XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO INTERNACIONAL I

EDUARDO BIACCHI GOMES

FABRICIO BERTINI PASQUOT POLIDO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Eduardo Biacchi Gomes, Fabricio Bertini Pasquot Polido – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-319-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO INTERNACIONAL I

Apresentação

As atividades realizadas dentro do XXV CONPEDI, no mês de dezembro na cidade de Curitiba, foram significativamente importantes para a contribuição científica e acadêmica, especialmente no que diz respeito aos Grupos de Trabalho e artigos apresentados no decorrer do evento e que refletem a maturidade acadêmica dos pesquisadores da área do direito e especialmente do Direito Internacional.

De forma a observar a referida qualidade dos trabalhos, foram realizadas as atividades referentes ao GRUPO DE TRABALHO de DIREITO INTERNACIONAL I e que contou com a apresentação e discussão de vinte textos, previamente selecionados pelos avaliadores do CONPEDI e debatidos no Evento.

Como forma de melhor estruturar e organizar os textos, o livro foi dividido em capítulos específicos, de forma a observar a pertinência dos temas, buscando dar maior homogeneidade.

A divisão dos artigos se deu de forma criteriosa, partindo-se de temas gerais para os mais específicos, de forma a observar que os textos perpassam por uma sequência lógica de capítulos e temas, o que permite que os trabalhos dialoguem entre si.

Assim, o livro começa com a temática sobre Direito Internacional Geral, com temas voltados ao debate entre soberania e Estado Nação, fontes do Direito Internacional, Governança Global e uma releitura dos precursores do Direito Internacional Público.

Na sequência, apresentamos ao leitor o Capítulo voltado aos temas sobre Direitos Humanos e que atualmente possuem grande relevância dentro do Direito Internacional. Temas importantes na pauta nacional e agenda internacional são debatidos como o diálogo intercultural e a superação entre relativismo e o universalismo cultural, Tribunal Penal Internacional, Convenções da OIT e trabalhos nas fronteiras, questões de gênero dentro de uma perspectiva comparada entre Brasil e Portugal e o diálogo entre jurisdições dentro do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Na parte dos artigos de Direito da Integração, apresentamos ao leitor temas de grande interesse, como questões voltadas ao Brexit e a possível saída do Reino Unido da União

Europeia, perspectivas e desafios, na temática voltada a proteção dos Direitos Humanos dentro da Integração, o conceito e a compreensão quanto a cidadania da União Europeia. Dentro da mesma linha de pensamento, a aplicação dos Direitos Humanos no Mercosul. Finalmente, dentro do Mercosul, desafios para o desenvolvimento econômico do bloco, a partir do federalismo.

Ao se trabalhar sobre os temas de meio ambiente, são apresentados os temas sobre empresas transnacionais e meio ambiente; mudanças climáticas e seus impactos jurídicos, assim como Direito ao Desenvolvimento e as semente geneticamente transformadas.

Finalmente quanto a temática de Direito Tributário Internacional, apresentamos aos leitores os artigos que versam sobre cooperação jurídica internacional em matéria tributária, em artigos que se complementam e demonstram a importância do tema.

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes - UNIBRASIL

Prof. Dr. Fabricio Bertini Pasquot Polido - UFMG

INOVAÇÃO JURÍDICA, JUSTIFICAÇÃO POLÍTICA E AS CONCEPÇÕES DE IUS GENTIUM EM FRANCISCO DE VITORIA

JURIDICAL INOVATION, POLITICAL JUSTIFICATIONS AND IUS GENTIUM CONCEPTIONS IN FRANCISCO DE VITORIA

Paulo Potiara de Alcântara Veloso [1]

Resumo

Partindo das concepções de Francisco de Vitoria sobre a relação entre o direito e o mundo infiel, principalmente nas obras De Indis e De Iure Belli, procura-se analisar as alterações dentro da teoria de direito natural medieval, em direção a concepções jusracionalistas. Hipotetiza-se que a teoria de Vitória, mais do que abordar de forma humanizada a relação entre Europeus e Infiéis, constitui-se em uma inovativa intervenção que substitui as fontes de legitimação medievais para a Conquista com discursos eminentemente jurídicos e mantém de forma inalterada a capacidade das autoridades políticas espanholas para empreender a guerra contra os infiéis.

Palavras-chave: Francisco de vitoria, História do direito internacional, Teoria do direito internacional

Abstract/Resumen/Résumé

Analyzing the juridical conceptions of Francisco de Vitoria, regarding the relation between European law and infidel world, mainly from the foundations created by the magne operae De Indis and De Iure Belli, this work has as main objective the analysis of theoretical changes medieval natural law towards jus rationalist theories. The main hypothesis states that Vitoria's theory, as it establishes pretentious humanitarian relations between European and infidels, it also constitutes an innovative intervention which replaces medieval titles of the Conquest with juridical discourses that maintain the political abilities of Spaniards to undertake the war against infidels.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Francisco de vitoria, History of international law, Theory of international law

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catariana. Professor Programa de Mestrado da Unochapecó; Professor Faculdade Cesusc e coordenador do Grupo de Pesquisas em Direito Internacional CESUSC/CNPq.

1 INTRODUÇÃO

No interior dos círculos intelectuais dedicados ao estudo do direito internacional, quando se menciona o nome de Francisco de Vitoria, quase que imediatamente a mente dos pesquisadores dirige-se ao conceito, há muito arraigado, de pai ou fundador do direito internacional[1]. O teólogo espanhol, pertencente à Segunda Escolástica – que exerceu as funções de Prima Professor de teologia na Universidade de Salamanca entre os anos de 1526 e 1543, passou a ser considerado, a partir de finais do século XIX, um dos grandes mestres fundadores do direito internacional moderno.

Mas o que faz esse professor – um teólogo dominicano do século XVI, que deixava evidentes suas desconfianças em relação aos juristas e seus escritos, e que por conta disso, provocava a reação de grandes advogados de seu tempo, como Alberico Gentili – para que seja considerado o pai fundador do direito internacional? A profundidade de seu trabalho é tamanha para que sua influência seja sentida ainda hoje na constituição de uma disciplina jurídica tão complexa quanto esta do direito internacional? Teria Vitoria rompido com os padrões fundamentais de pensamento medieval, a ponto de dar um passo decisivo em direção à modernidade jurídica nas relações interestatais?

Estas são questões que até certo ponto deverão ser abordadas no presente trabalho, pois todas constituem o cerne da teoria Vitoriana e, mais precisamente, o núcleo duro das polêmicas teóricas nas quais sua concepção de *ius gentium* foi envolvida, por autores de gerações posteriores, principalmente a partir de leituras historicamente comprometidas das obras do dominicano. No afã pacificador, de busca por valores fundamentais de direito internacional que desenvolvessem teorias que pudessem se contrapor à prática desmedida dos conflitos bélicos cada vez mais destrutivos de finais do século XIX e início do século XX, Vitoria parecia – aos olho de Sir. James Brown Scott, presidente do *Carnegie Endowment for International Peace*, e outros juristas que o precederam como Ernest Nys e James Lorimer – o autor chave para este papel, com a sua pretensa defesa dos valores humanitários e igualitários em face dos interesses europeus na conquista da América, posicionamento que traçaria as bases de relações internacionais mais humanas, juridicamente limitadas, sempre tendo como alicerce os direitos mais fundamentais dos seres humanos.

Era esse direito internacional que se buscava, e Vitoria cumpriria bem esse papel, de desviar a fundação da disciplina internacionalista para um momento anterior ao autor holandês Hugo Grotius, profundamente ligado a interesses comerciais e conflitos bélicos

[1] A popularização de tal nomenclatura se deve, em grande parte, à obra publicada em 1904, por A. Pillet, *Les Fondateurs du Droit International.*

privados, rumo a algo aparentemente mais humanizador. Porém, seria esse o *ius gentium* que Vitoria propunha? Parece claro, mesmo antes de se empreender digressões analíticas sobre a obra do dominicano e seu contexto histórico, que a resposta tende fortemente para uma negativa. Os autores contemporâneos, como Brown Scott, efetuaram uma leitura de Vitoria a partir de suas próprias concepções acerca do que seria o direito internacional e de quais os fundamentos que seriam ideais nessa construção teórica de acordo com a necessidade de uma sistemática relacional que se construía. Desta forma, relegaram ao esquecimento a conceituação e os elementos do teólogo de Salamanca no horizonte contextual de suas próprias concepções teóricas, oferecendo ao mundo uma visão anacrônica e que ainda exerce influência dentro da estrutura da teoria de direito internacional.

Mas, por que Vitoria? O que em sua teoria o tornava tão atraente aos jusinternacionalistas contemporâneos? Estas são questões que constituem-se em objetivos de fundo, que acompanham a hipótese central do presente trabalho, qual seja: a teoria de Francisco de Vitória, mais do que abordar de forma humanizada a relação entre Europeus e Infiéis, constitui-se em uma inovativa intervenção jusracionalista que, ao mesmo tempo em que substitui as fontes de legitimação medievais para a conquista com discursos eminentemente jurídicos, mantém de forma inalterada a capacidade das autoridades políticas espanholas para empreender a guerra e a conquista. É isto que se passa a analisar e a discorrer.

2 PRELÚDIOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS

As respostas às questões acima interpostas são complexas, mas que pode se fundamentar tanto: i) em critérios materiais, como a negação de títulos de domínio e conquistas medievais, fundamentados no exercício do poder (o que, para observadores dos séculos XIX, deveriam ser os únicos fundamentos empíricos distinguíveis nas justificativas de guerra entre os Estados cronologicamente contemporâneos), temática essa como a mais discutida e criticada dentro dos trabalhos mais atuais acerca da obra do dominicano; ii) quanto buscar a sua fundamentação em critérios formais, pois, como salienta Carl Schmitt, a teoria de Vitoria é claramente a-histórica (SCHMITT, 2002, p.91), pois ao abstrair o sentido contextual dos conceitos históricos europeus dos quais faz uso, torna a teoria neutra no sentido de deixá-la desvinculada de suas características contextualizantes, tornando-a mais flexibilizável e atraente às necessidades conceituais futuras. Neste sentido, indica Schmitt, que:

> As frases e conceitos individuais, interpretados em sentido abstrato, podem ser separados tanto da unidade concreta da construção complexa de pensamentos como também da relação com a situação histórica, e podem ser transferidos, como teses e

> fórmulas descontextualizadas, a situações completamente distintas (SCHMITT, 2002, p. 92).

Mas, antes de se adentrar as estas relevantíssimas especificidades da teoria de Francisco de Vitoria, parece fundamental voltar um pouco ao uso que Sir. James e outros autores dão à obra do teólogo espanhol e traçar uma consideração elementar no que se refere à usual conceituação de paternidade ou fundação do direito internacional. Este conceito, amplamente difundido dentro dos círculos da disciplina internacionalista, não é aqui aceito, por conta de suas profundas deficiências conceituais e lógicas, que o fazem ser considerado, dentro dos entendimentos delineados neste trabalho, como uma ideologia e, mais corretamente colocado por Paulo Grossi (2007), como uma mitologia jurídica, algo essencialmente distante de um conceito teórico concretamente válido.

Para estabelecer este posicionamento, antes de mais nada, é preciso indicar que o marco fundamental para entendimento do fenômeno internacionalista aqui adotado, é a teoria de Roberto Ago (2002) acerca da constituição da comunidade internacional. Esta teoria, com raízes institucionalistas e sociológico-positivistas indica que o direito, como fenômeno social que é, não pode estar desvinculado do contexto social-histórico no qual surge. O direito é o elemento de organização que faz com que a sociedade na qual se manifesta possa ser entendido enquanto tal, ou seja, um agrupamento de indivíduos (das mais diversas naturezas) que possuem uma estruturação, uma mínima sistematização, que permite a persecução de fins comuns. Assim, da mesma maneira que não se pode estabelecer a existência de uma sociedade sem direito, também não se verifica a possibilidade de observar o fenômeno jurídico sem que este esteja vinculado a um contexto social bem definido.

Nesta medida, todo o direito é reflexo da sociedade que estrutura, e, em decorrência disto, os diversos modelos de sociedade, diferenciadas em relação, principalmente aos seus membros, possuirão ordenamentos jurídicos específicos, materialmente válidos somente àquela realidade social. Este também é o caso do direito internacional, que constitui o ordenamento jurídico específico de sociedades ou comunidades de entes individuais (mas eles mesmos entendidos enquanto sociedades compostas por indivíduos) que pautam suas relações com base na igualdade absoluta de seus membros e nas características fundamentais de sua soberania.

Dentro dessa especificidade, observar-se-á o ordenamento jurídico internacionalista, com suas características próprias, assim que se puder verificar a existência de uma sociedade constituída por membros soberanos e igualitários, como é o caso da comunidade internacional. Importante também salientar que todo e qualquer ente que reúna essas

características fundamentais para agregar a comunidade internacional o fará de maneira automática, momento em que resta claro que o direito internacional não depende de atitudes voluntárias para vincular os membros da sua sociedade conexa.

Assim, a partir do momento em que se verifica, historicamente, o início da atual comunidade internacional de indivíduos soberanos que são os Estados, verificar-se-á, independentemente de qualquer cálculo teórico abstrato, a existência de um ordenamento jurídico específico a ela conexo. Para Roberto Ago (2002), dentre outros, a atual comunidade internacional inicia-se a partir do momento em que a Europa Medieval empreende um movimento que passa a distanciar o exercício de poder medieval de suas características centrípetas e atomizantes, para algo mais centrífugo e disperso, com a formação de poderes concorrentes e que, se no início não se reconheciam como iguais, eram, ao menos faticamente, soberanamente equiparados. Este momento, que coincide com o surgimento das autonomias políticas territoriais e centralizadas na Europa, inicia-se empiricamente com o surgimento da centralização da Igreja e de seu ordenamento jurídico, com a Revolução Gregoriana do século XI.

A partir de então, a comunidade internacional surge, e com ela surge também o ordenamento jurídico conexo, ou o direito internacional. Obviamente, como toda sociedade, as dinâmicas se alteram com o tempo e, desta forma, os aspectos materiais do direito a ela subjacente também, mas isso não impede que se possa chamar a esse ordenamento, desde o século XII, como direito internacional. Por mais que o *ius gentium* vitoriano e aquele anterior a ele, desde, talvez Raimundo de Peñaforte, no século XIII (para ficarmos limitados aos decretalistas), seja carregado de características medievais - como a horizontalidade da *Respublica Christiana* -, a natureza das relações observadas se dá a partir de uma nova necessidade relacional surgida no âmbito de uma nova sociedade, com novas necessidades jurídico-ordenamentais.

Com a intensificação do fenômeno de centrifugação do poder, decorrente do aumento de autonomias territoriais e políticas no âmbito da Europa cristã, as relações ordenamentais deste direito internacional ficam mais nítidas, sendo teoricamente mais salientes e observáveis, por conta da consolidação comportamental dos membros da comunidade internacional. Mas não há que se falar na inexistência de uma direito internacional e na completa separação entre este conceito e o de *ius gentium*; o que se verifica sim, é um paulatino aprofundamento das teorias em direção às características fundamentais desse novo ordenamento, enquanto o fenômeno social se aprofunda e se liberta das características da *praxis* daquela outra sociedade representada pela universalidade da *Communitas Christiana*.

Afinal, a observação teórica do mundo e dos fenômenos fáticos que o cercam, principalmente aqueles de índole social, é um momento posterior, vagaroso, pois dependente da apreensão dos fenômenos e da adequação às suas novas necessidades. Voltamos, pois, ao teólogo de Salamanca.

3 FUNDAMENTOS HISTORIOGRÁFICOS

Francisco de Vitoria é um personagem polêmico dentro da historiografia do direito internacional, pois sua obra divide paixões e repulsas, oriundas da análise acerca de seu tratamento dado à questão indígena no descobrimento da América, dentro da conquista empreendida pelos espanhóis. Esse contexto histórico, no qual o teólogo de Salamanca produz suas teorias, é bastante relevante, pois, das várias mudanças que a cristandade europeia passou durante o desenrolar da Idade Média, o século XVI guarda, talvez as mais profundas e revolucionárias, que alteraram não somente a maneira de pensar o mundo e as relações internacionais, mas também toda a sociedade ocidental.

A descoberta da América - juntamente com o processo de cisão instituicional-religiosa representado pela Reforma Protestante -, talvez seja o principal desses eventos, pois esta traz consigo um sem número de desafios e consequências, alguns óbvio outros nem tanto, que movimentaram a sociedade europeia, alterando-a profunda e irreversivelmente.

A América trouxe riquezas para a Europa, em montantes nunca sequer imaginados. A abundância de ouro e prata, que é mencionada na obra de Vitoria, ("[...] *et abducentes illic vel aurum vel argentum vel alia, quibus illi aabundant* [...]"(VICTORIA, 2013, p. 258), movimenta a sociedade em direção aos resultados do enriquecimento rápido e significativo, trazendo as mais variadas consequências, como hegemonização de autonomias políticas (especialmente a Inglaterra), acirramento das diferenças e desacordos entre elas, desenvolvimento militar e social, expansão da economia e dos aspectos econômicos, abrindo margem ao surgimento de novos sistemas de trocas de valores (como metalismo e mercantilismo), inflação, dentre inúmeros e incontáveis fatores.

Mas os resultados mais profundos não andam necessariamente de mãos dadas com as alterações econômicas, ao menos não em um primeiro plano. Para um teólogo, e aqui se assume um dos pressupostos deste trabalho, o essencial é a salvação das almas dos infiéis, o que se dá necessariamente por meio da conversão. E a América está plena de infiéis, em quantidades e tipos nunca antes imaginados, que se contam às centenas de milhões de indivíduos.

O que fazer com todos esses seres que não estão citados no gênesis? Seriam eles filhos de Adão e Eva e, portanto, poderiam se contar em meio às populações do livro? Possuiriam eles alma que permitiria a sua salvação ou aqueles seres seriam pseudo pessoas que poderiam ser conquistadas e, por que não, destruídas em sua totalidade, sem qualquer condenação moral? Como efetivamente tratar populações tão diferentes daquelas que os europeus estavam acostumados a pensar quando ouviam a palavra "infiéis"? Estas questões e outras tantas decorrentes dessa descoberta em massa de "almas" perdidas eram o centro das considerações de Francisco de Vitoria e tantos outros teólogos de sua época, que tiveram o dever moral e teológico de instrumentalizar a absorção desses americanos dentro do cenário de relações políticas e sociais europeias.

É nesse sentido que a obra do teólogo de Salamanca se constrói. Ele tenta estabelecer a condição jurídica dos americanos dentro das concepções europeias medievais, ao mesmo tempo em que, a partir desse novo *status*, uma nova concepção de relações *inter gentes* surge. Nessa nova concepção de relações entre povos distintos, ou seja, o europeu e o americano, reside toda a criatividade teórica do dominicano, bem como a origem das polêmicas e críticas a ele hodiernamente direcionadas.

4 A OBRA DE VITORIA - DO *IUS NATURALE* AO UNIVERSALISMO DO *COMMUNITAS ORBIS*

Em sua relevante análise do fenômeno internacionalista desenvolvida na obra *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Carl Schmitt (2002, p.85) afirma que um dos erros fundamentais ao se interpretar as obras de Francisco de Vitoria é lê-lo a partir de uma visão eminentemente jurídica. O autor alemão afirma que Vitoria é um teólogo que vê o mundo enquanto tal, a partir de suas fundamentações e pontos de vista teológicos e, principalmente, dominicanos. O professor de Salamanca não é jurista; é, de fato, "teólogo e não quer ser jurista" (2002, p.85) e, a partir desse critério inicial de análise é que se pode afirmar, que "o encargo papal da atividade missionária foi, efetivamente, a base jurídica da Conquista [...]"(2002, p.86).

A estrutura da obra *De Indis Prior* (1538-1539) confirma essa posição de Schmitt, pois a primeira parte presta-se a estabelecer a prerrogativa dos teólogos no tratamento da questão das Índias, ao mesmo tempo em que tenta afastar aquilo que os juristas pudessem ter tido a oportunidade de fundamentar. É nesse sentido que Vitoria salienta que:

> [...] o veredicto sobre esse assunto [da licitude ou não da conquista] não compete aos juristas, ou pelo menos não somente a eles; porque não estando os índios submetidos ao direito humano [...] suas coisas não podem ser examinadas pelas leis humanas, e sim pelas divinas, nas quais os juristas não são suficientemente competentes para resolver por si mesmos essas questões. [...] E por se tratar do foro da consciência, convém entregar o julgamento aos sacerdotes, ou seja, à Igreja (VICTORIA, 2013, p. 222).

Esse é um ponto fundamental para se analisar a obra do dominicano, pois efetivamente toda a estrutura jusnaturalista presente em sua obra e que servirá de fundamento para a definição dos seus conceitos até certo ponto "revolucionários" está intimamente ligada a essa visão sacerdotal-teológica da lei e das ações humanas. Para Vitoria, como se observa do excerto acima, a lei humana não possui relação alguma com a questão dos índios, pois ligada que está ao direito divino. É nessa relação, portanto, entre as várias formas de direito e lei, presentes nas concepções jusnaturalistas medievias que parece ser prudente deter-se um pouco mais.

Não entraremos aqui no emaranhado conceitual que se forma entre as concepções de *jus* de Vitoria e Tomás de Aquino, o que já foi feito em outra oportunidade. Para os propósitos do presente trabalho, basta-nos verificar a inadequação, originada das necessidades práticas, entre o pressupostos do direito natural medieval, de São Tomás de Aquino e aquele que Vitoria parece desenvolver. Assim, para Michel Villey, mais do que aproximações entre os dois teólogos, observa-se uma independência do discípulo em relação ao mestre, pois a "problemática de um autor do século XVI não pode ser a de São Tomas" (VILLEY, 2003, p. 382). Para Villey, o direito natural tomista, com suas profundas raízes aristotélicas, não poderia dar ênfase a uma espécie de direito distante da *polis*, local específico de surgimento do direito para o tomismo-aristotélico. O direito relacional entre essas *poleis* não pode ser o direito natural aristotélico ou tomista, mas sim outro, que preveja as condições necessárias para se fundamentar a existência de regras válidas dentro dessa *cosmopolis*. O *ius gentium* de Francisco de Vitoria é, portanto, permeado de influências externas a São Tomás, como o humanismo, o estoicismo, o nominalismo, adendos teóricos esses que distanciam irrevogavelmente o *ius gentium* vitoriano das concepções iniciais do tomismo.

O filósofo francês afasta de forma absoluta o direito internacional vitoriano do direito natural tomista, aduzindo que a construção de um "direito" internacional é um sinal da corrupção da teoria autêntica do direito natural" (VILLEY, 2003, p. 386). Além disso, diferentemente do pensamento aristotélico-tomista, que tinha clara a "mobilidade essencial das situações históricas, às quais o direito deve se adaptar" (VILLEY, 2003, p. 386), Vitoria

traça as bases para o pensamento moderno, aduzindo que o direito natural é imutável. Nesse sentido, o professor da Universidade de Paris indica que:

> [...] se transportarmos a função do direito para a regulação dos conflitos internacionais (para a qual falta o complemento da lei positiva), é preciso pedir muito mais à ciência do direito natural. Ele passa a adotar a forma de um código de leis já redigidas; é por isso que a opinião moderna tende agora a conceber o direito natural como um conjunto de regras fixas e inamovíveis, simétrico ao sistema de regras do direito positivo estatal e, para não concorrer com ele, relacionado de preferência com setores distintos, tal como o "direito das gentes" [...]. E receio que Vitoria seja responsável por esse considerável desvio (VILLEY, 2003, p. 386).

É por isso que Vitoria tentaria definir a ideia do *ius gentium* como uma espécie particular de direito natural, não dentro de uma condição acessória como traça São Tomás na *Summa*, ao atribuir àquele a característica de consequente racional do direito natural, mas sim dentro de uma inovadora noção primordial dada ao direito das gentes. É nítido, conforme salientado por Villey e também por Hespanha, que Vitoria parte de um desenvolvimento das ideias tomistas acerca da universalidade e racionalidade do direito natural (VILLEY, 2003, p. 388), acabando, porém, por se afastar enormemente dela. Para Vitoria, o *ius gentium* é obtido não mais da natureza, mas sim da iniciativa humana, deslocando-se "da observação objetiva do cosmos como fonte de direito para a soberania dos princípios subjetivos de nossa razão; portanto, já do direito *natural* ao direito *racional*" (VILLEY, 2003, p. 388). Para Vitoria, o *ius gentium* deixa de ser acessório, sendo-lhe atribuídas, portanto, as características de racionalidade, positivismo e voluntariedade:

> [...] o direito das gentes tem força não somente pelo pacto e consenso entre os homens, mas também por força de lei [divina]. De fato, todo o orbe, que de certo modo é uma república, tem poder de dar leis justas e convenientes para todos, como são as leis de direito das gentes (VITORIA, 1998, p.51).

Este é o *ius gentium* de Vitoria. É um direito com pressupostos diferentes daquele adotado por São Tomás de Aquino, pois enfrenta novas dinâmicas históricas e novos desafios relacionais. A *cidade* não é mais suficiente dentro de um mundo que aprofunda os contatos entre realidades tão distintas quanto o cristão e o infiel representado pelos recém visitados povos americanos. E é essa diferença de contexto histórico, social e político que moverá Vitoria a implementar as alterações e adaptações jurídicas necessárias à regulação desta nova realiadade. Aqui reside a grande inovação do professor de Salamanca e é esta inovação que pode ser observada em suas *Relectiones*.

4.1 AS *RELECTIONES* DE FRANCISCO DE VITORIA E A ABSORÇÃO JURÍDICA DOS POVOS AMERICANOS

Francisco de Vitoria basicamente não escreveu suas obras. Ao longo de sua carreira enquanto *Prima Professor* de teologia na Universidade de Salamanca, acabou por proferir várias aulas magistrais as quais, anotadas por seus discipulos e alunos, acabaram por serem transcritas e originarem suas principais obras. Este é o caso das *relectiones* que aqui se faz referência, principalmente *De Indis Prior* (1532) e *De Indis Posterior seu de Iure Belli* (1532), *De Potestate Civili* (1528) e *De Lege: Commentarium in Primam Secundae* (1533-1534).

É nas duas primeiras obras que o Dominicano trata especificamente dos grandes problemas nascidos com a chegada dos espanhóis à América. E é nessas *relectiones* que se encontra a grande inovação jurídico-racional construída por Vitoria, que tem como fundamento o grande problema da "descoberta", qual seja: O que fazer com os povos que habitam a América à epoca do descobrimento?

Como antes mencionado, é por demais óbvio que as concepções jusnaturalistas medievais não se constituem de ferramental jurídico eficiente e legitimado a agir dentro das perspectivas de início do século XVI. A teoria de direito natural de Tomás de Aquino, com sua qualificação segregadora, exemplificada pela concepção de *reta ractio*, para a qual o direito natural só poderia ser percebido em sua totalidade para aqueles que carregam dentro de seus corações as corretas concepções de bem e de mal (AQUINA, 2004, 2 – 2, q. 10 a.8 co.) acabam servindo de justificativa para uma concepção jurídica diferenciadora, fundada no afastamento entre os estatutos jurídicos dos cristãos (aqueles que têm o bem no coração) e dos infiéis (aqueles que não o possuem). O *ius gentium* do Aquinate constitui-se sobre uma fronteira moral que diferencia aqueles aos quais todo o arcabouço protetivo do direito natural se aplica e aqueles aos quais apenas a parte geral do direito natural seria aplicável. O direito natural especializado, ou *ius gentium,* demanda um cálculo racional que só pode ser empreendido adequadamente por aqueles que possuem a *recta ratio*, pois como esta modalidade de *ius* compreende ações de guerra e paz, de punição e sanção, apenas as ações legitimadas por uma consciência plena, que diferenciam entre o bem e o mal, podem se utilizar de maneira legítima e justa desses artifícios jurídicos.

Essa percepção acerca do acesso aos direitos naturais teorizados pelo aquinate em sua *Summa Theologica* é a fonte na qual bebem os títulos de legitimação da conquista da

América. Já que os bárbaros não são cristãos e também não possuem o bem no coração, não estão amplamente inseridos no horizonte jurídico dos europeus. Estes últimos, sempre que necessário e por serem possuidores da *recta ratio*, reúnem as condições de sempre definir o certo do errado e, portanto, definir de forma justa a maneira com que os infiéis serão tratados. É uma diferenciação moral insuperável, dentro da teoria medieval de direito natural, abrindo margem para a execução de políticas de conquista que tem nessa diferença moral, sua legitimação. No entanto, são esses títulos de conquista que parecem não mais se encaixar ao horizonte histórico do século XV e parecem, portanto, não responder mais de maneira adequada às necessidades de legitimação da ação política, que deve responder na prática à pergunta sobre o que efetivamente fazer com aqueles milhões de seres humanos que habitam a América. São esses títulos que Francisco de Vitoria visa combater.

A obra *De Indis* inicia-se dentro da tradição dos escritos acerca da guerra justa, inquirindo-se, como de praxe, acerca dos títulos de legitimação que levaram os infiéis a serem colocados sob o domínio dos colonizadores espanhóis. Nesse início, Vitoria arroga-se indiretamente a competência de estabelecer a legalidade da conquista, pois menciona que aquelas condutas que por conta de sua natureza coloquem o agente em dúvida acerca de sua justiça, devem ser antes verificadas por meio de uma consulta a especialistas, como prelados, pregadores e confessores que a atestem ou a afastem. Isso se dá, pois em relação aos infiéis (índios), ouve-se falar de "tantas matanças e espoliações de homens inofensivos, de tantos senhores despojados de suas posses e domínios particulares, pode-se duvidar com razão se tudo isso tenha sido feito com direito ou com justiça" (VICTORIA, 2013, p. 221). E, ao mesmo tempo em que Vitoria outorga ao sacerdote e à Igreja a competência para tratar de tal matéria, ele retira-a dos juristas.

O próximo passo de Vitoria no *De Indis*, será traçar os detalhes da posse ou domínio relacionado à condição de infiéis, na qual os índios se encontram, ou seja, definir os argumentos que estabeleçam se os índios são ou não os donos legítimos de tudo o que possuíam antes da chegada dos espanhóis. Essa discussão é fundamental, pois visa redefinir o estatuto jurídico dos índios, dentro das concepções europeias. Como anteriormente salientado, a condição jurídica dos infiéis, principalmente estes que não eram mencionados dentro do livro do gênesis, era profundamente incerta e, portanto, tratada das mais diversas formas, quase todas elas cruéis e impositivas. Se, enquanto pecadores e infiéis pudessem ainda assim ter o livre domínios de bens e terras, as fronteiras morais do direito europeu começaria a diluir-se. Não mais falaríamos de *reta ratio* mas sim e apensa de *ratio,* em seu sentido universalizante.

Assim, ao questionar-se acerca da possibilidade dos índios serem os verdadeiros donos das coisas e posses particulares, Vitoria afirma que "o pecado mortal não impede o domínio civil nem o verdadeiro domínio" (VICTORIA, 2013, p. 224), pois se o pecador não perde o domínio natural sobre os membros, que é muito mais próximo da graça que o civil, não há como, portanto, falar também da perda deste último. O professor de Salamanca conclui que "nem o pecado nem a infidelidade impedem que os índios sejam os verdadeiros donos tanto pública quanto privadamente" (VICTORIA, 2013, p. 229) e que este usual título de conquista seria insuficiente para que cristãos pudessem conquistar os bens e as terras daqueles infiéis.

Eliminado o qualificativo cristão da fórmula da *ratio,* restaria saber se essa razão indígena poderia ser integrada na concepção universalista da teoria vitoriana ou se os índios, mais que infiéis, seriam seres irracionais, e, portanto, excluídos do universo jurídico europeu. Assim, é na segunda *quaestio* que o *prima professor* questiona-se a respeito da natureza da razão dos índios, demandando se teriam domínio mesmo sendo dementes ou sem uso da razão (VICTORIA, 2013, p. 229). Nesta questão, Vitoria indica que os índios são, ao seu modo, racionais, pois têm uma certa ordem das coisas, possuem cidades, leis, e todas as coisas que requerem um uso da razão, mas que, de fato, parecem atrasados e carentes de uso da razão, o que se deve a sua má educação (VICTORIA, 2013, p. 231-232). Além disso, e de maneira enfática, Vitoria indica que os índios são tão donos pública e privadamente de seus domínios quanto os cristãos, e que seria iníquo negar a eles, que nunca cometeram injúrias contra os cristãos, aquilo que não é negado aos judeus e sarracenos, inimigos perpétuos da religião cristã (VICTORIA, 2013, p. 232).

Está portanto, feita a absorção dos povos indígenas dentro do horizonte jurídico europeu, pois sendo racionais estão inseridos integralmente no horizonte jurídico do direito natural (bem como do divino e do civil). Não há diferenciação com base na moral cristão que sirva de embasamento justo e racional para o empreendimento da conquista. Caem por terra então todos os títulos mediavais levantados como fonte de legitimação para a conquista, sejam aqueles que dão ao Imperador o poder para decidir sobre a dominação sobre os infiéis, sejam aqueles que dão ao Papa tal prerrogativa. A negação pormenorizada de tais títulos medievais será portanto o passo seguinte na obra *De Indis*.

A despeito de toda a extensa argumentação de Vitoria para fundamentar a invalidade dos títulos papais para se estabelecer o domínio e a conquista - assim como ocorre também em relação aos títulos que dão a mesma atribuição ao imperador -, os fundamentos básicos estabelecem a relação entre a insuficiência de legitimidade trazida pela construção jurídica medieval, que tem na moralidade seu ponto de ancoragem, e os títulos de conquista

tradicionalmente alegados. É um conflito entre as fronteiras morais de um lado e as demandas jurídicas de uma Modernidade que começa a bater às portas das relações entre as autonomias políticas do século XVI. E essa demanda não é apenas a demanda de Francisco de Vitoria, pois outros estão lidando com o mesmo conflito. Não é, portanto, mera coincidência que importantes obras de referência à construção do Estado estão surgindo no mesmo período, como Utopia (1516), de Thomas Morus ou o Príncipe (1513), de Nicolo Maquiavel.

Para ilustra as negações de legitimidade colocadas por Vitoria, é interessante analisar a sua posição acerca da *Bula Inter Coetera*, de uma lado e do *Requerimiento de Burgos*, por outro.

A *Bula Inter Coetera* atribuiu à Coroa de Castela e Leão, por via de doação, "todas as terras descobertas e por descobrir, outorgando poder, autoridade e jurisdição absolutas" (RUIZ, 2002, p.74). Além disso, estabeleceu o encargo da missão espiritual evangelizadora aos espanhóis, dando a estes a exclusividade da tarefa.

Vitoria combate, portanto, cada uma dessas atribuições presentes na Bula, estatuindo que, apesar do Sumo Pontífice ter efetivamente nomeado os reis de Espanha como senhores dos bárbaros, essa nomeação não tem fundamento jurídico, pois o Papa, além de possuir o poder temporal apenas enquanto necessário para administrar as coisas temporais (VITORIA, 2006, p. 71), não teria nenhum poder sobre os índios, mesmo que estes se opusessem ao seu pretenso domínio universal.

A linha de argumentação de Vitoria continua em relação ao *Requerimiento* de Burgos (RUIZ, 2002, p.76) - documento lido aos infiéis antes de serem iniciadas as hostilidades da conquista, e que seria um "convite" aos bárbaros, para que aceitassem o domínio da Igreja e do Rei de Espanha. Vitoria estabelece que o "domínio não pode provir senão do direito natural, divino ou humano" (VICTORIA, 2013, p. 235) e em nenhum desses direitos existe um único senhor do orbe. Não há ninguém que por direito natural tenha o império do mundo, mesmo porque o domínio e a hierarquia teriam sido, conforme Tomás de Aquino, introduzidos por direito humano (VICTORIA, 2013, p. 234). Assim, continua Vitoria, mesmo que o Imperador fosse senhor do mundo, essa condição não seria suficiente para legitimá-lo a ocupar os territórios dos índios. Isso se daria, pois se o imperador tivesse autoridade sobre todo o orbe, essa autoridade seria de jurisdição, insuficiente para retirar o domínio de propriedades dos infiéis (VICTORIA, 2013, p. 238).

Apesar de nossa extremada sintetização de todos os elementos trazidos por Franscisco de Vitoria em suas *relectiones*, fica bastante claro que o teólogo espanhol, ao incluir os povos indígenas dentro de uma visão universalizada do direito natural europeu, acaba por romper

com a sistemática de legitimações de cunho moral, tanto imperiais quanto papais, que sustentavam o discurso da conquista e da destruíção dos infiéis. Mas será que essa negação teoricamente empreendida por Francisco de Vitoria serviria de base para a refutação da Conquista e da violência empreendida pelos espanhóis contra os índios? Será que as riquezas tomadas dos mesmos com bases em um processo ilegítimo e insustentável jurídicamente, deveriam todas ser devolvidas? Para um professor espanhol, conselheiro do Imperador Carlos I e membro de alta hierarquia da Ordem dos Dominicanos, parece que as respostas tendem a um outro caminho. Aquele da construção de novos mecanismos de justificação, não mais de cunho moral, mas sim, legitimamente racionais e jurídicos, como a Modernidade exigiria.

Dentro desta perspectiva, na terceira parte da obra, Vitoria empreende a construção de uma justificação jurídica racional para a consquista, que deverá ser inserida no vazio deixado pelas bases de legitimação antigas. Inicia, portanto, elaborando sua importante concepção de *ius gentium* dentro de uma perspectiva de criação de um arcabouço jurídico de direitos naturais, universais e imutáveis, que dá o tom de sua teorização. Assim, no primeiro título denominado "sociedade e comunicação natural", Vitoria conceitua *ius gentium,* mencionando então as *Instituciones* de Gaio e definindo-o como: "o que a razão natural estabeleceu entre todas as gentes chama-se direito das gentes" (VICTORIA, 1998, p. 130). Esse é um ponto relevante para a construção da teoria de Direito Internacional, pois aqui podemos verificar um erro de citação ou uma alteração proposital do conceito original de Gaio, pois para o jurista romano o direito das gentes seria, aquele "*quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos paraeque custoditur uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*" (GAIUS, 1904, p. 01), ou seja, aquilo que a razão natural estabeleceu entre todos os homens e observado por todas as gentes é chamado direito das gentes.

Explicado de outro modo, é imprescindível salientar o desenvolvimento do conceito de *orbis* ou, mais especificamente *totus orbis* (às vezes *communitas orbis*, conforme salienta Luigi Ferrajoli (2002)). Este conceito é o cerne argumentativo de toda a obra de Vitoria, referente ao *ius gentium* e surge já em sua primeira *Relectio, De potestate Civili*. O *totus orbis* seria a comunidade de todo o mundo, de todas as repúblicas humanas, que teria, por conta dessa universalidade, a prerrogativa de definir regras jurídicas, direitos naturais universais que tocam a todas as pessoas. Seria essa a fonte do *ius gentium* vitoriano e, por isso, a fonte de novos direitos que obrigariam todas as pessoas e todas as "nações". Nesse sentido, Vitoria escreve no *De Indis* que "de fato, todo o orbe, que de certo modo é uma república, tem poder de dar leis justas e convenientes para todos, como são as leis de direito das gentes" (VITORIA, 1998, p. 51).

Assim, apesar de próxima daquela de Gaio, a definição de Vitoria tem uma inovação bastante relevante. Ele substitui a palavra "homens" por "gentes", parecendo indicar a mudança do argumento jurídico do âmbito meramente individual para o político. Muito se debate acerca desse ponto, sobre qual seria efetivamente o fundamento desta mudança, mas pode-se afirmar, *a priori*, que qualquer que tenha sido a intenção de Vitoria, ele efetivou a troca e o sentido da frase, e isto não pareceu estranho a ele, como pareceria para Gaio. Isso revela um ponto muito importante: para Vitoria, mesmo que por erro, não pareceu estranho verificar a razão natural nascer a partir de um todo relacional, constituído por gentes, e não apenas por pessoas. É a fuga da lógica filosófica das *poleis* classicas em direção a algo maior, relacional. Essa diferença conceitual implica uma divergência contextual, pois o mundo de Vitoria não é o mesmo de Gaio. Na Europa do século XVI parece perfeitamente cabível a existência de um *totus orbis*, de uma comunidade internacional de *respublicas*. O *ius gentium* vitoriano nasce desse *totus orbis*, dessa mescla ainda não definida de relações internacionais e interpessoais. Mas a república, é um dos fatores mais relevantes dessa nova equação.

É nesse prenúncio teórico de uma Modernidade que já existe na prática estatal, que o *totus orbis*, por intermédio do *ius* gentium, acaba por estabelecer a existência de direitos universalmente válidos: o *ius communicationis*. Via de regra, o *ius communicationis* ou direito de se comunicar, é um conjunto de direitos que são decorrência de uma pretensa liberdade universal de navegação, aporto e residência. De fato, dentro do *De Indis*, Vitoria estabelece que esses direitos de navegar os mares e rios, de aportar, estabelecer residência e sustento (obter riquezas), se feitos de forma pacífica e sem produção de danos, constituiriam-se em direitos universalmente válidos e universalmente oponíveis a todos os povos do *Orbis.*

Obviamente, que observar essa construção eminentemente jusracionalista e universalista transformaria Vitoria em um grande humanista, afinal, os índios, que também são seres racionais e estão inseridos no horizonte jurídico europeu, têm tantos direitos quanto os espanhóis. São essas concepções universalistas de direitos que muitas vezes fundamentam a grande relevância de Vitoria enquanto defensor dos índios e defensor de uma pretensa ordem humanitária internacional. São esses aspectos da teoria de Vitoria que fazem muitos juristas ainda hoje repetirem aqueles elogios traçados por Ernest Nys quando afirmava que Vitoria teria um "espírito de pesquisador e de inovação, teria a tendência para o progresso, o amor para com seu vizinho e um sentimento de solidariedade" que fazem dele um homem com sentimentos nobres, um profundo amante da humanidade, "um robusto defensor da verdade e da justiça" (NYS, 2013, p. 35).

E talvez Ernest Nys e muitos outros que vieram após ele estivessem corretos em relação a Vitoria, caso a sua *relectione* terminasse aí. É na continuação do *De Indis* que Vitoria demonstra as limitações de "humanidade" e de toda a sua teoria universalista de *ius gentium*. E o grande mecanismo está na contraposição entre exercício dos direitos próprios e obrigação de observar o exercício dos direitos dos outros. Ou seja, o centro da estrutura argumentativa de Vitoria está na contraposição entre instrumentalização de direitos e instrumentalização de deveres.

Vitoria efetivamente constrói uma teoria inovadora e universalista de direitos naturais (ou de *ius gentium*), extensíveis a todos os povos do Orbe. Porém, quando passamos a observar a possibilidade de exercício desses direitos universais, o horizonte teórico acaba por se restringir apenas aos povos que possuem as condições tecnológicas, civilizacionais e por que não, morais, para instrumentalizar esses direitos. E esses povos são os europeus, em geral, e os Espanhóis, em especial.

Apesar de todos os direitos de livre navegação, aporto, comércio e permanência terem caráter universal, apenas os europeus poderiam exercê-los na prática. É impensável, para Vitoria e para quem lê a obra, que índios navegassem em direção à Europa. Há uma barreira técnica intransponível que se constitui em uma impenetrável fronteira que separa a Europa da América indígena. Por mais que os direitos tenham a natureza de *ius*, ou seja, tendam hipoteticamente a um contexto fundado por trocas pretensamente equanimes, é na prática relacional que observamos a incapacidade instrumental desses povos de exercer essas trocas. Essa é a fronteira que separa a mera declaração teórica de universalidade e seu exercício propriamente dito.

Em um contexto relacional com barreiras tão espessas, não há problemas para que se construa um universo normativo de direitos universais, desde que uma das partes, a infiel, não possa efetivamente exercê-los. Mas, do outro lado da linha dos direitos existem os deveres, e a lógica por trás dessa correlação indica que mesmo que você não consiga exercer seus direitos é sua obrigação como membro desse contexto normativo universalista (ou *totus orbis*) respeitar o exercício dos direitos daqueles que possuem condições instrumentais para realizá-los. Afinal, todos fazem parte desse ordenamento jurídico universal, e apesar de não poderem todos exercer seus direitos, os infiéis são obrigados a respeitar o exercício dos direitos dos espanhóis. E aqui está a grande inversão de Francisco de Vitoria, algo que ainda se aplica hoje a questões de direitos humanos, como muitas questões relacionadas à imigração e à guerra podem atestar - lembremo-nos de todas as conotações trazidas hoje por institutos como a *responsibility to protect*.

Mas, voltando à discussão, caso os infiéis violem os direitos universais dos espanhóis, acabam por cometer uma injúria, o que abre margem para que sejam punidos por intermédio da servidão, da perda de suas propriedades ou principalmente, da guerra. E nesse ponto essa deixa de ser uma relação pretensamente jurídica, e adquire contornos morais, na medida em que o julgamento acerca das injúrias cometidas pelos infiéis e a determinação das sanções a serem aplicadas, não ficam a cargo de uma corte judicial algo que era de se esperar dentro de uma relação jurídica. Ficam a cargo do Rei de Espanha, que é o único que detém *auctoritas* para definir a justiça da guerra. Está, portanto, rejustificada em termos racionais e jurídicos, a conquista da América e a extinção dos povos indígenas.

Esse sistema de direitos universais fundados por Vitoria impõe ao mundo infiel todos os deveres ao mesmo tempo em que deixa aos Espanhóis todos os direitos. Aos navegadores que aportam em terras bárbaras, o direito de serem recepcionados de maneira justa e adequada. Aos residentes bárbaros e infiéis, a obrigação de respeitar esses direitos.

Mas o que aconteceria quando esta lógica se invertesse? Quais seriam as respostas da teoria de Francisco de Vitoria caso os povos infiéis conseguissem exercer seus direitos e chegar até a Europa? Valeriam seus direitos e existiriam obrigações dos europeus em respeitar esses direitos? Provavelmente não. Se a relação fosse efetivamente de mão dupla, se essa estrutura jusracionalista de Vitoria fosse efetivamente constituída enquanto uma relação equânime, outras estruturas dentro de sua teoria seriam extendidas aos índios e não é o que se percebe.

Voltemos um pouco à determinação da justiça da guerra há pouco mencionada. Em Vitoria, a determinação da justiça de um conflito entre os infiéis e os espanhóis recai sobre o Rei de Espanha, sobre o *princips* que é o único que reúne autoridade para declarar a justiça de uma guerra. “como dizem os doutores ao tratar da guerra, o príncipe que faz a guerra justa se transforma, por força do próprio Direito, em juiz de seus inimigos e pode castigá-los conforme o Direito e condená-los de acordo com a gravidade das ofensas” (VICTORIA, 2013, p. 259). Essa é a importante abertura teórica de Vitoria à Modernidade e a utilização da racionalidade de Estados soberanos como a única medida dos conflitos armados. E é também, por outro lado, uma manutenção das mesmas prerrogativas de guerra justa presentes em grande parte das teorias medievais, que impõem aos infiéis, em caso de conflito contra o universo cristão, todo o peso da justiça moral cristã. Permanece ainda, afinal, aquilo que escreveria Aquinas, pois o infiel não é confiável pois não possui ainda o bem firmemente estabelecido no coração.

O infiel é isso. É o elemento absorvido pelo direito natural europeu ao qual apenas se estendem as promessas, em uma roupagem de direitos universais, e sobre o qual recai o peso concreto de todos os deveres. Do contrário, em caso de uma guerra justa contra os infiéis, Vitoria estenderia e eles o direito de reparação e o direito de impor sanções aos espanhóis contra as injurias sofridas. Mas não há nada nos escritos do professor de Salamanca que ao menos sugira essa possibilidade. Muito pelo contrário, ao final do *De Indis*, quando essa questão tem a chance de aparecer e Vitoria assume que a Conquista até então ocorreu de maneira ilegal, ao invés de indicar que os povos indígenas deveriam ser deixados em paz e que deveriam receber reparações pelas guerras injustas praticadas contra eles, Vitoria estabelece o contrário. Indica que mesmo que todas as injúrias cessassem e os índios não quisessem ter príncipes espanhóis, cessariam todas as expedições com grande prejuízo para os espanhóis. Por conta disso, não é conveniente que deixe de existir o comércio, pois existem muitas coisas que abundam por lá e que se deixassem de ser comerciadas pelos espanhóis, esses experimentariam grande prejuízo, o mesmo acontecendo com a Coroa, que não contaria mais com os tributos sobre o ouro e a prata. E, finalmente, como já existem muitos índios convertidos por "lá", não seria mais lícito que o príncipe (Rei de Espanha) "abandonasse o governo daqueles territórios" (VICTORIA, 2013, p. 268).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria de Vitoria é um processo que mescla e se identifica com o dever moral de carregar a chama da iluminação divina até os infiéis ao redor do mundo. Esse é o objetivo dso dominicanos e é também, obviamente, o objeto do dominicano e espanhol Francisco de Vitoria. Contudo, o teólogo de Salamanca não pode prescindir de um horizonte argumentativo que seja adequado ao tempo de suas construções teórica. No século XVI, as justificativas eminentemente morais tornam-se cada vez menos sustentáveis, e novos mecanismos, mais racionais, devem ser desenvolvidos para justificar a Conquista e a manutenção dos *status quo ante*. Esse é o papel de Vitoria.

E o espanhol regula migração da "civilização" em direção ao mundo hostil e bárbaro. É um processo que se asemelha à chama divina da iluminação e da humanizaçao que é carregada pelos Europeus e é entregue aos infiéis. Migrar e civilizar é um dever que acompanha os Espanhóis na América e qualquer europeu em suas viagens de conquista e dominação. A final, é com esse mote religioso que o *De Indis* se inicia, quando Vitoria repete Matheus: *Docete omnes gentes, baptizantes eos in nomine Patris, et Filii, et Spiritus sancti.*

Go and make disciples of all the nations, baptising them to the name of the Father, and of the Son, and of the Holy Spirit. Não estamos portanto, dentro de uma relação equitativa de *ius* e sim dentro de uma relação de cumprimento do dever moral, sob vestes jusracionalistas. Nessas circunstâncias, por mais que se possa verificar a inovação racional de Vitoria e sua teoria de *ius gentium*, há sempre a limitação moral que impede uma visão de duas vias. Há apenas uma via, e essa sempre segue da civilização em direção à barbárie.

Essa não é uma visão exclusivamente europeia ou cristã. Obviamente que todas as civilizações humanas possuíram e possuem elementos de diferenciação que impedem que os de fora, os *hostes* sejam plenamente identificáveis enquanto iguais. Essa diferenciação é um dos elementos fundamentais da construção de comunidades humanas, sejam pequenas sociedades comunais sejam concepções generalistas de nação e Estado. Definir os outros para depois definir que somos nós é o cálculo primordial de qualquer processo de identificação coletiva, mas isso não quer dizer que esse processo seja justo. Muito pelo contrário, a divisão acaba provocando resultados humanos odiosos que a todo custo o direito internacional contemporâneo, ao menos no papel, procura evitar.

E se, como muitos pensam ainda hoje, Vitoria foi uma das inspirações para a determinação dos contornos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, a partir ds discussões do *Carnegie Institute e do American Institute for International Law* (ambos ligados à figura de Sir James Brown Scott, organizador da tradução de Ernest Nys dos dos originais de Francisco de Vitoria), ainda há o que se observar nas teorias do Espanhol. Mesmo que apenas para se observar que ainda hoje, o discurso jurídico universalista não é suficiente para superar a prática real dos Estados ou de outras organizações político-morais e que talvez, além da estrutura racional, o atual sistema de proteção internacional de direitos humanos também tenha absorvido a estrutura moralista, eurocentrica e civilizacional da teoria de Vitoria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGO, Roberto. **Caratteri generali e origini storiche della comunità internazionale e del suo diritto:** introduzione al corso di diritto internazionale. Napoli: Editoriale Scientifica, 2002.

ALFORD, C. Fred. **Narrative, nature, and the natural law**: from aquinas to international human rights. New York: Palgrave MacMillan, 2010.

AQUINAS. De Regimine Principum. In: DYSON, R. W. **Aquinas political writings**. Cambridge: CUP, 2004.

AQUINAS. **Summa Theologiae**. Disponível em: <http://www.logic museum.com/authors/aquinas/summa/Summa-IIb-10 15.htm#q12 a2arg1>. Acesso em: 2 maio 2012.

BERMAN, Harold J. **Law and revolution:** the formation of the western legal tradition. Massachusetts: Harvard University Press, 1983.

BOWDEN, Brett. The colonial origins of international law: european expansion and the classical standard of civilization. In: **Journal of the History of International Law**, n. 7, 2005, p. 1-23.

CARVALHO, Lucas Borges. Direito e barbárie na conquista da América Indígena. In: **Sequência:** estudos jurídicos e políticos, Florianópolis (PPGD-UFSC), v. 25, n. 49, 2004, p. 53-70.

DAL RI Jr, Arno .Tradições do Pensamento às Teorias Internacionais: Hugo Grotius, Thomas Hobbes e Immanuel Kant. In: OLIVEIRA, O. M.; DAL RI JUNIOR, A. **Relações Internacionais: interdependência e sociedade global**. Ijuí: Unijuí, 2003.

DYSON, R. W. **Aquinas Political Writings**. Cambridge: CUP, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GAIO. **Instituições:** Direito Privado Romano. Calouste Gulbenkian, 2010. p. 77.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade.** Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia:** síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

KOSKENNIEMI, Martti. **Colonization of the "Indies":** the origins of international law? Talk at the University of Zaragoza, December 2009. Disponível em: <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/ Talks_Papers _MK.htm>. Acesso em: 10 mar. 2010.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **O nascimento do Direito Internacional.** São Leopoldo: Unisinos, 2009.

POSTE, Edward. **Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius**. Oxford: Clarendon Press, 1904.

RUIZ, Rafael. **Francisco de Vitoria e os Direitos dos Índios Americanos:** a evolução da legislação indígena castelhana no século XVI. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

SCHMITT, Carl. **El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del "Ius Publicum europaeum"**.Granada: Comares, 2002.

VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara. International Law, Scientificity and Eurocentrism: a dialog betweem Paulus Vladimiri and Francisco de Vitoria. In: **XVII Annual Forum of Young Legal Historians, Maastricht**, 2011.

VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara. Os fundamentos pré-Modernos do Direito Internacional e a Legitimação dos Atos Estatais. In: **Revista *Ius gentium* :** teoria e comércio no Direito Internacional, n. 2, 2009, p. 12-36.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VITORIA, Francisco de. **La Ley.** Madrid: Tecnos, 1995.

VITORIA, Francisco de. **Os índios e o direito da guerra:** de Indies et de Jure Belli Relectiones. Ijui (RS): Unijuí, 2006.

VITORIA, Francisco de. S**obre el poder civil, sobre los indios, sobre el derecho de la guerra**. Madrid: Tecnos, 1998.