

**DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS:
RELEITURA DE FRANCISCO DE VITÓRIA
ENFATIZANDO OS 500 ANOS DO DESCOBRIMENTO**

Paulo Borba Casella

Professor Associado de Direito Internacional
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Guilherme Figueiredo Nascimento

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Trata-se de um breve estudo sobre o pensamento de Francisco de Vitória e sua contribuição para o desenvolvimento do Direito Internacional no período que antecedeu os descobrimentos. A matéria, ainda, faz uma análise crítica do pensamento de Vitória, demonstrando que a lógica da dominação mercantilista prevaleceu sobre o caráter humanitário do seu pensamento. A título de remate analisa a situação do País dentro desse panorama, salientando a violação de direitos e a figura do índio que após os 500 anos do descobrimento, ainda não tem consolidado, de forma efetiva, seus direitos e garantias.

Abstract:

The author's study is about the thought of Francisco de Vitória and his contribution for the development of the International Right in the period that preceded the Discoveries. The study still does a critical analysis of the thought of Vitória, demonstrating that the logic of the mercantilist dominance prevailed on the humanitarian character of his thought. Concluding, it analyzes the situation of the Country inside of that panorama, pointing out the violation of rights and the illustration of the brazilian indian, who after 500 years of the discovery has not consolidated, in an effective form, his rights and warranties.

Unitermos: Direito dos povos indígenas; evolução do Direito Internacional; sociedade brasileira.

*"Quant à la police de nos sauvages, c'est une chose
presque incroyable, et qui ne se peut dire sans faire honte
à ceux qui ont les loix divines et humaines, comme estans*

seulement conduits par leur naturel, quelque corrompu qu'il soit, s'entretiennent et vivent si bien en paix les uns avec les autres."

Jean de Léry *Histoire d'un voyage fait en la terre du Brésil* (1578)¹

Considerações introdutórias

A passagem dos primeiros 500 anos do descobrimento do Brasil enseja reflexão a respeito da consolidação do estado de direito em sociedade equânime como condição de efetivação do Direito, não-somente nominal, mas efetiva. A essa já difícil premissa – infelizmente não-atendida – na ordem interna, cabe acrescer a dimensão internacional, à luz de contexto cada vez mais presente e premente, exigindo a adequação dos direitos e garantias fundamentais em perspectiva mais ampla.

Nesse sentido, pode-se retomar a questão dos direitos e garantias dos povos indígenas, presente desde o amanhecer do dia seguinte aos descobrimentos, na reflexão crucial de Francisco de Vitória,² em relação à qual o Direito brasileiro todavia oscila entre o paternalismo e a busca de remendos aos fatos consumados. Uma política verdadeiramente nacional e abrangente em matéria de proteção dos direitos dos povos indígenas, não-obstante as garantias formais dos arts. 231 e 232 da Constituição da República ainda tem longo caminho a percorrer.

I O Direito Internacional antes dos descobrimentos

Como ciência autônoma, o Direito Internacional só aparece no século XVII, com o *De jure belli ac pacis* de Hugo Grotius, publicado em Paris, em 1625. Grotius é o primeiro a analisar o conjunto da matéria, vendo-a no seu todo e

1. Jean de Léry. *Histoire d'un voyage fait en la terre du Brésil* (1578) (texte établi, présenté et annoté par Frank Lestringant, précédé d'un entretien avec Claude Lévi-Strauss, Paris, Bibliothèque classique – Livre de poche, 1994, ch. xviii, pp. 439 e ss.).

2. A respeito Paulo B. Casella, "Presença de Francisco de Vitória" in *Revista da Faculdade de Direito*, v. LXXX, 1985, pp. 355-369.

criticando os seus precursores pela falta de visão e pela falta de método, sabendo contudo reconhecer-lhes os méritos, e citá-los, quando ocasião se apresenta.

Mas antes de Grotius muitos refletiram sobre questões pertinentes ao Direito Internacional, dentre os quais podem ser destacadas algumas obras, que se atêm a temas específicos dessa área.

Foram conservadas obras como o *De bello* de João Legnano (falecido em 1383), o *Traité des faits d'armes et de chevalerie* de Cristiano de Pison, *L'Arbre des batailles* (escrito por volta de 1384) por Honório Bonet, ou o *Libellus de bello justo et licito* (de 1514) Wilhelmus Matthiae para citar alguns que discorrem detalhadamente sobre as guerras e atos que, no correr destas, se possam praticar. Essas obras, e muitas outras, refletiram a preocupação - partilhada por religiosos e leigos - de regulamentar a atividade guerreira. Não apenas os Estados, ou seja, o conjunto de Repúblicas, Principados e Reinos, mas também os particulares a ela recorriam para resolver as questões pendentes. Também foi decisiva a atuação da Igreja no sentido de restringir as guerras e humanizar os combates.

Na Espanha diversos pensadores se reservaram ao estudo do direito da guerra. Santo Isidoro, bispo de Sevilha (de 596 a 636), na sua obra *Origens ou Etymologie*, retoma o conceito de *jus gentium* das *Institutas* de Ulpiano, dando-lhe características que o aproximam muito da concepção moderna. Também relevante foi o trabalho de S. Raimundo de Penaforte (nascido entre 1175 e 1185, falecido em 1275), *Summa poenitentias*. Outro marco relevante, são *Las siete partidas*, obra de Rei Afonso X de Cartilha, que teve como colaboradores Giacomo Ruiz, Fernando Martinez e Roldum. Essa obra regulava o direito da guerra de forma minuciosa.

Mas, é só depois de Francisco de Vitória que podemos falar em Direito Internacional *jus inter omnes gentes*. Vitória trouxe contribuição pessoal e original ao Direito, enriquecendo-o com princípios amplos e humanos. Foi Hugo Grotius o responsável pelo estabelecimento do Direito Internacional como ciência distinta, mas o pai do Direito Internacional é Francisco de Vitória e essa paternidade está fora de discussão.

II Vitória As grandes navegações e descobrimentos Brasil

No curso da história é difícil encontrar época que se possa comparar aos anos que marcaram o fim do século XV e início do século XVI. A Idade Média viu nascer nova civilização em seu seio, teve sua importância e sua originalidade.

Não há ruptura entre civilização medieval e a civilização do Renascimento, mas ocorre um florescimento, um apogeu, que pelo seu brilho e sua extensão não pode perdurar. O Renascimento é a culminação, o fim de um processo que se foi preparando ao longo de toda Idade Média.

No ano de 1492 Cristovão Colombo descobre o Novo Mundo, e nesse mesmo ano os reis católicos tomam o último bastião muçulmano da Península Ibérica, Granada. Ocorre ainda na Espanha a unificação dos Reinos de Castela e Aragão.

A descoberta do Novo Mundo, incluso a unificação de Castela e Aragão e o fim da ocupação árabe, juntamente com a invenção da imprensa de tipos móveis por Guttenberg, são alguns dos eventos que precisamos ter em mente ao pensarmos no ambiente histórico em que viveu os primeiros anos de sua vida um dos homens que bem ilustram o novo ideal: Francisco de Vitória, profundamente ligado ao mundo medieval, à filosofia e à teologia, mas que nos traz algo de novo e original.

No decorrer da década de 30 Francisco examina os direitos que os espanhóis podiam invocar para justificar a dominação do Novo Mundo, nas famosas preleções *De Indis* e *De jure belli Hispanerum in barbares*. Em anos posteriores, principalmente 1539 e 1541, Carlos V consulta Francisco a respeito de diversas questões referentes ao Novo Mundo, especialmente no que se referia à conquista e evangelização da América.

Grande ressonância no campo doutrinal tiveram as idéias de Francisco a respeito da forma e condições a que deveria estar submetida a conquista e colonização da América.³ As idéias do grande teólogo aparecem pela primeira vez na *relectio De temperantia*, sendo posteriormente desenvolvidas nas duas *relectionis De Indis*. O imperador, ouvindo falar a respeito dos estudantes de Vitória nesse campo, dirige-se por carta a ele, manifestando o interesse pela questão. Poucos anos depois das *Relectiones De Indis* serem promulgadas editam-se as *Nuevas Leyes de Indias*, sobre as quais, ao menos indiretamente, influiu Francisco.

Aspecto novo do pensamento vitoriano é a preocupação humanitária, que transparece dos tratados escritos no século XVI e nos seguintes, opondo-se ao espírito vigorante na Idade Média, no campo das guerras, segundo o qual dever-se-ia fazer tanto mal quanto possível aos inimigos, matando, torturando, massacrando,

3. Pe. Beltrán, *op. cit.*, Cap. VIII Vitoria y Carlos V, pp. 115-140.

violando, destruindo, queimando, roubando, traíndo a palavra empenhada, apesar dos esforços da Igreja em humanizar a guerra. Francisco adota posição totalmente diferente. A guerra deve ser praticada como mal necessário para reparar injúria grave, mas visando ao restabelecimento da paz e praticando o menor mal possível, evitando dano desnecessário, ou que ultrapasse os limites do estritamente indispensável: "*Finis est pax et securitas. Erge gerenti bellum iustum licent omnia, quae necessaria sunt ad consequendam pacem et securitatem*" IV. 431.18. *quarta prepositie*. Francisco apresenta princípio ao qual deveríamos prestar mais atenção na época contemporânea: quando os danos que podem decorrer de um ataque atingindo inocentes ou, como coloca Pradelle: "*les innocents, ... j'allais dire la population civile*" possam ser muito superiores de que a vantagem militar que daí se poderia obter, é preciso, pura e simplesmente, abster-se de fazer o ataque. Para Francisco a única justa causa para a guerra é a violação de um direito, *injuria accepta*.

Se por um lado os novos ideais e princípios desenvolvidos por Vitória contribuíram para que os espanhóis justificassem a sua dominação, por outro significaram uma mudança na forma de pensar o Direito Internacional. As noções apresentadas por Francisco, verdadeiramente pessoais e originais, ultrapassam o século.

Juntamente com a expansão marítima espanhola, ocorreram os descobrimentos portugueses, e nesse período ocorre o descobrimento do Brasil. "Não sabemos se o nascimento do Brasil se deu por acaso, mas não há dúvida de que foi cercado de grande pompa. A primeira nau de regresso da viagem de Vasco da Gama chegou a Portugal, produzindo grande entusiasmo, em julho de 1499. Meses depois, a 9 de março de 1500, partia do Rio Tejo, em Lisboa, uma frota de treze navios, a mais espantosa que até então tinha deixado o Reino, aparentemente com destino às Índias, sob o comando de um fidalgo de pouco mais de trinta anos, Pedro Álvares Cabral. A frota, após passar as Ilhas de Cabo Verde, tomou rumo oeste, afastando-se da costa africana até avistar o que seria terra brasileira a 21 de abril. Nessa data, houve apenas uma breve descida à terra e só no dia seguinte a frota ancoraria no litoral da Bahia, em Porto Seguro" ⁴

O que é importante ter em mente é que a influência de Francisco de Vitória não se limitou às fronteiras espanholas, tendo também dado subsídios à

4. Fausto, Boris. *História do Brasil*, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 6ª ed., 1998.

expansão marítima portuguesa, bem como para outras nações em fase de expansão. As conquistas foram seguidas de mudança de pensamento.

III 500 anos depois

O que queremos demonstrar nesse breve estudo é que o caráter humanitário do pensamento de Vitória, apesar de ter modificado o Direito Internacional até então vigente, não conseguiu alterar a lógica da dominação mercantilista e a forma hostil de como se consolidou a dominação espanhola, bem como a portuguesa.

A colonização do Brasil, por exemplo, foi toda marcada por uma realidade oposta à liberdade pessoal defendida por Vitória. "A teoria da liberdade pessoal, aceita por todas as nações, é a que Bluntschli, o eminente publicista suíço, discípulo de Savigny, define nesses quatro parágrafos do seu *Direito Internacional Codificado*: 1. "Não há propriedade do homem sobre o homem. Todo homem é uma pessoa, isto é, um ente capaz de adquirir e possuir direitos. 2. "O Direito Internacional não reconhece a nenhum Estado e a nenhum particular o direito de ter escravos. 3. Os escravos estrangeiros tornam-se livres de pleno direito desde que pisam o solo de um Estado livre, e o Estado que os recebe é obrigado a fazer respeitar-lhes a liberdade." 4. "O comércio de escravos e os mercados de escravos não são tolerados em parte alguma. Os Estados civilizados têm o direito e o dever de apressar a destruição desses abusos onde quer que os encontrem." ²

Infelizmente, seja dito de passagem, o comércio e os mercados de escravos existem ainda (1883) em nossas capitais, sob as vistas dos estrangeiros, sem limitação nem regulamento algum de moralidade, tão livres e bárbaros como nos viveiros da África central que alimentam os haréns do Oriente. ⁵

As palavras de Nabuco demonstram que um dos traços mais significativos do desenvolvimento da sociedade brasileira foi a escravidão. Ora, desde Francisco de Vitória a contradição entre uma postura internacional onde se defendiam os direitos básicos do homem e uma realidade colonial onde prevalecia a escravidão, a exploração desmedida, o extrativismo e o desenvolvimento de monoculturas agrícolas com utilização de mão-de-obra escrava, fazia-se latente.

5. Nabuco, Joaquim. *O Abolicionismo*, Rio, Nova Fronteira, 1999, p. 116.

As mudanças, pregadas por Vitória e defendidas pelas nações estrangeiras colonizadoras, só foram ocorrer de fato quando as próprias nações dominantes passaram a sofrer ônus decorrente da manutenção daqueles sistemas de operação econômica. Isso só se verificou com o advento do capitalismo industrial, sucedendo ao mercantilismo, no tardio século XIX.

O cenário internacional presente traz a escabrosa lembrança das duas Guerras Mundiais, acrescida das desgraças cometidas em nome do nacionalismo. Foi somente a partir desses marcos de triste memória que se resolveu, por consenso, promulgar a Carta das Nações Unidas que previa a defesa dos direitos dos homens (inalienáveis), bem como se consolida a defesa do Direitos Humanos.

No Brasil, contudo, não-obstante formal promulgação, a violação de direitos sempre foi a regra. Iniciamos o século com a política do café com leite (dominação das oligarquias de Minas e São Paulo), seguimos com um Estado Novo autoritário e depois vivemos a Ditadura. Em todas essas épocas de diferentes maneiras prevaleceu uma democracia viciada, onde as regras beneficiavam uma minoria e os direitos dos homens eram violados sistematicamente.

Chegamos ao ano 2000, e o Brasil comemorando seu aniversário de 500 anos foi forçado a confrontar, de modo bastante desastrado aliás, o lado sombrio dessa sociedade em construção, na qual o progresso material tem sido feito à custa de exclusão social das fatias da população tecnicamente "abaixo da linha da pobreza" Muitas conquistas foram conseguidas, tanto no sentido de se consolidar o Estado Democrático brasileiro, como no sentido de se preservar os direitos dos homens no âmbito internacional.

Não podemos repetir os erros do passado. A escravidão somente foi encerrada quando se tornou antieconômica. Quando teremos razão forte o bastante para ensejar a consolidação dos direitos dos índios? A resposta a esta indagação não poderá esperar outros 500 anos. A conclusão se faz com uma pergunta, através dos seguintes artigos:

"Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo."

São Paulo, julho de 2000.