fundadores’ do direito internacional tem sido preservado na doutrina jusinternacionalista mais lúcida, dos séculos XVI-XVII até o presente. Marca sua presença na universalidade do direito das gentes, no reconhecimento da importância dos princípios gerais do direito, na relevância atribuída à *recta ratio*. Também marca sua presença no reconhecimento do todo indissolúvel conformado pela violação e pronta reparação” (pars. 16-18).

Concluí, então, meu referido Voto Arrazoado no caso das *Atividades Armadas no Território do Congo* (2016), ressaltando que

“As lições dos ‘pais fundadores’ do *droit des gens* permanecem assim contemporâneas como sempre, e avançadas mesmo em nossos dias. O dever de pronta reparação forma parte de seu legado perene legacy. Há que continuar cultivando tal legado¹¹⁰, de modo a enfrentar novos desafios com que se confrontam os tribunais internacionais contemporâneos em nossos dias, a partir de um enfoque essencialmente humanista. Há que ir mais além de uma ótica inter-estatal insatisfatória, se se pretende fomentar o desenvolvimento progressivo do direito internacional no domínio das reparações, em particular as reparações coletivas. Os retardos prolongados são bastante lamentáveis, particularmente da perspectiva das vítimas. Como já visto, os ‘pais fundadores’ do direito internacional foram bem além do enfoque estritamente inter-estatal, e eram particularmente atentos ao dever de pronta reparação de danos (cf. *supra*). É no pensamento jusnaturalista - a partir do século XVI - que se buscou apropriadamente a meta da pronta reparação. O pensamento juspositivista - a partir de fins do século XIX - colocou indevidamente a ‘vontade’ dos Estados acima da *recta ratio*. É no pensamento jusnaturalista - revivido como

108 [Vários Autores,] *Alberico Gentili - Giustizia, Guerra, Imperio* (Atti del Convegno di San Ginesio, sett. 2010), Milano, Giuffrè Edit., 2014, pp. 275 e 320, e cf. pp. 299-300 e 327.

109 Cf., *inter alii*, e.g., M. Luque Frias, *Vigencia del Pensamiento Ciceroniano en las Relecciones Jurídico-Teológicas del Maestro Francisco de Vitoria*, Granada, Edit. Comares, 2012, pp. 70, 95, 164, 272-273, 275, 278-279, 284, 398-399 e 418-419; A.A. Cançado Trindade e V.F.D. Cançado Trindade, “A Pré-História do Princípio de Humanidade Consagrado no Direito das Gentes: O Legado Perene do Pensamento Estóico”, in *O Princípio de Humanidade e a Salvaguarda da Pessoa Humana* (eds. A.A. Cançado Trindade e C. Barros Leal), Fortaleza, IBDH/IIDH, 2016, pp. 49-84.

110 Sobre tal legado, cf., recentemente, A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2a. ed. rev., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2015, cap. XXIX (“A Perenidade dos Ensinamentos dos ‘Pais Fundadores’ do Direito Internacional”), 2015, pp. 647-676.

se encontra em nossos dias¹¹¹ - que a noção de *justiça* tem sempre ocupado uma posição central, orientando o *direito* como um todo; a *justiça*, em suma, está no início de todo o *direito*, sendo, ademais, seu fim último” (pars. 30-32).

14. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe, enfim, recordar e ter sempre em mente que, já nos séculos XVI e XVII, para os mestres da escola peninsular ibérica, o Estado não era um sujeito exclusivo do direito das gentes, o qual abarcava também os povos e os indivíduos, titulares de direitos próprios. Já naquela época, houve os que alertaram, com coragem, que o imperador não era o senhor do mundo (Francisco de Vitoria, Diego de Covarrubias y Leiva, Alonso de Veracruz, Luis de Molina). Os “pais fundadores” do direito das gentes tiveram em mente a humanidade como um todo. Estavam plantadas as sementes do que se prenunciava como um verdadeiro *direito comum da humanidade*, nesta evolução inicial do *jus gentium*, a partir do pensamento humanista dos “pais fundadores” do direito internacional¹¹².

Nos séculos XVI e XVII, a escola peninsular ibérica - congregando as Universidades de Salamanca, Coimbra e Évora, e também as de Valladolid e Alcalá de Henares - deu testemunho eloqüente da sabedoria perene do livre pensamento próprio do Renascimento, centralizado na pessoa humana, que marcou o florescer do *direito das gentes*. Ademais, mostrou-se aberta inclusive ao exame de consciência por parte de seus mestres, em plena época das conquistas no “Novo Mundo”. As referidas Universidades espanholas e portuguesas

111 Cf., nas últimas décadas, e.g., *inter alii*, A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 1028-1029, 1051-1052 e 1075-1094 (valores universais subjacentes ao novo *jus gentium*, comum a todo o gênero humano, a todos os seres humanos - *civitas maxima gentium*); J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 [reimpr.], pp. 79-80, e cf. p. 104 (a pessoa humana transcendendo o Estado, e tendo um destino superior ao tempo). Cf. também, e.g., [Vários Autores,] *Droit naturel et droits de l'homme - Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit* (Grenoble-Vizille, mai 2009 - ed. M. Mathieu), Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2011, pp. 40-43, 52-53, 336-337 e 342.

112 Cabe recordar que a Universidade, em suas origens medievais, sob a influência do clero, tomava o conhecimento como revelado, e era pouco propensa a questionamentos. Com o advento do Renascimento, passou ela a buscar transcender o conhecimento escolástico clássico, e com isto começou a florescer o pensamento humanista, que encontrou na Escola Peninsular da Paz os seus expoentes que fizeram emergir o novo *jus gentium*. A esse respeito, permito-me mencionar que, no caso emblemático da *Universidade de La Cantuta versus Peru*, decidido pela CtIADH (Sentença de 29.11.2006), ponderei, em meu Voto Arrazoado, que, ao longo dos séculos, atribuiu-se à Universidade “o caráter de *alma mater* (*madre nutricia*), *alma* do latim *alere*, significando alimentar e fazer crescer), como gerador e promotor de idéias e conhecimento”, de modo a transformar assim o ser humano, e capacitá-lo a responder aos desafios do mundo em que vive (pars. 12 e 39). Tal como originalmente concebida, - concluí, - a *Universitas* veio prestar serviços à *humanitas*, como centro do cultivo e irradiação da cultura, da pesquisa e da livre circulação de idéias, do ensino e da transmissão da cultura, de tanta importância para a própria vida (pars. 41-42).

mostraram-se admiravelmente abertas ao livre pensamento e às idéias básicas e essenciais que busquei aqui identificar. Seus mestres expressaram os sérios questionamentos acerca da legalidade, legitimidade e moralidade das conquistas no “Novo Mundo”, a partir de uma ótica essencialmente humanista. Surgia o direito das gentes, imbuído do espírito da justiça universal, e centralizado na pessoa humana.

Muito significativamente, houve mestres da escola peninsular ibérica (Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Melchor Cano, Martinho de Ledesma, Fernão Pérez, Luis de Molina, Pedro Simões, Bartolomé de Las Casas, Manuel da Nóbrega) que rechaçaram os sofismas de pretensas diferenças “civilizacionais” e/ou “culturais”, que pretendiam o domínio com opressão, ou a guerra, ou a escravatura. Para eles, eram inaceitáveis títulos de conquista e ocupação em meio a crimes e “leis iníquas e vergonhosas” (José de Acosta). O missionário Antônio Vieira predicou que não é a justiça que depende da paz, “senão a paz da justiça”¹¹³. No pensamento dos mestres da escola peninsular ibérica, tornou-se possível vislumbrar o *jus gentium* provavelmente em sua acepção mais aperfeiçoada, destacando a importância da *solidariedade humana*.

Parece-me de todo apropriado resgatar seus ensinamentos de um direito impessoal que é o mesmo para todos - não obstante as disparidades de poder, - e que situa a solidariedade humana acima da soberania, e submete os diferendos ao juízo da *recta ratio*. O renascimento - que sustento firmemente - em nossos tempos desses ensinamentos clássicos, que ademais propugnaram por uma ampla concepção da personalidade jurídica internacional (incluindo os seres humanos, e a humanidade como um todo), pode certamente nos ajudar a enfrentar mais adequadamente os problemas com que se defronta o direito internacional contemporâneo, movendo-nos rumo a um novo *jus gentium* do século XXI, o Direito Internacional para a humanidade¹¹⁴.

Todos os que lutamos pela construção de um direito internacional verdadeiramente *universal*, e pela salvaguarda, em quaisquer circunstâncias, dos direitos inerentes à pessoa humana, anteriores e superiores ao Estado, reverenciamos o legado dos ensinamentos dos mencionados mestres da escola peninsular ibérica (*supra*), além dos de A. Gentili, H. Grotius, S. Pufendorf e Ch. Wolff. Tais ensinamentos têm se mostrado perenes, e se revestem de grande importância na atualidade. Com efeito, mais do que uma época de transformações, vivemos atualmente uma *transformação de época*, mas as aspirações humanas - de

113 Para as preocupações de Antônio Vieira em assegurar a justiça, cf., e.g., *Obra Completa do Padre Antônio Vieira* - tomo IV, vol. II: *Escritos sobre os Judeus e a Inquisição* (eds. J.E. Franco, P. Calafate et alii), Lisboa, Ed. Círculo de Leitores, 2014, pp. 33-124.

114 Cf., a respeito, A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, op. cit. supra n. (11), pp. 1-726; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, op. cit. supra n. (32), pp. 45-368.

um mundo mais justo e solidário - permanecem as mesmas ao longo dos séculos, desde os ensinamentos humanistas dos mestres daquela escola de pensamento aos nossos dias.

O mundo contemporâneo é certamente distinto do mundo dos “fundadores” do direito das gentes; não obstante, é notável que a aspiração humana a uma unidade harmônica da humanidade, como já assinalado, permanece a mesma. A meu ver, o direito internacional simplesmente não pode fazer abstração desta aspiração, sendo hoje chamado a fornecer respostas a questões que Estado algum, isoladamente, pode tratar de modo adequado ou satisfatório, e que dizem respeito à humanidade como um todo.

Em um mundo como o nosso, hoje marcado por uma profunda crise de valores, torna-se imperativo recorrer ao pensamento dos “fundadores” da disciplina¹¹⁵. Em um mundo violento como este em que vivemos, em que os apologistas do uso da força buscam inventar “doutrinas” espúrias, - inteiramente esquecidos do sofrimento das gerações passadas e dos avanços dificilmente alcançados pelo direito internacional, - parece de todo necessário resgatar, permito-me reiterar em conclusão, os ensinamentos imperecíveis dos clássicos dos “pais fundadores” do direito das gentes (*supra*), apontando, em convergência, a um direito internacional *necessário* (e não simplesmente voluntário), a uma justiça *objetiva*, que dá expressão a valores universais.

É significativo que o legado dos “pais fundadores” do direito das gentes tenha se mantido presente em um segmento da doutrina jusinternacionalista (em meu entender, o mais lúcido) ao longo dos séculos e até a atualidade. Importa, a meu ver, que continue a ser cultivado doravante, para fazer face aos novos desafios com que nos defrontamos em nossos dias, a partir de um prisma essencialmente humanista. O atendimento das aspirações humanas e a busca da realização da justiça são atemporais, se fazem sempre presentes, como imperativos da própria condição humana. No final de nosso percurso, constatamos que a solidariedade humana está efetivamente acima da soberania, e a consciência humana certamente acima da vontade.

Haia, 02.02.2017.

A.A.C.T.

115 .Cf. A.A. Cançado Trindade, “Recollections of Some Vitorian and Grotian Moments Shared with Boutros Boutros-Ghali”, in *Le 90e. anniversaire de Boutros Boutros-Ghali - Hommage du Curatorium à son Président*, La Haye, Académie de Droit International de La Haye/Nijhoff, 2012, pp. 33-51.